

Processo nº MPS 44000.001708/2005-76

Auto de Infração nº 12/05-02

Decisão Notificação nº 03/08-56

RECORRENTES: Marcos Antonio Carvalho Gomes

Jorge Luiz Monteiro de Freitas

Jose Dias da Silva

Cláudio Aldoniro Wildner Leal

Antonio Batista Mendonça

Nestor Domingos Rodrigues

Benito Siciliano

Entidade: Real Grandeza Fundação de Prev e Assist. Social

Recorrida: PREVIC- Superintendência Nacional de Previdência

Complementar, ex- Secretaria de Previdência Complementar-SPC

Relatora: Maria Batista da Silva

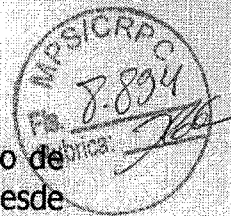
RELATÓRIO

Trata-se de recursos administrativos interpostos contra Decisão-Notificação nº 03/08-56 do então Secretário de Previdência Complementar, que decidiu pela procedência, em parte, do Auto de infração Nº 12/05-02 lavrado contra os recorrentes, por aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Narra o relatório do auto de Infração que a entidade contratou a empresa Lopes Filho & Associados Consultores de Investimentos, em outubro de 1995, para fornecer-lhe, trimestralmente, um sistema de classificação de risco, com a elaboração de um relatório denominado Riskbank, estando, portanto, a ele vinculada, no que diz respeito à aplicação dos recursos garantidores.

Segundo o relatório da autuação, o Banco Rural, o Banco Panamericano, receberam para o período de setembro de 2002 a junho de 2004, a classificação de baixo risco de crédito para o médio prazo (máximo de 180 dias). De setembro de 2004 a dezembro de 2004 o Banco Rural teria ficado em observação, sem classificação, voltando a ser classificado como de baixo risco apenas para o curto prazo (90 dias), a partir de dezembro de 2004. Já o Banco Panamericano teve sua classificação alterada para baixo risco apenas para o curto prazo (90 dias), a partir de setembro de 2004.

O Banco BMG recebeu desde setembro 2002 a classificação de baixo risco de crédito para o médio prazo (máximo 180 dias) e o Banco Mercantil tem desde setembro de 2002 avaliação de baixo risco de crédito para o curto prazo (90 dias).



Todavia, conforme o citado relatório, os investimentos da entidade tinham, na data da aplicação, prazos para resgates que variavam de 360 a 922 dias, em frontal desacordo com a classificação dada pela classificadora de risco, Lopes Filho.

Ressalta, ainda, que embora a Política de Investimento dos anos 2002, 2003 e 2004 **autorizassem** (grifo nosso) a utilização de outras agências classificadoras de risco, a entidade só utilizou o relatório Riskbank, de acordo com relatórios de Risco Bancário elaborados pela Gerência de Análise de Investimento - GAI, da entidade. Que o Comitê de Investimento recomendava a utilização do citado relatório bancário. Que a Gerência de Análise omitia a informação acerca dos prazos de aplicação recomendados pelo Riskbank.

Conclui que de acordo com o artigo 11, inciso II do Regulamento anexo a Resolução CMN nº 3.121, de 25 de setembro de 2003, combinados com as disposições da Política de Investimento da Real Grandeza e com os relatórios de risco bancário elaborados pela Gerência de Análise de Investimentos, as aplicações deveriam ter sido classificadas como de médio/ alto risco de crédito.

Relata, também, que essas aplicações, somadas as debêntures classificadas como de médio/alto risco, de acordo com dados extraídos do DAIEA de setembro de 2004, ultrapassaram o limite estabelecido no artigo 16, inciso IV do Regulamento anexo a Resolução CMN nº 3.121, de 25 de setembro de 2003.

Apresenta, ainda, quadro demonstrativo de aplicações em renda fixa, no mês de novembro de 2004, no qual a entidade teria ultrapassado o limite de 15% do patrimônio líquido da instituição emissora, previsto no artigo 17, inciso II, alínea "b" do Regulamento anexo as Resolução CMN nº 2829/2001 e 3.121/2003.

Afirma, por fim, que os administradores deixaram de verificar o requisito segurança do investimento, em frontal desacordo com o disposto no artigo 1º e 59 do Regulamento anexo a Resolução 3121/2003.

Os autuados devidamente notificados da lavratura do Auto de Infração apresentaram suas defesas com cópias de diversos documentos, os quais foram juntados aos autos.

MARCOS ANTONIO CARVALHO GOMES e CARLOS EDUARDO DA SILVA BESSA (fls. 52/103): alegam, preliminarmente, que teria havido cerceamento de defesa quando da recusa pela SPC em fornecer-lhes cópias dos documentos que embasaram a lavratura do AI; que o autuado Carlos Bessa não pode ser responsabilizado, pois o Dec. 942/2003 foi editado muito depois de sua saída

da entidade; que a vista da não existência de prejuízo, a SPC deveria ter observado o artigo 22, & 2º do Decreto nº 4.942/2003 fixando prazo para a correção da irregularidade, ao invés de sumariamente autuar.

No tocante aos investimentos, alegam que a atuação das EFPC pressupõe a aplicação dos valores que lhe foram confiados, importando na assunção de algum nível de risco, mas que a FRG sempre adotou critérios ainda mais rígidos do que os fixados nas regras impostas pelo CMN; argüi, ainda, a dificuldade de se conseguir um padrão de atratividade em títulos privados, dada a excessiva liquidez do mercado, mas que a estratégia da entidade superou em muito, a meta atuarial.

Com relação ao processo decisório dos investimentos, de acordo com o Estatuto da entidade, o Conselho Deliberativo tem competência para estabelecer a gestão de investimentos e plano de aplicação de recursos da fundação; que a Política de Investimento, aprovada pelo CD, é elaborada pela Diretoria de Investimentos, através de sua Gerência de Investimentos, e traça as linhas mestras e diretrizes a serem observadas pela entidade na alocação dos recursos. Que esta Política de Investimento deve ser obrigatoriamente observada por todos os profissionais da entidade a quem compete aplicar os recursos, função que não era desempenhada pelos defendentes.

Alegam que a entidade se utilizava das agências classificadoras de risco previstas na Política de Investimentos e não da classificação fornecida pela Consultoria Lopes Filho; que o Riskbank nunca se prestou a ser utilizado como fonte de rating para atribuição de qualidade de crédito das instituições financeiras, mas que o seu papel era o de fornecer subsídios contábeis sobre essas instituições, para a elaboração do relatório Risco Bancário; que os membros do Comitê de Investimento não possuem participação na definição das aplicações em renda fixa, limitando-se tão somente a desenhar as linhas básicas de investimento; que os CDBs e RDBs dos Bancos Rural, BMG, Panamericano e Mercantil do Brasil eram classificados como sendo de baixo risco por outras agências classificadoras de riscos constantes nas Políticas de Investimento; que a fiscalização se equivocou ao classificar as debêntures como renda fixa, visto que parte dessas debêntures são de renda variável, e que houve erro no preenchimento do DAIEA de setembro/2004, e que são de baixo risco de crédito; e ainda, que o AI compara, equivocadamente, aplicações em CDB e RDB na data base de 30/11/2004, para somá-las às debêntures na data base de 30/09/2004. Portanto, consideradas de baixo risco as instituições financeiras onde foram aplicados os CDBs e RDBs, e considerando o equívoco em relação às debêntures, não há que se falar em descumprimento dos limites impostos pela legislação.

