

SINDAPP



E-BOOK DE ORIENTAÇÃO PRÁTICA AS DIVERSAS RESPONSABILIDADES DE DIRIGENTES DAS EFPC

LUIZ FERNANDO BRUM DOS SANTOS

LUIZ FERNANDO BRUM DOS SANTOS

e-BOOK DE ORIENTAÇÃO PRÁTICA
AS DIVERSAS RESPONSABILIDADES DE
DIRIGENTES DAS EFPC

SÃO PAULO
ABRIL/2019

SINDAPP

SUMÁRIO INTERATIVO

CLIQUE NO LINK E ACESSE DIRETAMENTE O CONTEÚDO.

4 I. APRESENTAÇÃO

5 II. DAS DIVERSAS RESPONSABILIDADES

- 6 [Quais são as responsabilidades a que estão sujeitos os dirigentes das entidades fechadas de previdência complementar?](#)
- 7 [Outros profissionais também poderão ser alcançados por aquelas responsabilidades?](#)
- 9 [A simples ocorrência de prejuízos é suficiente para caracterizar a responsabilidade administrativa?](#)
- 13 [A aplicação de penalidades na esfera administrativa pode se efetivar com base na responsabilidade objetiva?](#)
- 14 [Quais os tipos penais que têm sido utilizados para responsabilizar, criminalmente, aqueles que praticam crimes no âmbito da previdência complementar fechada?](#)
- 15 [Mesmo que não tenham sido responsáveis pela prática da irregularidade, os dirigentes das entidades fechadas de previdência complementar têm a obrigação de apurar e, se for o caso, responsabilizar civilmente aqueles que deram causa a dano ou prejuízo à EFPC ou a seus planos de benefícios?](#)

16 III. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

- 17 [Quais os diplomas legais que disciplinam o processo administrativo sancionador no âmbito do regime de previdência complementar fechada?](#)
- 18 [De que forma se inicia o processo administrativo sancionador no âmbito do regime de previdência complementar fechada?](#)
- 19 [Numa mesma ação fiscal poderão ser lavrados vários autos de infração?](#)

- 19 [Qual o prazo para a apresentação da defesa?](#)
- 20 [Quantas e quais são as instâncias administrativas?](#)
- 20 [Qual é a composição da Câmara de Recursos da Previdência Complementar?](#)
- 20 [Qual o prazo para a interposição de recurso?](#)
- 20 [Há a necessidade de depósito antecipado de parte do valor da multa aplicada para a interposição de recurso?](#)
- 20 [Das decisões proferidas pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar cabem recursos?](#)
- 21 [Quais são as penalidades administrativas a que estão sujeitos aqueles que praticam infrações?](#)
- 22 [Na aplicação das penalidades, quais são as atenuantes e as agravantes previstas no Decreto 4.942/2003?](#)
- 23 [Onde estão tipificadas as infrações administrativas e previstas as penalidades aplicáveis?](#)
- 24 [Ainda que tenha sido praticada uma irregularidade poderá não ser lavrado o auto de infração?](#)
- 26 [Em que outra situação, poderá não ser lavrado o auto de infração mesmo que tenha sido praticada uma irregularidade?](#)
- 27 [Em que situações extingue-se a punibilidade?](#)
- 27 [Qual é o prazo prescricional definido pelo Decreto 4.942/2003?](#)
- 27 [Em que situações se interrompe a prescrição?](#)
- 29 [Existe a preclusão administrativa no âmbito da previdência complementar fechada?](#)
- 30 [Existe a possibilidade de se anular um auto de infração?](#)
- 34 [Pode se retroagir os efeitos de uma nova norma?](#)

37 V. DA IMPORTÂNCIA DO SEGURO D&O

APRESENTAÇÃO



Tendo como uma das principais pautas, a defesa do ato regular de gestão alicerçada em princípios éticos e boas práticas de governança, o Sindapp tem buscado oferecer informações, orientações e ferramentas que objetivam dar assistência aos conselheiros, ex-conselheiros, diretores e ex-diretores das entidades fechadas de previdência complementar (EFPC) no cumprimento do dever fiduciário.

Nesse sentido, e em acréscimo a várias outras ações pela "Promoção da Ética e da Legislação", das "Práticas de Responsabilidade Social e Sustentabilidade" e das "Regras e Práticas de Governança, Gestão e Controles Internos", trazemos esse e-Book de Orientação Prática aos Dirigentes das EFPC, no qual são abordadas, de forma didática (no formato perguntas e respostas), as diversas responsabilidades, com ênfase na administrativa, a que estão sujeitos, inclusive, os membros dos órgãos de governança.

Sob a luz da jurisprudência da Câmara de Recursos da Previdência Complementar (órgão criado pela Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009 e regulamentado pelo Decreto nº 7.123, de 03 de março de 2010), o e-Book tem intenção de proporcionar, também, uma visão do processo administrativo sancionador, atualmente disciplinado pelo Decreto n. 4.942, de 30 de dezembro de 2003.

Com autoria do advogado **Luiz Fernando Brum dos Santos**, assessor dos Representantes das entidades fechadas de previdência complementar na Câmara de Recursos de Previdência Complementar e Secretário da Comissão Técnica Jurídica da Abrapp, profundo conhecedor do tema, esperamos com o presente e-Book oferecer mais uma contribuição para a evolução e a higidez do segmento de previdência complementar fechada.

Jarbas Antonio de Biagi
Diretor-Presidente



II.

DAS DIVERSAS RESPONSABILIDADES

II. DAS DIVERSAS RESPONSABILIDADES

▀ QUAIS SÃO AS RESPONSABILIDADES A QUE ESTÃO SUJEITOS OS DIRIGENTES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR?

No âmbito do regime de previdência complementar fechada há três tipos de responsabilidades – civil, penal e administrativa - todas elas, expressamente, previstas na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 (LC 109/2001):

- RESPONSABILIDADE CIVIL:

"Art. 63. Os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante responderão civilmente pelos danos ou prejuízos que causarem, por ação ou omissão, às entidades de previdência complementar".