Com relação à atuação individual, os defendentes alegam que não tomaram conhecimento das restrições constantes do relatório RISK BANK omitidas no relatório Risco Bancário, submetido ao CIRG, não podendo ser responsabilizados pela infração a eles imputada. Por fim protestam por prova



pericial e testemunhal, pedindo seja o AI julgado improcedente, nulo e arquivado.



CLAUDIO ALDONIRO WILDNER LEAL, ANTONIO BATISTA MENDONÇA e NESTOR DOMINGOS RODRIGUES (fls.1.519/1.559): alegam ter havido cerceamento de defesa pela negativa da SPC em fornecer-lhes cópias dos documentos que embasaram o Auto de Infração. Alegam que o AI é impreciso em relação à fixação das penas, posto que os cargos exercidos na entidade pelos diversos autuados acarretam responsabilidades distintas;

Que há ilegitimidade passiva em relação a Nestor Domingos Rodrigues, por ter ingressado no Comitê de Investimentos depois da ocorrência dos fatos objeto da infração;

Que não cabia ao Comitê de Investimentos a escolha da instituição financeira onde seriam aplicados os recursos da entidade, mas tão somente estabelecer regras gerais de aplicação, ou seja, o CIRG traça as diretrizes básicas, e a Gerência de Investimentos seleciona a instituição financeira com base nos ratings fornecidos pelas agências classificadoras de risco;

Que o relatório Riskbank era utilizado, primordialmente, para a coleta de dados contábeis das instituições financeiras, e que a Lopes Filho não consta do rol de agências classificadoras de risco para fins de avaliação, previstas na Resolução do Conselho Deliberativo, nem na Política de Investimentos;

Que em estrito cumprimento à Política de Investimento, todas as debêntures citadas no AI foram classificadas, à época da oferta, por agências de rating, como de baixo risco de crédito, e que no DAIEA de setembro de 2004, deixou-se, por equívoco, de mencionar os ratings das empresas emissoras.

Quanto à responsabilidade, alegam que integravam o Comitê de Investimento, não tendo nenhum outro vínculo direto com a entidade. Assim, seu envolvimento, salvo no caso das debêntures, limita-se a traçar diretrizes de investimentos, e que tais diretrizes tiveram por base exclusivamente os relatórios mensais de Risco Bancário, e que o relatório Riskbank não era levado ao conhecimento do Comitê, logo, não tinham como conhecer os critérios de classificação utilizados pela Lopes Filho. Por fim, protestam pela produção de provas documental, pericial e testemunhal, e que a autuação seja nula em relação a Nestor Domingos e julgada improcedente em relação aos demais.

JORGE LUIZ MONTEIRO DE FREITAS e RONALDO MARCHESE SCHMIDT (fls. 3.126/3.161); - De acordo com a defesa, o Auto ora impugnado reedita

questões postas em outro Auto; ataca o Auto em si, classificando-o como imprestável, pois eivado de erros inaceitáveis. Pedem a nulidade do processo em virtude da SPC não ter observado o disposto no artigo 22, & 2º do Decreto nº 4.292/2003, não fixando prazo para a correção da suposta irregularidade; que teria havido cerceamento de defesa quando da recusa pela SPC em fornecer-lhes cópias dos documentos que embasaram a lavratura do AI, e invocam o disposto no inciso II do art. 3º da Lei nº 9.784/99 que inclui dentre os direitos do particular perante a administração *"ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos nele contidos e conhecer as decisões proferidas"*; pedem, também, a nulidade do processo, alegando que o AI não informa qual dos incisos do artigo 10 e 11 dos Regulamentos anexos às Res. CMN nºs 2829/2001 e 3121/2003 teriam sido infringidos, necessitando de adivinhações para serem defendidos;

Argumentam que a pretensão punitiva contra o ex-dirigente Ronaldo Marchese Schmidt é inviável, vez que o mesmo já havia se desligado da entidade em agosto de 2003, muito antes da edição do Dec. Nº 4942/2003.

Com relação aos investimentos alega que os CDBs e RDBs eram de baixo risco com base nas informações das agências classificadoras de risco, em perfeita consonância com a Política de Investimentos, e que a deturpação feita no AI com relação às funções do RISK BANK é que levou ao alegado desenquadramento, ou seja, que a Lopes Filho nunca foi considerada como agência classificadora de risco. Que este relatório, constitui-se, segundo a defesa, em apenas uma das fontes instrumentais de informações, do qual são colhidos dados contábeis e outros elementos sobre instituições financeiras.

Com relação às debêntures, alega que a fiscalização teria fabricado o desenquadramento, ao somar valores de CDBs e RDBs apurados em 30/11/2004 com o montante das debêntures apurado em 30/09/2004, e ainda, que as debêntures eram de baixo risco de crédito; argumentam o excelente desempenho da entidade, que obteve no período compreendido entre agosto de 1997 e maio de 2005 (que contempla as duas gestões questionadas na ação fiscal) resultado superior, tanto à meta atuarial (INPC + 6% a.a.), como à chamada meta de investimentos totais (IGP-DI + 6% a.a.) a saber: - rentabilidade alcançada : 324%; variação da meta atuarial: 181,63%; e variação da meta de investimentos totais: 271,54%.(fls. 3154).

Argumenta que as decisões de investimentos, além de colegiadas, são tomadas pela unanimidade de seus dirigentes, conforme disposição no Regimento Interno do CIRG, no Estatuto Social e nas Políticas de Investimentos aprovadas pelo Conselho Deliberativo. Que as reuniões mensais do CIRG têm por finalidade viabilizar o plano de aplicação dos recursos da FRG, em deliberações baseadas em informações fornecidos pela Diretoria de Investimentos, por meio de relatório mensal contendo, obrigatoriamente: "a) informações a respeito dos investimentos realizados no período anterior, bem como as justificativas dos desvios ocorridos em relação à programação anteriormente aprovada; b)-

(omissis) c) -(omissis). Que os membros do CIRG eram municiados pela Gerência de Operações de Investimentos, com informações detalhadas sobre toda a carteira de CDBs da entidade, com a relação dos bancos contratados e das taxas e prazos de resgates com eles ajustados; enfim, que as aplicações de recursos da entidade não são de responsabilidade única do Diretor de Investimento, mas são fruto de um processo que envolve a Diretoria Executiva e os membros do Comitê de Investimentos.



Por fim, protestam por produção de prova documental suplementar e testemunhal; requer a nulidade do processo por cerceamento de defesa; que seja julgado improcedente o auto em relação a ambos os defendentes.

JOSE DIAS DA SILVA e FERNANDO SOGDU MARTINS (fls.3.885/3.930) Antes das preliminares a defesa alega que o auto de infração contém erros técnicos e materiais que comprometem o processo administrativo, dentre eles a precariedade do fundamento para a acusação, e a conduta do autuador ao somar valores de épocas distintas (CDBs, RDBs e debêntures) fabricando um desenquadramento inexistente.

Em preliminar alega ter havido cerceamento de defesa pela recusa da SPC em fornecer-lhes cópias dos documentos que embasaram o auto de infração, para isso invocam as disposições que regem o processo administrativo contidas na lei 9784/99; alegam desrespeito ao princípio da individualização da pena, porque a SPC não teria descrito a conduta de cada um dos autuados, não havendo discriminação de responsabilidade compatível com cada atuação, ou seja, não teria havido adequação entre a infração supostamente cometida e a pena atribuída; que a vista da não existência de prejuízo, a SPC deveria ter observado o comando do artigo 22, & 2º do Decreto nº 4.942/2003, notificando previamente os autuados para correção de eventual irregularidade; que o AI ora contestado, da forma como foi lavrado, tem exatamente o mesmo objeto do AI nº 05/05-39, mesmo fundamento e mesma diretriz pretensamente violada; que o autuado Fernando Sogdu Martins não mais ocupava o cargo de Diretor de Administração ou de membro do Comitê de Investimentos da FRG em novembro de 2004, data em que teria havido o desenquadramento, e ainda, por ter saído da FRG em 24 de agosto de 2003, portanto, muito antes da emissão do Dec. 4942, de 30.12.2003.