- RESPONSABILIDADE PENAL:

"Art. 64. O órgão fiscalizador competente, o Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários ou a Secretaria da Receita Federal, constatando a existência de práticas irregulares ou indícios de crimes em entidades de previdência complementar, noticiará ao Ministério Público, enviando-lhe os documentos comprobatórios.

Parágrafo único. O sigilo de operações não poderá ser invocado como óbice à troca de informações entre os órgãos mencionados no caput, nem ao fornecimento de informações requisitadas pelo Ministério Público".

- RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA:

"Art. 65. A infração de qualquer disposição desta Lei Complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:



I - advertência;

II - suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias;

III - inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e

IV - multa de dois mil reais a um milhão de reais, devendo esses valores, a partir da publicação desta Lei Complementar, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais".

As três esferas de responsabilidade (administrativa, civil e penal), são independentes e podem ser apuradas de forma simultânea, nas instâncias competentes, com sanções aplicadas cumulativamente.



OUTROS PROFISSIONAIS TAMBÉM PODERÃO SER ALCANÇADOS POR AQUELAS RESPONSABILIDADES?

SIM. O parágrafo único do art. 63, da LC 109/2001 determina, quanto a responsabilidade civil, que *"São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada"*.

Os arts. 64 e 65 daquele diploma legal, também, estabelecem uma ampla abrangência em relação às responsabilidades criminal e administrativa.

No que se refere à responsabilização administrativa, observa-se que a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 4.661, de 25 de maio de 2018, que dispõe sobre as diretrizes de aplicação dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, preleciona, no seu art. 4º, §§ 1º e 2º, o seguinte:

"Art. 4º (...)

§ 1º São considerados responsáveis pelo cumprimento do disposto nesta Resolução, por ação ou omissão, na medida de suas atribuições, as pessoas que participam do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da EFPC.

§ 2º Incluem-se no rol de pessoas previstas no § 1º deste artigo, na medida de suas atribuições, os membros de conselhos estatutários da EFPC, os procuradores com poderes de gestão, os membros do comitê de investimentos, os consultores e outros profissionais que participem do processo de análise, de assessoramento e decisório sobre a aplicação dos recursos dos planos da entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada".

Embora a questão da responsabilidade administrativa dos membros do Comitê de Investimentos **ainda não esteja pacificada na Câmara de Recursos da Previdência Complementar**, faz-se necessário salientar que há decisões considerando válida a autuação de membros daquele Colegiado, ainda que os mesmos detenham apenas o caráter de assessoramento, portanto, sem poder de deliberação. Nesse sentido:

EMENTA: "Auto de infração. Nulidades. Inexistência. Investimentos realizados desconsiderando os riscos existentes. Irregularidades configuradas. Responsabilidade dos técnicos que recomendaram ou propuseram as aplicações. Prescrição reconhecida na decisão recorrida em relação a alguns dos autuados. Decisão mantida.

1. O fato de a PREVIC solicitar novas informações acerca do investimento objeto do auto de infração após a sua lavratura não determina a nulidade da autuação, notadamente, quando do teor daquele pedido observar-se que tais esclarecimentos visam à avaliação da atuação das auditorias e dos Conselhos Deliberativo e Fiscal, bem como a adoção das providências necessárias para a responsabilização civil daqueles que causaram prejuízos aos planos de benefícios.

2. À luz do disciplinamento em vigor, inclusive o art. 65 da Lei Complementar nº 109/2001, não pode prosperar, a priori, como regra absoluta, a tese de que a simples inexistência de poder de deliberação seria suficiente, por si só, para afastar a responsabilidade dos técnicos ou membros dos Comitês de Investimentos, mormente, quando estes, baseados em premissas equivocadas ou deficientes, emitem pareceres e manifestações propondo ou recomendando investimentos, inclusive, com a efetivação de novos aportes, na fase de reestruturação, quando, sabidamente, não havia perspectiva positiva de retorno.

3. Constatada a existência de expressivos prejuízos financeiros decorrentes do investimento objeto da autuação, não há que se cogitar na aplicação do § 2º, do art. 22, do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003.

4. Caracterizada a infração continuada, o início da contagem do prazo prescricional de cinco anos começa a ser contado do último ato praticado.

5. Apesar da aplicação dos recursos dos planos de benefícios ser uma atividade meio da entidade, os riscos inerentes à operação, principalmente o de mercado, não podem servir como justificativa para todo e qualquer prejuízo experimentado nas aplicações dos recursos dos planos de benefícios. Ao contrário, a existência de tais riscos impõe, dentro do dever de fidúcia dos gestores, ainda mais cautela nas decisões para cada aplicação, que deve ser precedida de rigorosas análises técnicas que apontem a sua viabilidade, à luz da legislação e dos normativos internos da entidade, avaliações que abordem os riscos envolvidos e busquem, quando possível, revesti-las de garantias eficientes, tudo isso a fim de minimizar o risco de inadimplência, principalmente em papéis privados.



6. A falta de comprovação de participação, direta ou indireta, nos processos decisórios que levaram aos aportes e à reestruturação do investimento, bem como a verificação da ocorrência da prescrição das condutas infracionais imputadas a alguns dos autuados, determinam a exclusão dos seus nomes do auto de infração.

RECURSOS VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA."¹

Vale lembrar que a Resolução CGPC n. 13, de 01 de outubro de 2004, no seu art. 4º, determina que *"é imprescindível a competência técnica e gerencial, compatível com a exigência legal e estatutária e com a complexidade das funções exercidas, em todos os níveis da administração da EFPC, mantendo-se os conselheiros, diretores e empregados permanentemente atualizados em todas as matérias pertinentes à sua responsabilidades"* e que a Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, no seu art. 65, estabelece que *"a infração de qualquer disposição desta lei complementar ou de seu regulamento, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, sujeita a pessoa física ou jurídica responsável, conforme o caso e a gravidade da infração, às seguintes penalidades administrativas, observado o disposto em regulamento:..."*.