No mérito, aduz que a FRG é uma entidade conservadora na aplicação dos investimentos; que acompanha as recomendações do Risco Bancário no tocante a investir em instituições de baixo risco de crédito, e para isso se utiliza de judicioso processo que considera em especial o rating de pelo menos uma das agências classificadoras de risco escolhidas pelo Conselho Deliberativo, constantes na Política de Investimento.

Que ao Comitê de Investimento compete traçar as diretrizes básicas às aplicações dos recursos da entidade. Que em suas reuniões são submetidas à aprovação as recomendações da Gerência de Análise de Investimentos-GAI,

assim como são analisadas as operações realizadas no período anterior pela Gerência de Operações de Investimentos – GOI, com base nas recomendações previamente aprovadas pelo CIRG.



Que a execução da Política de Investimento é precedida de análises, que resultam em relatórios destinados ao fornecimento de informações sobre taxa de juros e sobre os títulos nos quais a entidade aplicará seus recursos- o relatório "Taxa Mínima de Atratividade" e o relatório "Risco Bancário".

Que os CDBs, RDBs e debêntures da entidade são todos de baixo risco com base na classificação das agências classificadoras de risco constantes na Política de Investimento, e que a Lopes Filho não está elencada entre elas, logo o RISK BANK teria apenas a função de fornecer dados contábeis sobre as instituições financeiras e funcionar como parâmetro adicional a ser considerado para a classificação de uma instituição, pela entidade. E mais, que nem todas as debêntures integram a carteira de renda fixa, por se tratar de debêntures com participação nos lucros.

Quanto à atuação do autuado, limitava-se a decisões gerais sobre os investimentos, tomadas em conjunto com os demais membros do CIRG. Não poderia evitar o suposto desenquadramento, porque não chegavam ao seu conhecimento informações específicas que permitissem tal análise.

Ao final, requerem o acolhimento das preliminares, para declarar a nulidade do processo e seu arquivamento; subsidiariamente, o acolhimento das razões de mérito aduzidas, para julgar improcedente a autuação, e o arquivamento do processo. Por fim, junta documentos, protestam pela produção de prova documental suplementar, pericial e depoimento de especialista sobre a conformidade dos investimentos.

BENITO SICILIANO (fls.5397/5442), alega, em síntese, que o relatório Risco Bancário produzido pela GAI sugeria uma lista de instituições, com base na classificação das agências classificadoras de risco; o Comitê decidia cancelar ou não essa lista. Quem oferecesse a melhor taxa, receberia os investimentos. Que dos relatórios da Lopes Filho & Associados, somente se extraía dados contábeis. Que o relatório "Risco Bancário" repetia texto antigo e que nunca fora alterado, por inércia da gerência, que poderia conduzir à interpretação equivocada de que se poderia utilizar a classificação de risco bancário do RISK BANK. Que se a classificação da Lopes Filho era irrelevante para o Conselho Deliberativo e para o Comitê de Investimento, então igualmente irrelevante deveria ser por imposição de lógica, que se inserisse no relatório Risco Bancário alguma referência a uma diminuição ou aumento de prazos de validade de classificação de risco adotada por aquela consultoria.

Que o AI nº 05/05-39, anterior, tem o mesmo objeto deste AI nº 12/05-02; apresentando diferenças apenas a partir da relação circunstanciada dos fatos, em que são expostos os motivos da autuação.



O defendente pede a nulidade do processo alegando que teria havido cerceamento de defesa quando da recusa pela SPC em fornecer-lhe cópias dos documentos que embasaram a lavratura do AI;

Que há invalidade do AI decorrente da ausência de correlação lógica entre a conduta que lhe é imputada e a capitulação indicada para respaldar a autuação;

Pede, ainda, a nulidade do procedimento, porque à vista da não existência de prejuízo, a SPC deveria ter observado o artigo 22, & 2º do Decreto nº 4.942/2003;

No mérito, alega que a entidade não se utilizou da classificação fornecida pela Consultoria Lopes Filho, visto que ela não integrava o rol de agências classificadoras de risco expressamente previstos nas Políticas de Investimento; que somente os ratings dessas agências poderiam ser utilizados; que o Riskbank nunca se prestou a ser utilizado como fonte de rating para atribuição de qualidade de crédito das instituições financeiras, mas que o seu papel era o de tão somente fornecer subsídios para a elaboração do relatório Risco Bancário; que não possui participação na definição das aplicações em renda fixa, e que os CDBs e RDBs dos Bancos Rural, BMG, Panamericano e Mercantil do Brasil eram classificados como sendo de baixo risco por outras agências classificadoras de riscos constantes nas Políticas de Investimento; que a fiscalização se equivocou ao classificar as debêntures como renda fixa, visto que parte dessas debêntures são de renda variável, tendo integrado esta carteira por equívoco no preenchimento do DAIEA, já regularizado junto à SPC, sendo de baixo risco de crédito; que fatos relevantes foram ignorados pela autuação, não mencionando que a situação da carteira de renda fixa já era outra por ocasião da lavratura do AI, as aplicações realizadas com o Banco Rural e Panamericano, cerca de R\$ 100 milhões de reais já haviam sido resgatados no vencimento, anterior ao AI, (fls. 5422).

Que não houve descumprimento dos limites impostos pela legislação, pois a fiscalização teria se utilizado de critério errôneo ao somar valores de períodos diferentes (**CDBs e RDBs em 30.11.2004 e debêntures em 30.09.2004**) para se chegar ao alegado índice superior a 20% do valor da carteira de renda fixa em 30.11.2004; que teria incluído debêntures de renda variável como se fosse de renda fixa, face erro no preenchimento do DAIEA de setembro de 2004; e ainda, somaram-se cada uma das aplicações nos bancos constantes da autuação, já com a rentabilidade até 30 de novembro de 2004, superando aí 15% do patrimônio da instituição financeira; ressalta o bom desempenho dos investimentos da entidade; que o defendente não aplicou os recursos, mas tão somente elaborou o relatório Risco Bancário, e em estrita obediência à Política de Investimentos, e mais, que não lhe competia a decisão sobre onde aplicar os recursos.

Por derradeiro, protesta por prova pericial e testemunhal, pedindo seja o AI julgado improcedente, nulo e arquivado.

MARCOS ANTONIO CARVALHO GOMES e CARLOS EDUARDO DA SILVA BESSA, apresentaram manifestação complementar em 24/08/05 (fls.6806/6809).

EM 13/10/2005 a entidade informa que solicitou retificação do Demonstrativo Analítico de Investimento e Enquadramento das Aplicações-DAIEA relativos a setembro de 2004, dezembro de 2004 e março de 2005 (fls. 6848/7102) sendo apensado aos autos, para apreciação juntamente com as defesas.

Em 17 de outubro de 2005 houve manifestações complementares de JORGE LUIZ MONTEIRO DE FREITAS e RONALDO MARCHESE SCHMIDT (fls 7105/7106) e novamente de MARCOS ANTONIO CARVALHO GOMES e CARLOS EDUARDO DA SILVA BESSA (7359/7361), as quais foram, juntamente com os documentos que as acompanham, juntadas aos autos. Em 21 de outubro de 2005 houve manifestação conjunta de JOSE DIAS DA SILVA e FERNANDO SOGDU MARTINS acompanhada de documentos, que juntados aos autos (fls. 7612/7614). Em 1º de novembro foi juntada manifestação e documentos de BENITO SICILIANO (fls. 7866/7869). Em 22 de dezembro foi juntada manifestação dos autuados CLAUDIO ALDONIRO WILDNER LEAL, ANTONIO BATISTA MENDONÇA e NESTOR DOMINGOS RODRIGUES (fls 8.119/8121) e documentos. Outras manifestações vieram aos autos às fls. 8374/8379; fls 8410/8412; fls. 8413/8414; fls. 8415/8419; e fls. 8420/8422.

As defesas apresentadas foram apreciadas pela PREVIC, que emitiu a Análise Técnica nº 04/2008/SPC/GAB/AG, de 07 de março de 2008, que assim conclui:

Quanto ao cerceamento de defesa alegado pelos autuados, argumenta que o processo administrativo, nos termos do art. 2º do Dec. Nº 4942/2003, teve início com o Auto de Infração; que os elementos que serviram de base para a sua emissão estão descritos no relatório do AI, e que a então Secretaria de Previdência Complementar entregou-lhes cópias integrais do Auto de Infração; que caberia aos autuados demonstrar qual o efetivo prejuízo que teria sido causado à defesa; que as defesas apresentadas estão minuciosamente formuladas, bem elaboradas, abarcando todos os pontos contidos no AI, e que em nenhum momento foi suscitado que algum fato apontado no AI deixou de ser defendido por falta de cópias não fornecidas pela Secretaria. Que, portanto, não se sustenta a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto à individualização da pena, argumenta que o AI é documento de registro de ocorrência de infração; a penalidade passível de aplicação informada no AI diz respeito à aplicação da pena em abstrato. Que a aplicação da pena ao caso concreto é ato subsequente, ocorrendo somente após as defesas dos autuados, sendo conhecidas após a Decisão-Notificação-DN. Logo, não teria ocorrido nulidade, já que a individualização da pena só ocorrerá em momento posterior à lavratura do AI.

Do art. 22, § 2º do Dec. Nº 4.942/2003, afirma a Análise Técnica que não assiste razão aos autuados para pedir a nulidade do AI, pois o mesmo não se aplica ao caso concreto, pela transgressão das regras que visam tutelar a segurança e a diversificação dos investimentos. Que a não observância dos limites impostos pela norma é uma ofensa ao bem juridicamente tutelado, e que sob essa ótica há evidente prejuízo (dano).



Da alegação de autuação sobre o mesmo objeto de AI anterior, a Análise Técnica argumenta, também, não assistir razão aos autuados, uma vez que o objeto do AI nº 05/05-39 trata de aplicações no Banco Santos S.A., e o presente Auto trata de investimentos realizados nos bancos BMG, Rural, Mercantil do Brasil e Panamericano, e com fatos e valores diferentes.

Da ilegitimidade passiva: a Análise Técnica sustenta que nos termos da Lei 109/2001, pode ser penalizada qualquer pessoa, física ou jurídica, que seja responsável pela infração, ou que seus atos tenham concorrido de forma determinante para a ocorrência da infração.

Quanto ao mérito, a Análise Técnica assegura que a Política de Investimentos aferiu status de agência classificadora de risco ao Riskbank ao afirmar que o relatório Risco Bancário elaborado pela Gerência de Análise de Investimento utiliza informações deste e das demais agências classificadoras. Afirma, ainda, que da leitura do "Risco Bancário" se depreende que a classificação de risco era feita utilizando-se, exclusivamente, com base no Riskbank, e que, embora os autuados aleguem a utilização de outras agências, nenhuma referência a isso é encontrada no "Risco Bancário".

Que as aplicações objeto da autuação tinham prazo para resgate que oscilavam entre 360 e 922 dias, não podendo ser classificadas como de baixo risco de crédito, já que o Riskbank classificava, desde setembro de 2002, os Bancos BMG, Rural e Panamericano como de "baixo risco de crédito" para médio prazo (180 dias), sendo que os dois últimos tiveram alteração no relatório de setembro de 2004 para baixo risco para o curto prazo (90 dias). O Banco Mercantil do Brasil teve classificação de baixo risco de crédito no curto prazo (90 dias), no mesmo período. Dessa forma, de acordo com a Política de Investimento; com o Riskbank e o Risco Bancário e o disposto no artigo 11 do Regulamento Anexo à Resolução nº 3.121/2003, tais aplicações devem ser considerados de médio ou alto risco de crédito.

Quanto ao limite de aplicação de 15% em títulos de emissão de instituição financeira, classificadas como de médio e alto risco de crédito, concorda com o demonstrado no relatório da autuação e conclui que houve, de fato, infração ao artigo 17, inciso II, alínea "b" do Regulamento anexo à Res. 3121/2003; visto que a entidade detinha em novembro de 2004, percentuais superiores a 15% nos Bancos BMG, Rural, Panamericano e Mercantil do Brasil.

Que teriam deixado de observar as condições de segurança dos investimentos, tendo em vista o excesso de valores em CDBs e RDBs, sem levar em

consideração os riscos versus prazo, bem como limites de aplicação recomendado pela sua consultoria. Dessa forma, infringiram o disposto no artigo 1º do Regulamento anexo a Resolução CMN nº 3121/2003.

Desconsiderou, todavia, a ocorrência da infração ao artigo 16, inciso II do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3121/2003, em razão de a fiscalização ter somado valores apurados em datas diferentes (CDBs, RDBs e Debêntures), impossibilitando formação de convicção a respeito.

Quanto à responsabilidade dos autuados:

A Análise Técnica relata que as decisões do Comitê de Investimentos não definiam em quais instituições financeiras deveriam ser aplicados os recursos da entidade, definindo apenas regras gerais. Todavia, o relatório Risco Bancário, instrumento determinante na escolha dos investimentos, era conhecido dos membros do Comitê. Nas reuniões eram analisados os relatórios de aplicação e referendadas aquelas feitas no período anterior, fato comprovado pelas Atas deste Comitê. Que os membros do Comitê eram municiados com informações da Gerência de Análise de Investimentos e tinham poder para tomar decisões gerais.

Argumenta que o autuado Marcos Antonio Carvalho Gomes, era Diretor Presidente, membro do Comitê de Investimento, tinha poder geral sobre os investimentos; tomava conhecimento em todas as reuniões sobre as aplicações anteriores. Considerando que o enquadramento dos investimentos tem caráter geral, o Comitê de investimentos tinha a responsabilidade de observar o seu cumprimento. Como gravame, sendo o diretor presidente, era o responsável pela coordenação dos trabalhos da Diretoria Executiva, com a obrigação de orientar, acompanhar e fiscalizar a execução das atividades técnicas. Conclui, portanto, pela responsabilização do autuado por concorrer para a prática da infração.

Que o autuado Jorge Luiz Monteiro de Freitas era, à época dos fatos, Diretor de Investimentos, responsável técnico pelas aplicações e membro do Comitê de Investimentos. Considerando que o enquadramento dos investimentos tem caráter geral, o Comitê de investimentos tinha a responsabilidade de observar o seu cumprimento. Mesmo detendo informações suficientes para impedir ou contestar as operações, não o fez, nem determinou a regularização, ao contrário, referendou. Como membro da Diretoria Executiva tinha obrigação de orientar, acompanhar e fiscalizar as atividades técnicas, em especial aquelas diretamente ligadas à sua área de atuação. Caracterizada, portanto, sua responsabilidade sobre a infração.