Portanto, de acordo com algumas decisões da CRPC, qualquer pessoa física, mesmo que faça parte do quadro de colaboradores da entidade, que cometa infração está sujeita à uma responsabilização, inclusive, administrativa. Assim, conforme aquele entendimento, o fato de não ter poder de decisão não impediria a aplicação da sanção administrativa quando praticada uma irregularidade.

➤ A SIMPLES OCORRÊNCIA DE PREJUÍZOS É SUFICIENTE PARA CARACTERIZAR A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA?

NÃO. A aplicação dos recursos dos planos de benefícios é uma atividade meio da entidade e, portanto, está sujeita aos riscos de mercados.

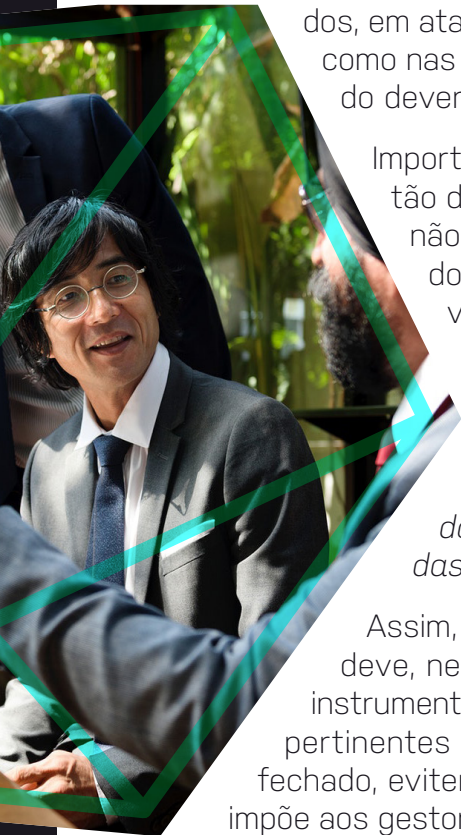
Portanto, merece censura as autuações efetivadas em razão, exclusivamente, dos resultados negativos dos investimentos, principalmente, quando ignora os cenários existentes à época do processo decisório, caracterizando, nessas situações, as fiscalizações como ex post facto (realizada depois de certo fato e com ação retroativa).

No entanto, a CRPC tem consagrado o entendimento de que os riscos do mercado não podem servir, por si só, como justificativa para todo e qualquer prejuízo experimentado nas aplicações dos recursos dos planos de benefícios.

Ao contrário, a existência de tais riscos impõe, dentro do dever de fidúcia dos gestores, ainda mais cautela nas decisões para cada aplicação, que deve ser precedida de processos devidamente formalizados que contenham rigorosas análises técnicas apontando a sua viabilidade, sob a luz da legislação e dos normativos internos da entidade, avaliações que abordem os riscos envolvidos e busquem revesti-la, quando possível, de garantias eficientes, tudo isso a fim de minimizar o risco de inadimplência, principalmente, em papéis privados.

Cumpramos ressaltar que a inexistência de um modelo interno de risco, de uso obrigatório, não dispensa a imprescindibilidade da avaliação dos riscos, que deve ser ponderada na decisão de cada investimento.





Chama-se a importância de se registrar os atos tomados, em ata ou qualquer outra forma, tanto nas análises, como nas decisões, a fim de comprovar o cumprimento do dever de diligência.

Importante, ainda, frisar que a terceirização da gestão dos investimentos dos recursos garantidores não significa a terceirização da responsabilidade dos dirigentes das entidades fechadas de previdência complementar, conforme, expressamente, dispõe o § 5º, do art. 4º, da Resolução CGPC nº 13, de 1º de outubro de 2004:

"§ 5º A contratação de serviços especializados de terceiros não exime os integrantes dos órgãos de governança e gestão da EFPC das responsabilidades previstas em lei".

Assim, a terceirização da gestão dos investimentos deve, necessariamente, ser precedida de análises e instrumentos que assegurem a observância das normas pertinentes ao segmento de previdência complementar fechado, evitem eventuais conflitos de interesses e ainda, impõe aos gestores a obrigação de monitoramento constante das operações realizadas para assegurar o cumprimento do dever de diligência, inerente aos administradores das entidades.

Em relação aos investimentos (indubitavelmente, a maior causa das lavraturas dos autos de infração) fazemos um apanhado da jurisprudência daquele Colegiado:

• DEVER DE DILIGÊNCIA DOS DIRIGENTES – DEFINIÇÃO:

EMENTA: "Análise de Auto de Infração. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em

desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Investimento em fundos de investimento em participações sem a observância dos princípios de segurança, rentabilidade, solvência, liquidez e transparência. Prejuízo. Procedência. A aquisição de quotas de Fundo de Investimento em Participações – FIP, sem a adequada análise de riscos, viola o disposto nos artigos 4º e 9º da Resolução CMN nº 3.792/2009. O administrador de bens de terceiros deverá empregar na condução de sua gestão a mesma prudência que empregaria na gestão dos seus negócios próprios. Este princípio encontra-se positivado no art. 153 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, bem como no art. 1.011 do Código Civil. Demonstrado o nexo causal entre as condutas dos autuados e a infração administrativa, cabe a imputação de responsabilidade aos infratores. Inaplicabilidade do benefício previsto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003, ou celebração de TAC quando ausentes seus pressupostos legais. Recurso voluntário conhecido e não provido?"