Que o autuado José Dias da Silva, era à época dos fatos, Diretor de Administração e membro do Comitê de Investimento, tendo poder decisório geral sobre os investimentos. Tomou conhecimentos das aplicações nas reuniões em que as referendava. Considerando que o enquadramento dos investimentos tem caráter geral, o Comitê de investimentos tinha a

responsabilidade de observar o seu cumprimento. Mesmo tendo informações para contestar as operações, não o fez. Sendo Membro da Diretoria Executiva tinha obrigação de orientar, acompanhar e fiscalizar as atividades técnicas. Caracterizada, portanto, sua responsabilidade sobre a infração.

Que os autuados Claudio Aldoniro Wildner Leal e Antonio Batista Mendonça eram, à época dos fatos, membros do Comitê de Investimentos, tendo poder decisório geral sobre os investimentos. Tomava conhecimentos de todas as aplicações nas reuniões em que as referendava. O enquadramento dos investimentos tem caráter geral, sendo os membros do Comitê responsáveis por observar o seu cumprimento. Mesmo tendo informações suficientes para contestar as operações, não o fizeram, ao contrário, referendaram, sendo, portanto, responsáveis pela infração.

Que ao autuado Nestor Domingos Rodrigues, admitido em 05 de agosto de 2004 no Comitê de Investimento, não se atribui responsabilidade pelas infrações ocorridas anteriormente, sendo responsável pelos desenquadramento observados nos bancos Rural (23/08/2004), Mercantil do Brasil (01/10/2004) e BMG (03/10/2004).

Que o autuado Benito Siciliano era, à época dos fatos, Gerente de Análise de Investimento, responsável pela elaboração do "Risco Bancário", relatório utilizado para a classificação de risco dos títulos emitidos pelas instituições financeiras, e tomada de decisões dos investimentos. Omitiu informações neste relatório, relativas aos prazos de aplicação recomendados pelo Riskbank, contribuindo para a ocorrência da infração, tornando-se responsável pelo seu cometimento.

Que os autuados Carlos Eduardo da Silva Bessa, Ronaldo Marchese Schmidt e Fernando Sogdu Martins não foram responsabilizados, por terem deixado de exercer suas funções na entidade em 24 de agosto de 2003.

Descarta a incidência da atenuante prevista no artigo 23, inciso I, alínea "a" em face da ocorrência de prejuízo. Todavia, considerando que os autuados informaram a regularização da falta com o resgate dos CDBs e RDBs objeto da autuação, não persistindo o desenquadramento observado, acolhe a atenuante prevista na alínea "b" do mesmo artigo, inciso I.

Conclui pelo indeferimento dos pedidos de prova oral e pericial; pelo afastamento das preliminares; e no mérito, **pela procedência** da autuação em relação a **Marcos Antonio Carvalho Gomes, Jorge Luiz Monteiro de Freitas, Jose Dias da Silva, Cláudio Aldoniro Wildner Leal, Antonio Batista Mendonça, Nestor Domingos Rodrigues e Benito Siciliano**, por aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, infringindo o disposto no artigo 9º, & 1º da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, artigo 1º e 17, inciso II, alínea "b" do

Regulamento anexo à Res. CMN nº 3.121/2003 e artigo 64 do Dec. 4942, de 30/12/2003.



Termina por sugerir, em face do artigo 65 da Lei Complementar nº 109/2001 e do artigo 64 do Dec. nº 4942/2003, seja aplicada, a cada um dos autuados, a pena de **MULTA** pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), reduzida em 20% (vinte por cento) pela incidência da atenuante prevista no artigo 23, inciso I, alínea "b" do Dec. 4942/2003; Pela **improcedência** da autuação em relação a **Carlos Eduardo da Silva Bessa, Ronaldo Marchese Schmidt e Fernando Sogdu Martins.**

Em 07/03/2008 foi emitida Decisão-Notificação nº 03/08-56, com o seguinte resultado:

- em relação a MARCOS ANTONIO CARVALHO GOMES, JORGE LUIZ MONTEIRO DE FREITAS, JOSE DIAS DA SILVA, CLAUDIO ALDONIRO WILDNER LEAL, ANTONIO BATISTA MENDONÇA, NESTOR DOMINGOS RODRIGUES E BENITO SICILIANO, decide afastar as preliminares e julgar procedente o Auto de Infração nº 12/05-94, de 27/07/2005, para aplicar a pena de multa pecuniária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atenuada de 20% (vinte por cento), nos termos da Análise Técnica nº 04/2008/SPC/GAB/AG, de 07 de março de 2008.

- em relação a CARLOS EDUARDO DA SILVA BESSA, RONALDO MARCHESE SCHMIDT e FERNANDO SOGDU MARTINS, decide julgar improcedente o AI nº 12/05-94, de 27/07/2005, nos termos da mesma Análise Técnica acima citada.

Devidamente notificados da DN 03/08-56, os autuados impetraram Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra a exigência do depósito prévio de 30% (trinta por cento) do valor da multa que lhes foi atribuída, como requisito para a interposição de recurso administrativo.

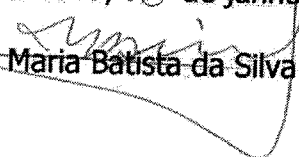
Concedida a Liminar,, os recursos foram recebidos pela SPC, mesmo estando em andamento o julgamento da Segurança, a qual veio a ser concedida mais tarde, confirmando a Liminar, em 25.07.2008

Inconformados, os autuados apresentaram recursos. JORGE LUIZ MONTEIRO DE FREITAS apresentou recurso de fls. 8456/8491; os autuados CLAUDIO ALDONIRO WILDNER LEAL, ANTONIO BATISTA MENDONÇA e NESTOR DOMINGOS, apresentaram recurso conjunto de fls. 8493/8545; o autuado MARCOS ANTONIO CARVALHO GOMES apresentou recurso de fls. 8546/8580; o autuado BENITO SICILIANO apresentou recurso de fls. 8581/8631; e o autuado JOSE DIAS DA SILVA apresentou recurso de fls. 8633/8684, todos tempestivos, nos quais repetem basicamente os mesmos argumentos da defesa, acrescentando protesto contra o indeferimento da produção de prova documental e testemunhal, em especial a manifestação de titular da Consultoria; uns pedem pela nulidade da DN, por não ter havido o contraditório, e que argumentos de defesa não teriam sido examinados.

A Análise Técnica nº 73/2008/SPC/GAB/AG alega que nos autos havia elementos mais que suficientes para apreciar a questão, sendo desnecessária a produção de novas provas; e que todas as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes foram examinadas. Reiterou, portanto, os termos da decisão recorrida.

É o relatório.

Brasília, 16 de junho de 2010.


Maria Batista da Silva

7.906
R. 906
R. 906



Processo nº MPS 44000.001708/2005-76

Auto de Infração nº 12/05-02

Decisão Notificação nº 03/08-56

RECORRENTES: Marcos Antonio Carvalho Gomes
Jorge Luiz Monteiro de Freitas
Jose Dias da Silva
Cláudio Aldoniro Wildner Leal
Antonio Batista Mendonça
Nestor Domingos Rodrigues
Benito Siciliano

Entidade: Real Grandeza Fundação de Prev e Assist. Social

Recorrida: Secretaria de Previdência Complementar-SPC
Atual PREVIC- Superintendência Nacional de
Previdência Complementar.

Recorrente: Secretaria de Previdência Complementar-SPC
Atual PREVIC- Superintendência Nacional de
Previdência Complementar.

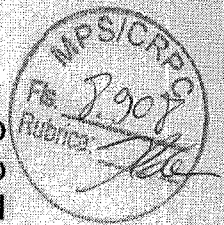
Recorridos: Carlos Eduardo Silva Bessa
Ronaldo Marchese Schimidt
Fernando Sogdu Martins

Relatora: Maria Batista da Silva

VOTO

EMENTA: Recurso contra Decisão da SPC.
Infração a Norma regulamentadora de
Aplicação de Recursos. Inexistência de
Prejuízo comprovada. Obrigatoriedade de
Notificação para correção antes da autuação.
Recurso Provido

Em pauta, recursos voluntários, tempestivos, contra Decisão do então Secretário de Previdência Complementar, que decidiu pela procedência de Auto de Infração, aplicando penalidade de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) aos recorrentes.



Os recorrentes foram autuados por terem aplicado os recursos da entidade em desacordo com a Lei nº 109/2001 e as disposições do Regulamento anexo a Resolução CMN nº 3.121, de 25 de setembro de 2003.

Em suas defesas, autuados alegaram diversas preliminares de nulidade do AI, e no mérito, contestaram a citada autuação, com alegações de improcedência dos fatos nele apontados. Todavia, a SPC não acatou os argumentos apresentados, e decidiu pela aplicação das penalidades constantes na **Decisão Notificação nº 03/08-56**.

Inconformados, os autuados recorrem a esta Câmara, reapresentando as razões esposadas na defesa inicial, acrescendo pedido de nulidade da Decisão, por inexistência do contraditório.

No tocante ao cerceamento de defesa, esta alegação não se sustenta, uma vez que o processo administrativo, nos termos do mandamento jurídico que o disciplina, se iniciou com o Auto de Infração, e os elementos que serviram de base à sua lavratura estão descritos no relatório, cuja cópia foi entregue aos autuados. Nenhuma das questões ali apontadas deixou de ser contestada por falta de documentos. Ao contrário, foi garantida a ampla defesa, tendo todos os autuados apresentado, inclusive defesas complementares, com juntada de documentos, sendo todos eles analisados pela Secretaria e por esta relatora.

Com respeito a não observância do artigo 22, § 2º do Decreto nº 4.942/2003 fixando prazo para a correção da irregularidade, trataremos mais adiante.

Não se desconhece o que dispõe a legislação sobre as aplicações de recursos das entidades de previdência complementar, as quais estão sujeitas às diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

E como diretriz, manda o referido Conselho, por meio da Resolução CMN nº 3.121/2003, que se respeite requisitos de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

Estabelece, ainda, que quando estes recursos forem aplicados em renda fixa, obedeçam a alguns requisitos de diversificação, em especial no caso dos investimentos em títulos e valores mobiliários de emissão ou coobrigação de instituição financeira ou outra instituição autorizada a funcionar pelo BC, o total não pode exceder a 25% do PL da emissora no caso de instituição considerada de baixo risco de crédito e 15% do PL da emissora, nos demais casos.

Analisando o conjunto probatório acostados pelos autuados, em especial as Políticas de Investimentos e o relatório "Risco Bancário", não deixa dúvida de a entidade infringiu a norma, incidindo em desenquadramento pela aplicação em instituição classificada como de médio/alto risco de crédito. Senão vejamos:



A Política de Investimentos de 2004, quando trata da renda fixa, no item 14.1, assevera:

O trabalho de "Risco Bancário" é atualizado a cada trimestre (...). A sua finalidade é efetuar a classificação dos bancos de acordo com o risco de crédito (...), bem como calcular limites para a aplicação de recursos nos mesmos. (...) Este trabalho utiliza, como suporte, informações prestadas pelo Riskbank, da Lopes Filho, e demais agências classificadoras de risco em atuação no país como também no exterior.

O relatório "Risco Bancário" dispõe: A fim de atender a este requisito da resolução 3121, utilizamo-nos do trabalho de classificação de risco bancário da Empresa Lopes Filho & Associados. Assim, consideramos como baixo risco de crédito, para efeito de cumprimento deste requisito, as instituições, assim classificadas pela empresa, acima mencionada."

Embora os autuados tenham unanimemente alegado que a entidade se utilizava da classificação de risco feita por outras agências classificadoras, nenhum documento da própria entidade foi acostado aos autos, mas tão somente uma planilha produzida pela defesa de alguns autuados, contendo informações sobre a classificação que teria sido feita pelas citadas agências.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, não resta dúvida que a Política de Investimento aferiu status de agência classificadora de risco ao RISK BANK, e que a classificação de risco era feita, exclusivamente, com base no RISK BANK.

Diante disso, configurada a infração apontada na autuação.

Quanto à responsabilização dos autuados, voltamos ao art. 22 § 2º do Dec. 4942/2003.

"§ 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.

Os autuados apresentaram números para demonstrar o excelente resultado das aplicações objeto da autuação, demonstrando ser as mesmas lucrativas, tendo superado, em muito, a meta atuarial. Em nenhum momento tais alegações ou os números apresentados foram contestadas pela SPC, nem mesmo quando a Análise Técnica, que sustenta ter havido prejuízo pela não observância dos limites impostos pela norma, havendo **"ofensa ao bem juridicamente**

tutelado (segurança e diversificação), sob essa ótica é evidente o prejuízo (dano)".

Peço vênia para discordar deste entendimento da SPC. Se a desobediência à norma neste caso fosse encarada como prejuízo, seria desnecessário o destaque, dando oportunidade de correção, pois concretamente o "prejuízo" já teria sido causado. Entendo que o "prejuízo ali referido é a diminuição do patrimônio em razão da ação do gestor da entidade.

De qualquer sorte, em não havendo prejuízo, voltemos à terceira parte do § 2º do art. 22, do Dec. 4942/2003: **".....se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado auto de infração."**

Com efeito, não se trata de uma faculdade, o dispositivo em tela impõe, inexoravelmente, que a SPC verifique a existência ou não de prejuízo; em não existindo, notifique e conceda prazo para correção da irregularidade, antes de lavrar auto de infração.

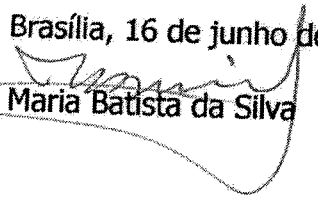
Considerando que não restou provada a existência de prejuízo; que a SPC não observou o mandamento retro referenciado, os demais aspectos do presente processo ficam prejudicados.

Isto posto, voto no sentido de se conhecer dos recursos, dando-lhes provimento, ao reconhecer a nulidade da autuação e do procedimento administrativo dela decorrente, pela não aplicação do § 2º do art. 22, do Dec. 4942/2003, com relação aos recorrentes.

Conhecer e negar provimento ao recurso de ofício em relação a Carlos Eduardo Silva Bessa, Ronaldo Marchese e Fernando Sogdu Martins.

É como voto.

Brasília, 16 de junho de 2010.


Maria Batista da Silva



Processo nº 44000.001708/2005-76

Auto de Infração nº 12/05-02

Decisão Notificação nº 03/08-56

Recorrentes: Marcos Antonio Carvalho Gomes
Jorge Luiz Monteiro de Freitas
Jose Dias da Silva
Cláudio Aldoniro Wildner Leal
Antonio Batista Mendonça
Nestor Domingos Rodrigues
Benito Siciliano

Entidade: Real Grandeza Fundação de Prev e Assist. Social

Recorrida: Secretaria de Previdência Complementar-SPC

Recorridos: Carlos Eduardo Silva Bessa
Ronaldo Marchese Schmidt
Fernando Sogdu Martins

Relatora: Maria Batista da Silva

VOTO-VISTA

Inicialmente, cabe asseverar que não há divergência integral quanto ao conteúdo do voto proferido pela ilustre relatora designada, especialmente no que se refere ao afastamento das preliminares suscitadas pelos interessados, notadamente a alegação de cerceamento de defesa.