*"Recurso de ofício – Não provimento – Não comprovação da participação direta do Diretor-Presidente. Recursos voluntários – Aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios operados em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo conselho monetário nacional – Infração continuada – não configuração da prescrição quinquenal – Falta de comprovação de procedimento de controle e avaliação prévia do risco de mercado e dos demais riscos inerentes às operações com derivativos – Ausência de estudos técnicos prévios – Responsabilidade configurada pela falta do dever de diligência dos administradores, ora recorrentes – ausência de comprovação de dolo ou má-fé – Substituição da pena de inabilitação pela pena de suspensão por 180 dias – Manutenção da pena de multa pecuniária – Recursos parcialmente providos".*³

2 Processo 44011.000312/2015-54 - 77º RO de 28/03/2018

3 Processo 44000.001953/2008-26 - 21º RO de 25/01/2012

• DEVER DE DILIGÊNCIA DOS DIRIGENTES – IMPRESCINDIBILIDADE DE ANÁLISES E ESTUDOS PRÉVIOS:

"Aplicação dos recursos garantidores em papéis sem liquidez, sem análise técnica ou estudo de viabilidade, em desacordo com diretrizes do CMN. Recurso Improvido".⁴

"Adoção de sistemática de avaliação, monitoramento e controle dos riscos envolvidos nas operações demonstradas pela Entidade. A regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional – CMN não determina a utilização de um modelo específico de identificação, avaliação e controle de riscos inerentes às operações com derivativos. Observância ao princípio da legalidade. Improcedência do Auto de Infração".⁵

"Aplicações em CDB e debêntures. Análise e classificação de risco de mercado. Política de investimentos. Havendo nos autos elementos comprobatórios das análises técnicas dos papéis, com classificação de baixo risco de crédito por agências de rating, seguindo a Política de Investimento estabelecida pelo CD da entidade, eventual prejuízo se credita ao risco de mercado. Recurso Provido".⁶

• INVESTIMENTOS EM INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS QUE FALIRAM – CAUSA EXTERNA SUPERVENIENTE:

"Auto de infração. Previdência Complementar. Segregação de Ativos. Investimentos em instituições bancárias que vieram a falir. Causa externa superveniente. Não Comprovação, ainda que mínima, de culpabilidade. Improcedência da autuação. Recurso de ofício conhecido a que se nega provimento".⁷

• DEVER DE DILIGÊNCIA DOS DIRIGENTES – TERCEIRIZAÇÃO NA GESTÃO DOS INVESTIMENTOS:

"Aplicação de recursos em desacordo com diretrizes do CMN. Falta de estabelecimento de procedimentos de controle adequados, não verificados pelo DIRIGENTE responsável. OMISSÃO INESCUSÁVEL. Impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores, ainda que permitida a delegação da gestão dos investimentos, situação que não pode ser confundida com responsabilização objetiva. Precedentes desta Câmara. Recurso de ofício que há de ser provido, ante o equívoco do enquadramento legal dado em primeiro grau".⁸

"Operação realizada por meio de Fundo de Investimento – contraparte ligada ao administrador do Fundo – supervisão inadequada do gestor da entidade. Autuação Procedente. Recurso Improvido".⁹

EMENTA: Recurso Voluntário. Preliminares afastadas. Investimento sem análise de riscos, por meio de carteira terceirizada – Responsabilidade do dirigente da entidade. 1. Processo decisório irregular pela ausência de análise adequada dos riscos envolvidos na operação, e previstos na legislação. 2. Responsabilidade dos gestores da EFPC pelas aplicações feitas via gestor terceirizado. Recursos improvidos.¹⁰

"Aquisição de ativos não autorizados pela Resolução CMN. 3.792/09. Descumprimento de mandato pelo Gestor de fundo de investimentos, Ação corretiva da entidade. Descaracterização da responsabilidade do dirigente. RECURSO DE OFÍCIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, julgado IMPROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO Nº 005/14-20, DE 04/06/2014".¹¹

- 4 Processo 44000.000052/2008-17 - 11ª RO de 23/03/2011
- 5 Processo 44000.001459/2007-81 - 10ª RE de 04/10/2010
- 6 Processo 44000.002492/2005-66 - 6ª RO de 20/10/2010
- 7 Processo 44011.000640/2013-99 - 45ª RO de 22/10/2014
- 8 Processo 44190.000006/2009-17 - 18ª RO de 19/10/2011
- 9 Processo 44000.004014/2006-71 - 6ª RO de 20/10/2010
- 10 Processo 44000.000467/2015-91 - 79ª RO de 30/05/2018
- 11 Processo 44170.000032/2014-32 - 55ª RO de 22/09/2015



- **INEXISTÊNCIA DA AVALIAÇÃO DO POTENCIAL CONFLITO DE INTERESSES DO PRESTADOR DE SERVIÇO:**

"Recurso voluntário. Conduta infracional caracterizada por aplicar os recursos garantidores em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. art. 64 do Decreto nº 4.942/2003. Conflito de interesses. Responsabilidade do dirigente estatutário. Dosimetria da pena. Recurso conhecido e dado parcial provimento. I – O autuado na qualidade de gestor da EFPC, não avaliou potenciais conflitos de interesse dos seus prestadores de serviços e tampouco se assegurou de que o prestador de serviço tomou os cuidados necessários para lidar com os conflitos existentes em decorrência do alinhamento de interesses entre o prestador de serviços e a contraparte da EFPC. Comprovada afronta as diretrizes do Conselho Monetário Nacional; II – Na dosimetria da pena há que se levar em conta fatores intraprocessuais e extraprocessuais. De sorte que a conduta descrita nos autos deve possuir gravidade e potencial danoso devidamente comprovado (fator intraprocessual), ou a conduta do agente infrator em outros casos de irregularidade (reincidência) ser devidamente apontados quando da aplicação da pena".¹²