De fato, no caso em apreço, não há se falar em cerceamento do direito de defesa dos recorrentes, na medida em que tiveram acesso a todos os documentos necessários ao seu pleno exercício do sagrado direito de defesa, até porque todos os elementos que serviram de base para lavratura do auto de infração impugnado foram exaustivamente descritos no relatório de fiscalização. Ademais, o auto de infração impugnado não goza de qualquer tipo de vício formal, na medida em que descreve pormenorizadamente quais os fatos objeto da atuação, apontando, de modo claro, quais os dispositivos violados, especialmente o disposto no artigo 9º, §1º, da Lei Complementar.

Saliente-se, ainda, que todos os interessados tiveram pleno e irrestrito acesso aos autos e a todos os documentos encartados aos autos e que, por óbvio, sustentaram a lavratura do auto de infração, sem contar que também tiveram acesso a documentos adicionais fornecidos pela própria entidade (Fundação Real Grandeza). Prova disso, é a realização de manifestação complementar realizada pelos interessados, com a juntada de novos documentos produzidos pela entidade de previdência complementar interessada, como se depreende das fls. 6.806/6.809, fls. 7.105/7.106, 7.612/7.614, fls. 7.866/7.869, fls. 8.119/8.121, dentre outras.

Ademais, não se falar em ofensa ao direito de defesa pelo fato de que não se deferir o pedido de oitiva e de manifestação técnica de consultor especializado, haja

vista que não há qualquer dúvida técnica a ser elucidada e, mesmo que assim não fosse, cabe dizer que houve a juntada de manifestação técnica do especialista (fls. 3811/3834) como pleiteado, sem qualquer prejuízo à defesa. Além disso, a produção de prova testemunhal só se justifica para o esclarecimento de fatos, que, no caso dos autos, foram completamente elucidados, não existindo, pois, controvérsia sobre os mesmos, sendo de nenhuma utilidade a colheita de prova testemunhal apenas para o colher as impressões pessoais da testemunha sobre os fatos. Há isso sim, apenas na compreensão dos interessados incorreta avaliação das normas aplicáveis aos fatos e, de modo algum, divergência quanto aos fatos.

Por derradeiro, cabe dizer que não há se cogitar em nulidade pela ausência de enfrentamento pormenorizado de todas as alegações lançadas em defesa, bastando que se conclua de modo conciso e fundamentado, apontado as razões que levam a conclusão, o que ocorreu no caso em apreço. Não é o outro, aliás, o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, como se pode extrair do julgamento recente do AI 791292/PE, Rel. Ministro Gilmar Mendes (pendente de publicação – ver notícia no sítio eletrônico do STF endereço: <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=154943>.)

No mérito, quanto a prática da infração pelos interessados, não há qualquer divergência quanto ao entendimento fixado no voto da i. Relatora, uma vez que, apesar das alegações constantes de todos os interessados, restou comprovado que à época, frise-se, na data oportuna, em que foram realizados os investimentos tidos por irregulares não foi utilizado de qualquer tipo de classificação de risco.

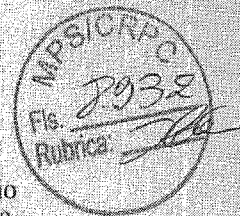
Os interessados juntaram aos autos outras classificações realizadas por outras agências, porém, não se desoneraram do ônus de comprovar de que, à época dos investimentos, fivessem se valido de tais elementos.

Portanto, no que tange à caracterização das infrações, por desconformidade às diretrizes expressamente estabelecidas (e devidamente apontadas na autuação) pelo Conselho Monetário Nacional quando da aplicação dos recursos dos planos de benefícios, não divirjo do voto apresentado pela Ilustre Conselheira Relatora.

Todavia, com o merecido respeito, não posso acompanhá-la no que tange à aplicação, a este caso, do disposto no art. 22, § 2º do Decreto n. 4.942, de 2003, e à conseqüente conclusão a respeito da nulidade do auto de infração e de todo o procedimento administrativo que àquele se seguiu.

É que entendo que não se poder adotar como “prejuízo”, pura e simplesmente, a noção de “diminuição do patrimônio” do plano de benefícios em razão da atuação do gestor da entidade.

Para mim é manifestamente claro que não é compatível com infrações como a deste caso – que envolve o inquestionável descumprimento de diretrizes específicas do CMN na aplicação de recursos por Fundos de Pensão – o benefício previsto no mencionado art. 22, § 2º do Decreto n. 4.942, de 2003.



O legislador preocupou-se expressamente com a questão da aplicação regular dos recursos com as diretrizes do Conselho Monetário Nacional (artigo 9º, §1º, da LC 109/2001), dada a sua importância para o equilíbrio do sistema.

Ademais, a Lei Complementar ao tratar especificamente do ponto não vinculou a dita conduta reputada ilícita a qualquer tipo de resultado necessário, sobretudo porque se está diante de infração de perigo abstrato.

A Lei Complementar, sem dúvida buscou evitar que os gestores das entidades exponham os recursos dos participantes, enumerando taxativamente as penalidades aplicáveis à espécie nos incisos I a IV do artigo 65 da LC nº 109/2001, em casos de descumprimento de tais normas, não se referido ao prejuízo como fator determinante para aplicação da pena ou lavratura do auto.

Nas demais espécies de infração que foram relegadas pela Lei Complementar no *caput* do artigo 65 as disposições do Decreto autorizado, poder-se-ia até admitir que a aplicação do disposto no artigo 22, §2º, do Decreto, porquanto se a Lei autoriza o Decreto a estabelecer as infrações, por certo, também lhe confere a competência para deixar de aplicar as penalidades em certos casos estipulados, o que não pode ser aplicado para as penalidades já estabelecidas na própria Lei, como é o caso de aplicação irregular de recursos e outras infrações previstas diretamente na Lei e não no Decreto.

Nota-se, portanto, que entendo totalmente incompatível a aplicação do disposto no artigo 22, §2º, do Decreto nº 4942/2003, com o ilícito previsto no artigo 9º, §1º, c/c artigo 65, incisos, I a IV, da Lei Complementar nº 109/2001.

De outro lado, mesmo que assim não se entenda, não me parece que se possa adotar um conceito tão restrito de *prejuízo*, a ser entendido, exclusivamente, como a situação que leva a uma efetiva *diminuição do patrimônio* dos planos geridos pela Entidade nos casos de aplicação irregular de recursos em desconformidade com as regras do Conselho Monetário Nacional.

Não fosse por outra razão, tal entendimento poderia dar margem a que, em cenário econômico de altas taxas de juros com títulos públicos, jamais se poder falar em prejuízo com uma ou outra aplicação, já que, no geral, todas as entidades que tivessem adquirido boa parte de títulos dessa natureza, acabariam por ser remuneradas com folga suficiente para não verem diminuídos os patrimônios dos planos, podendo inclusive bater, com relativa tranquilidade, suas metas atuariais.

Além disso, não se estaria protegendo um dos valores mais qualificados que deve reger o sistema de previdência complementar fechado que são os recursos garantidores do plano de benefícios contratado, na medida em que se estaria dando uma autorização aos dirigentes dos fundos para investir ao seu bel prazer, pois somente seria passível de aplicação de penalidade a conduta que gera prejuízos patrimoniais ao fundo. Assim, decerto não estaria o sistema atuando na prevenção, mas sim na penalização e sem qualquer efeito prático para a garantia efetiva dos recursos garantidores.