"EMENTA: "Análise do Auto de Infração nº 5/2017/Previc. Aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Aquisição

de FIP sem a análise adequada, descumprindo o requisito de segurança. Processo de aprovação de incorporação irregular da empresa. 1. Prescrição afastada por relatório de fiscalização que caracterizou ato inequívoco que levou à apuração da aplicação. 2. Inaplicabilidade do benefício previsto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003 quando descumpridos quaisquer de seus pressupostos legais. 3. Provimento parcial do recurso em relação à dosimetria da pena, com incidência de atenuante pela ausência de prejuízo, em conformidade com o art. 23, inciso I, alínea "a", do Decreto nº 4.942, de 2003. 4. Conflito de interesse em utilização de relatório de avaliação divergente elaborado pela gestora do FIP. Membros do comitê de investimentos. Análise objetiva à aplicação objeto do auto de infração. Órgão de assessoramento e sem poderes de deliberação. Comprovação de que não teve participação na aplicação dos recursos garantidores. Ilegitimidade para figurar como autuados. Exclusão do auto de infração."¹³

12 Processo 44190.000048/2011-64 - 40ª RO de 19/02/2014

13 Processo 44011.000378/2017-14 - 82ª RO de 06/08/2018



▼ A APLICAÇÃO DE PENALIDADES NA ESFERA ADMINISTRATIVA PODE SE EFETIVAR COM BASE NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA?

NÃO. O ordenamento nacional tem por regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade que depende da apuração da culpa por imprudência, negligência ou imperícia.

Já a responsabilidade objetiva, decorre da Teoria do Risco, bastando que exista ação do agente, dano e nexo causal para configurar a responsabilização.

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar tem afastado a responsabilidade objetiva na esfera administrativa, exigindo, portanto, a necessidade de comprovação da culpa do agente:

"Imputação de responsabilidade objetiva sem identificação clara dos atos e dos responsáveis por sua prática enseja a nulidade do auto de infração. Recurso de Ofício improvido".¹⁴

"EMENTA: Previdência Complementar. Ausência de recursos tecnológicos na época dos fatos disponíveis para o mercado. Impossibilidade fática de conduta diversa. Proibição de responsabilização objetiva em processo administrativo sancionador. Descabimento de sancionar a conduta pela não subsistência de seus efeitos pedagógicos ao apenado. Inexistência de conduta contumaz. Recurso conhecido e provido pela improcedência do auto de infração".¹⁵



14 Processo 44000.000080/2008-34 - 2ª RE de 07/07/2010

15 Processo 44011.000580/2012-23 - 53ª RO de 29/02/2012



QUAIS OS TIPOS PENAS QUE TÊM SIDO UTILIZADOS PARA RESPONSABILIZAR, CRIMINALMENTE, AQUELES QUE PRATICAM CRIMES NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA?

A jurisprudência tem admitido a aplicação da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que "*define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências*", com base no art. 1º, parágrafo único, inciso I¹⁶. Em que pese não concordarmos com a equiparação das EFPC com as instituições financeiras, ela já foi considerada cabível, para fins de responsabilização criminal, pelo Supremo Tribunal Federal¹⁷:

"(...) Ademais, o fundo de pensão seria uma instituição financeira por equiparação, nos moldes do disposto na Lei 7.492/86. Asseverou-se, também, que a EC 40/2003, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, em nada repercutira na citada Lei, sendo que o envio das entidades fechadas de previdência para o capítulo constitucional reservado à seguridade social não teve por consequência a exclusão de tais instituições do sistema financeiro nacional. Precedentes citados: RE 198488/SP (DJU de 11.12.98); HC 83729/SC (DJU de 23.4.2004). RHC 85094/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.2.2005. (RHC-85094)

EMENTA: *Recurso Ordinário em habeas corpus. 2. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. 3. As entidades de fundo de pensão estão incluídas no Sistema Financeiro Nacional. 4. Fraude cometida contra entidade previdenciária. 5. Aplicação da Lei no 7.492/86. 6. Competência da Justiça Federal. 7. Ordem denegada".*

O art. 4º, da Lei nº 7.492/86 fixa as seguintes penas:

"Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa".

- 16 *"Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; (...)"*
- 17 Informativo nº 376, de fevereiro de 2005



▼ MESMO QUE NÃO TENHAM SIDO RESPONSÁVEIS PELA PRÁTICA DA IRREGULARIDADE, OS DIRIGENTES DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR TÊM A OBRIGAÇÃO DE APURAR E, SE FOR O CASO, RESPONSABILIZAR CIVILMENTE AQUELES QUE DERAM CAUSA A DANO OU PREJUÍZO À EFPC OU A SEUS PLANOS DE BENEFÍCIOS?

SIM. A não adoção daquelas providências, inclusive, é tipificada como infração administrativa pelo art. 79, do Decreto nº 4.942/2003:

"Art. 79. Deixar de adotar as providências para apuração de responsabilidades e, quando for o caso, deixar de propor ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade fechada de previdência complementar ou a seus planos de benefícios.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até noventa dias".



III.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR



III. DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR



▀ QUAIS OS DIPLOMAS LEGAIS QUE DISCIPLINAM O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA?

A LC 109/2001, no seu art. 66, determina que *"As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999"*.

Pertinente esclarecer que a Lei 9.784/99, regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Atualmente, o Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, além de tratar, também, da aplicação das penalidades administrativas.

Em que pese o entendimento de alguns juristas de que, por força do princípio da legalidade, o disciplinamento do processo administrativo sancionador deveria se efetivar por meio de lei e não por decreto, esta questão encontra-se superada na Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Nesse sentido:

"Aplicação em CDB's emitidos pelo Banco Santos – arts. 1º e 59 do Regulamento Anexo à Resolução CMN nº 3.121, de 25.09.2003 – incidência do art. 64 do Decreto nº 4.942, de 30.12.2003 – necessidade de constante acompanhamento dos investimentos da EFPC's por seus administradores – deveres de fidúcia e diligência que devem pautar as ações dos administradores – afastamento da alegação de violação ao princípio da legalidade, tendo em vista a vigência do Decreto nº 4.942/2003, que regulamentou o art. 65 da Lei Complementar nº 109/2001 – afastamento da alegação de violação ao princípio da impessoalidade, tendo em vista que o fiscal que lavrou o Auto de Infração era ex-funcionário da EFPC, mas, no entanto, não participou da

elaboração da Decisão-Notificação – descon-sideração, pelos Recorrentes, de informações existentes à época sobre a situação de crédi-to do Banco Santos e omissão na tomada de providências tendentes ao resgate dos CDB's – responsabilidade de meio que não se exaure com a adoção de providências meramente for-mais – consideração de que a Resolução CMN nº 909/1984 não vedava o resgate, mas o con-dicionava à anuência do banco emitente, não tendo havido iniciativa dos Recorrentes para reverter a aplicação – consideração de que a tomada de medidas judiciais após intervenção do Banco Santos não elide o dever de adoção de providências acautelatórias ou remediais anteriores à intervenção, tendo em vista as in-formações disponíveis à época – recursos vo-luntários e de ofício conhecidos e improvidos".¹⁸

DE QUE FORMA SE INICIA O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA?

O art. 2º¹⁹, do Decreto 4.942/2003, define que o processo administrativo terá início com a lavratura do auto de infração ("documento destinado ao registro de ocorrência de infração praticada no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complemen-tar"²⁰) ou a instauração do inquérito administrativo, que decorre da decretação de intervenção ou liqui-dação extrajudicial, do oferecimento de denúncia ("é o instrumento utilizado por qualquer pessoa física ou jurídica para noticiar, perante a Secretaria de Previdência Complementar, a existência de suspeita de infração às disposições legais ou disciplinadoras das entidades fechadas de previdência complemen-tar"²¹) ou representação ("é o documento pelo qual uma autoridade ou órgão do poder público, ao tomar ciência de irregularidade praticada no âmbito da en-tidade fechada de previdência complementar ou de seus planos de benefícios, comunica o fato à Se-cretaria de Previdência Complementar em relatório circunstanciado, para registro e apuração"²²), bem como de atividade de fiscalização da Previc.

¹⁸ Processo 44000.002794/2005-34 - 1º RE de 16/06/2010

¹⁹ Art. 2º O processo administrativo tratado neste Decreto é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências, e terá início com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo.

²⁰ Decreto nº 4.942/2003, art. 3º

²¹ Decreto nº 4.942/2003, art. 37

²² Decreto nº 4.942/2003, art. 36

NUMA MESMA AÇÃO FISCAL PODERÃO SER LAVRADOS VÁRIOS AUTOS DE INFRAÇÃO?

Sim, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 3º, do Decreto 4.942/2003:

Art. 3º (...)

Parágrafo único. Em uma mesma atividade de fiscalização, serão lavrados tantos autos de infração quantas forem as infrações cometidas.

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar tem aplicado aquele dispositivo:

EMENTA: "Recurso voluntário contra decisão da diretoria colegiada da Previc. Investimento realizado sem a observância aos ditames legais. Irregularidade configurada. Aplicação do art. 64 do Decreto 4.942/2003. Adequação da dosimetria da pena. Decisão mantida. As conclusões da Diretoria Colegiada da Previc não tiveram como base mero juízo de valor, mas elementos sólidos e provas produzidas no âmbito do processo, em consonância com o Decreto 4.942/2003. Processo administrativo regular, mesmo com a decisão que indefere motivadamente a produção de provas impertinentes. Não atendimento aos requisitos previstos no § 2º do art. 22 do Decreto 4.942/2003, nem a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC. A responsabilidade do administrador da EFPC se dá mesmo na gestão terceirizada via fundo de investimentos. Não é plausível o entendimento de que todas as irregularidades verificadas numa ação fiscal, mesmo quando relacionadas à aplicação dos recursos garantidores, estejam em um único auto de infração, à luz da previsão do art. 3º do Decreto 4.942/2003. Investimento realizado em afronta à Resolução CMN 3.792/2009, irregularidade prevista no art. 64 do Decreto 4.942/2003. Dosimetria da pena imposta na decisão atacada adequada ao Decreto 4.942/2003 e à gravidade dos fatos apurados no processo sancionador. Recurso Voluntário conhecido e não provido."²³

²³ Processo 44011.000303/2015-63 - 76ª RO de 28/02/2018

²⁴ Decreto 4.942/2003, art. 28, § 1º

²⁵ "Art. 9º O autuado poderá apresentar defesa à Secretaria de Previdência Complementar, no prazo de quinze dias, contado da data do recebimento da notificação, indicando:

QUAL O PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DA DEFESA?

De acordo com o art. 9º, do Decreto 4.942/2003, o prazo para a apresentação da defesa é de quinze dias contados a partir do primeiro dia útil após o recebimento da notificação ("considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em feriado nacional ou em dia que não houver expediente na Secretaria de Previdência Complementar ou quando este for encerrado antes da hora normal"²⁴). Importante frisar que, na hipótese de lavratura simultânea de vários autos de infração, aquele prazo é único e comum para a apresentação da defesa a todos eles²⁵.

A Súmula Previc nº 01, publicada no dia, 11 de abril de 2011, assim dispõe sobre o início da contagem do prazo para apresentação de defesa quando houver mais de um autuado em um mesmo processo administrativo:

"Súmula Previc nº 1. O prazo para apresentação de defesa em face de auto de infração conta-se a partir da última notificação válida, quando forem dois ou mais os autuados no mesmo processo administrativo."





QUANTAS E QUAIS SÃO AS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS?

São duas. O primeiro julgamento é procedido pela Diretoria Colegiada da Previc²⁶ e os recursos são julgados pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar²⁷, última instância administrativa.

QUAL É A COMPOSIÇÃO DA CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR?

A CRPC é composta por sete membros, sendo quatro deles representantes do poder público, e três da sociedade civil (dos participantes/assistidos, dos patrocinadores/instituidores e das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC)²⁸, todos com mandatos de dois anos, permitida uma única recondução²⁹.

QUAL O PRAZO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO?