E digo mais, mesmo que se isolasse especificamente a operação, a aplicação que se esteja a analisar, para saber se ela gerou ou não prejuízo, considero

MPJ 100
Fls. 8.933
Rubrica

que, ainda assim, não é suficiente a mera verificação da diminuição patrimonial, pois pode ter havido situação de ganho, mas um ganho incompatível com os riscos e características da operação que se esteja a analisar (assim, p. ex., por aquela compreensão, ficaria descaracterizado o prejuízo se uma aplicação com venda de ações abaixo do valor de mercado rendesse, digamos, apenas 1% do valor aplicado, quando ela poderia, se tivesse sido vendida pelo preço adequado ao mercado, obter valorização de 5% ou 10% do que se investiu no mesmo período, o que não seria aceitável).

Por isso, tenho que não é somente a diminuição nominal do patrimônio que deve ser levada em conta para caracterização, ou não, do prejuízo com dada operação.

Demais disso, particularmente nos casos em que, como é justamente o dos autos, esteja em questão a aplicação de recursos de planos de benefícios geridos por EFPC em desconformidade com as diretrizes do CMN, facilmente se pode perceber, da leitura de toda a Resolução do CMN (quer a atual, quer mesmo aquelas outras que a esta precederam e que se aplicam a este caso) e sobretudo do art. 9º da Lei Complementar n. 109, de 2001 (que neste ponto não destoa do correspondente artigo de lei que o precedeu na hoje revogada Lei n. 6.435, de 1977), que, em momento algum, se faz qualquer referência na norma jurídica a alguma relação de causalidade entre a conduta infracional (aplicação em desconformidade com as diretrizes e limites) e algum dano. Isso ocorre, justamente porque o *prejuízo* na espécie é presumido (*presunção absoluta*) e, portanto, incompatível a aplicação do artigo 22, §2º, do Decreto nº 4942/2003, com a infração caracterizada pela aplicação irregular de recursos da entidade.

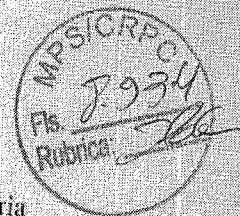
De fato, repita-se, assim prevê atualmente o art. 9º, da Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001:

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.

Como se vê, e como adiantado, o legislador brasileiro não vinculou tal conduta reputada ilícita a um resultado necessário (de mais a mais, tal resultado também não é exigido pela Resolução do CMN, que dá concreção ao comando do transcrito art. 9º), sendo, pois, inaplicável o disposto no §2º do artigo 22 nesse caso.

É importante reforçar que se assim não foi feito pelo legislador, evidentemente, não poderia fazê-lo – trata-se de uma questão de competência legal, a rigor – nem mesmo o Presidente da República, razão pela qual não pode se pretender aplicar, por absoluta incompatibilidade – como mais claramente ficará evidenciado na sequência –, o art. 22, § 2º, do Decreto n. 4.942, às infrações relacionadas à aplicação, aos investimentos dos recursos dos planos de benefícios por EFPC, embora se reconheça a possibilidade de sua aplicação em outros dispositivos estatuídos no Decreto autorizado.



Nulidade não pode haver, assim, quanto a uma pretensamente necessária observância do benefício previsto no art. 22, § 2º, do Decreto n. 4.942, de 2003, por não ter sido dado prazo, pelo Órgão Fiscalizador, para que os recorrentes pudessem ter corrigido a irregularidade antes de serem autuados.

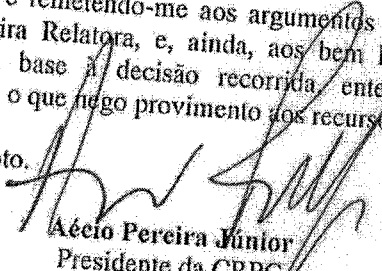
É que, em princípio, afigura-se que não se aplica o referido preceito regulamentar a *infrações de perigo abstrato*, sendo certo que nas infrações catalogadas neste processo, porque, no geral, a aplicação de recursos feita em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo órgão a tanto competente já encerra presunção concreta da probabilidade de ocorrência de dano, o qual, assim, não necessita ser investigado e provado concretamente, o que, a par de tornar irrelevante a verificação de prejuízo – que é presumido –, torna impossível a correção da falta, que já ocorreu com a ofensa ao bem jurídico.

Ademais, independentemente da compreensão a respeito da incompatibilidade de infrações de perigo abstrato com o benefício previsto no art. 22, § 2º, do Decreto n. 4.942, de 2003 – tal como acima brevemente delineado –, impõe-se observar, de qualquer forma, que os fatos verificados neste processo, ainda quando tomados em continuidade, encerraram sua consumação muito tempo antes da ação fiscal, inviabilizando qualquer chance de correção quando da fiscalização da Entidade.

Pelo exposto, por ser absolutamente irrelevante a caracterização de efetivo prejuízo *patrimonial* para caracterização do delito consistente na aplicação de recursos dos planos de benefícios em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo CMN e, sobretudo, porque tal espécie de delito configura infração de perigo abstrato, tornando impossível a correção da “irregularidade no prazo dado pela SPC” quando – como neste caso – já plenamente realizada a conduta, entendo que não há razão para se cogitar da aplicação do benefício previsto pelo art. 22, § 2º, do Decreto 4.942 de 2003, motivo pelo qual não vejo qualquer nulidade a macular o Auto de Infração que inaugura os autos deste processo.

Por isso, e remetendo-me aos argumentos de mérito expostos neste voto e no da I. Conselheira Relatora, e, ainda, aos bem lançados fundamentos da Análise Técnica que deu base à decisão recorrida, entendo que esta deve ser integralmente mantida, com o que nego provimento aos recursos voluntários.

É como voto.


Aécio Pereira Júnior
Presidente da CRPC

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 3ª Reunião Extraordinária - 27 julho de 2010

Relator/Conselheiro: MARIA BATISTA DA SILVA

Entidade: Real Grandeza – Fundação de Previdência e Assistência Social

Processo: 44000.001708/2005-76

Recorrente: Secretaria de Previdência Complementar, Marcos Antonio Carvalho Gomes, Jorge Luiz Monteiro de Freitas, José Dias da Silva, Cláudio Aldomiro Wildner Leal, Antonio Batista Mendonça, Nestor Domingos Rodrigues e Benito Siciliano

Recorrido: Carlos Eduardo da Silva Bessa, Ronaldo Marchese Schmidt e Fernando Sogdu Martins

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 de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), reduzida em 20% Marcos, Jorge Luiz, José da Silva, Cláudio, Antonio, Nestor e Benito Siciliano

Voto de vista e do Relator nos autos

Representantes	Votos
ITAMAR PRESTES RUSSO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Acampanha o voto da Relatora
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Acampanha o voto da Relatora
EMÍLIO KEIDANN JÚNIOR (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Acampanha o voto da Relatora
DANIEL PULINO (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Mantem a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.
ALFREDO SULZBACHER WONDRAECK (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	Acampanha o voto da Relatora

Resultado: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, conhece dos recursos voluntários e de ofício. Por maioria de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, no mérito, deu provimento aos recursos voluntários, vencidos os votos do Membro Daniel Pulino e do Sr. Presidente que votaram no sentido de negar-lhe provimento, e, por unanimidade, a CRPC negou provimento ao recurso de ofício, mantendo a decisão da Secretaria de Previdência Complementar, declarando, entretanto, a extinção da punibilidade do recorrido Fernando Sogdu Martins, tendo em vista seu falecimento.

Brasília, 17 setembro de 2010.


Paulo César dos Santos
Presidente- Substituto

Juntado
Em 17/09/10


Assinatura/Matrícula

1095933