Conforme previsão contida no art. 65, § 2º, da LC 109/2001 e no art. 13, do Decreto 4.942/2003, o prazo para a interposição de recurso em face da decisão proferida pela Diretoria Colegiada da Previc é de quinze dias contados do recebimento da decisão-notificação.

I - a autoridade a quem é dirigida;

II - a qualificação do autuado;

III - os motivos, de fato e de direito, que sustentam a defesa; e

IV - todas as provas que pretende produzir de forma justificada, inclusive o rol de eventuais testemunhas.

Parágrafo único. Para cada auto de infração poderá ser apresentada defesa em conjunto ou separadamente, se forem dois ou mais os autuados".

26 Decreto 4.942/2003, art. 11.

27 Decreto 4.942/2003, art. 13.

28 Decreto 7.123/2010, art. 7º.

29 Decreto 7.123/2010, art. 9º.

HÁ A NECESSIDADE DE DEPÓSITO ANTECIPADO DE PARTE DO VALOR DA MULTA APLICADA PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO?

Não. Embora, o art. 65, § 3º, da LC 109/2001 e o art. 14, do Decreto 4.942/2003 estabeleçam aquela obrigação, o Supremo Tribunal Federal considerou tal exigência inconstitucional, tendo, inclusive, editado a Súmula Vinculante 21:

"É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo".

DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR CABEM RECURSOS?

Não, conforme dispõe o § 2º, do art. 17³⁰. No entanto, de acordo com a previsão contida no art. 40, do Decreto 7.123/2010³¹, é possível a apresentação de embargos de declaração, no prazo de cinco dias úteis contados da publicação da decisão no Diário Oficial da União, quando na decisão houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão.

30 Art. 17. Após o julgamento do recurso pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar, o processo administrativo será devolvido à Secretaria de Previdência Complementar para as providências cabíveis.
§ 1º A decisão do julgamento do recurso pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar será publicada no Diário Oficial da União.
§ 2º Não cabe recurso contra decisão do Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

31 Art. 40. Caberão embargos de declaração quando na decisão houver obscuridade, ambiguidade ou contradição entre o resultado do julgamento e os seus fundamentos ou quando for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se o colegiado.
§ 1º Os embargos serão interpostos pelo interessado, mediante petição fundamentada dirigida ao Presidente da CRPC, no prazo de cinco dias úteis contados da publicação da decisão no Diário Oficial da União.
§ 2º A decisão proferida nos embargos poderá, em casos excepcionais, modificar o conteúdo da decisão impugnada, alterando-lhe o sentido.

➤ QUAIS SÃO AS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS A QUE ESTÃO SUJEITOS AQUELES QUE PRATICAM INFRAÇÕES?

O art. 65, da LC 109/2001 e o art. 22, do Decreto 4.942/2003, cominam as seguintes penalidades: i) advertência; ii) suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar pelo prazo de até cento e oitenta dias; iii) inabilitação, pelo prazo de dois a dez anos, para o exercício de cargo ou função em entidades de previdência complementar, sociedades seguradoras, instituições financeiras e no serviço público; e iv) multa de dois mil reais a um milhão de reais, "*devendo estes valores, a partir de 30 de maio de 2001, ser reajustados de forma a preservar, em caráter permanente, seus valores reais*". O art. 26, § 2º, do Decreto 4.942/2003, estabelece que "*Ao final de cada exercício, a Secretaria de Previdência Complementar promoverá a atualização, pelo INPC-IBGE ou por outro índice que vier a substituí-lo, do valor das multas aplicáveis e seus limites mínimo e máximo, para vigorar no exercício seguinte*".

Saliente-se que a penalidade de multa poderá ser aplicada cumulativamente com as de advertência, suspensão e inabilitação³² e será cobrada em dobro³³ em caso de reincidência, que é caracterizada quando se verifica "*a infração ao mesmo dispositivo legal, pela mesma pessoa, no período de cinco anos, contados da decisão condenatória administrativa definitiva*"³⁴.

Registre-se que, embora a matéria ainda não esteja pacificada, há, na Câmara de Recursos da Previdência Complementar, algumas decisões admitindo a conversão da pena de multa em advertência. A título de ilustração:

"A tipificação contida no art. 64 do Decreto 4.942/2003 também se aplica a fatos executados por gestores ter-

ceirizados quando o dirigente podia e devia controlar o atendimento à Resolução CMN 3.792/2009. 2 – Não preenchimento dos três requisitos necessários para a aplicação da previsão contida no 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003. 3 – Ilegitimidade passiva do dirigente que comprovadamente se encontrava ausente à época da autorização e execução da aplicação financeira tida como irregular, não podendo figurar como sujeito passivo do processo sancionador. 4 – Erro escusável na gestão de recursos financeiros, que não justifica a aplicabilidade de multa pecuniária, pelo princípio da razoabilidade. Recurso voluntário conhecido e provido parcialmente, para afastar a tipificação no art. 64 do Decreto nº 4.942/2003 e converter a pena de multa em penalidade de advertência, com fulcro no art. 65, inciso I, da Lei Complementar nº 109, de 2001, C/C art. 22, inciso I, do Decreto nº 4.942/2003"³⁵.



32 Decreto 4.942/2003, art. 22, § 1º.

33 LC 109/2001, art. 65, § 4º e Decreto 4.942/2003, art. 23, § 5º.

34 Decreto 4.942/2003, art. 23, § 4º.

35 Processo 45183.000040/2014-01 - 54ª RO de 26/08/2015

NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES, QUAIS SÃO AS ATENUANTES E AS AGRAVANTES PREVISTAS NO DECRETO 4.942/2003?

O art. 23, do Decreto 4.942/2003 prevê as seguintes circunstâncias atenuantes e agravantes:

Art. 23. (...)

I - atenuantes:

- a) a inexistência de prejuízos à entidade fechada de previdência complementar, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante;*
- b) a regularização do ato que ensejou a infração, até a decisão administrativa de primeira instância;*

II - agravantes:

- a) reincidência;*
- b) cometimento de infração com a obtenção de vantagens indevidas, de qualquer espécie, em benefício próprio ou de outrem;*
- c) não-adoção de providências no sentido de evitar ou reparar atos lesivos dos quais tenha tomado conhecimento.*

Para cada atenuante verificada, a penalidade de multa será reduzida em vinte por cento do seu valor original e nas hipóteses de suspensão e inabilitação, os prazos serão reduzidos em dez por cento³⁶. Já para cada agravante verificada, a penalidade de multa será aumentada em vinte por cento do seu valor original, exceto no caso de reincidência, e nas hipóteses de suspensão e inabilitação, os prazos serão aumentados em dez por cento³⁷.

Aquelas circunstâncias têm sido observadas pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar:

"EMENTA: *Processo Administrativo Sancionador – Nulidade do Auto de Infração – Inocorrência – Operações via fundo de investimento com debêntures emitidas por Sociedades de Propósito Específico – Inobservância das diretrizes e exigências contidas na Resolução CMN nº 3.792/2009 no que tange à análise do investimento e ao monitoramento de gestores terceirizados – Falha no processo decisório de investimentos – Responsabilidade dos gestores internos quanto ao monitoramento e a fiscalização dos prestadores de serviços terceirizados – Impossibilidade de delegação da responsabilidade – Infração tipificada no artigo 64, do Decreto nº 4.942/2003 devidamente configurada – Dosimetria da pena – Incidência de atenuante pela ausência de prejuízo – Provimento parcial – Penalidades reformadas*"³⁸.

³⁶ Decreto 4.942/2003, art. 23, § 1º.

³⁷ Decreto 4.942/2003, art. 23, § 2º.

³⁸ Processo 44011.000464/2015-57 - 77ª RO de 28/03/2018

ONDE ESTÃO TIPIFICADAS AS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E PREVISTAS AS PENALIDADES APLICÁVEIS?

O Decreto 4.942/2003, nos seus arts. 63 a 110, tipifica as infrações, estabelecendo, para cada uma delas, as respectivas penalidades aplicáveis.

Embora seja questionável, juridicamente, sob a luz do princípio da tipicidade, a legalidade do art. 110, do Decreto 4.942/2003³⁹, uma verdadeira "norma em branco"⁴⁰, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar já considerou válida aquela previsão:

*"Art. 22, §2º, do Decreto 4.942/03 – Prejuízo – Pedido de reconsideração – art. 110 do Decreto nº 4.942/03 – Norma em branco – Possibilidade – Empréstimo de recurso do programa previdencial para o assistencial – Conduta juridicamente reprovável: tipicidade e ilicitude – Conduta que consagra o direito à saúde – Licitude do ato – Essa excepcionalmente, aplica-se o estado de necessidade para afastar a ilicitude da conduta – Ônus da prova do autuado"*⁴¹.

Qual é o prazo para a reabilitação?

O art. 60, do Decreto 4.942/2003, prevê que "cinco anos depois de cumprida ou extinta a penalidade, não constará de certidão ou atestado expedido pela Secretaria de Previdência Complementar qualquer notícia ou referência a esta, salvo para a verificação de reincidência".

39 Art. 110. Violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nos 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares. Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois anos até dez anos.

40 É um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa da complementação de outras normas.

41 Processo 44000.003032/2007-17 - 12ª RO de 13/04/2011



■ AINDA QUE TENHA SIDO PRATICADA UMA IRREGULARIDADE PODERÁ NÃO SER LAVRADO O AUTO DE INFRAÇÃO?

Sim. O art. 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003, prevê que *"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"*.

Conclui-se, portanto que, preenchidos os três requisitos fixados naquele dispositivo (ausência de prejuízo, inexistência de circunstância agravante e possibilidade de correção da irregularidade), impõe-se à fiscalização a obrigação de não lavrar o auto de infração, sem que antes fosse oferecida, aos "infratores", a oportunidade (com prazo) para corrigir o ato tido como irregular.

Pertinente destacar que, não se trata a aplicação da previsão contida no § 2º, do art. 22, do Decreto n. 4.942/2003, de uma faculdade sujeita à avaliação subjetiva da fiscalização. Na verdade, aquele dispositivo tem natureza cogente.

Para a fiscalização, a sua observância se constitui numa obrigação e, sob a ótica do fiscalizado, uma importante proteção para evitar as gravíssimas consequências advindas da simples lavratura de um auto de infração. Nesse sentido:

*"Auto de infração. Adequação à resolução CGPC nº 17/96. Contrato de dívida com o patrocinador. Não pode ser lavrado auto de infração sem que antes seja concedido prazo para correção da situação irregular, quando presentes os pressupostos da ausência de prejuízo à entidade, ao plano de benefícios ou aos participantes e a ausência de circunstâncias agravantes, nos termos do § 2º, do artigo 22, do decreto nº 4.942/2003"*⁴².

Registre-se que há decisões da Câmara de Recursos da Previdência Complementar aplicando o § 2º, do art. 22, do Decreto n. 4.942/2003, inclusive nas situações de violação das normas de investimentos, conforme ilustram as seguintes decisões:

*"Nulidade do auto de infração. Preenchidos os três requisitos previstos no § 2º, do artigo 22, do Decreto 4.942/2003, a sua aplicação faz-se obrigatória, diante do caráter cogente da norma, impedindo a fiscalização de lavrar, de imediato, o auto de infração.1 – O eventual descumprimento de qualquer dispositivo das Resoluções do Conselho Monetário Nacional, que disciplinam os investimentos das entidades fechadas de previdência complementar, não tem, por si só, o condão de afastar a aplicação da previsão contida no § 2º, do art. 22, do Decreto 4.942/2003, caso se verifique que o ato considerado infracional não causou qualquer prejuízo financeiro à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou aos seus participantes.2 – O fato das CCBs terem sido integralmente liquidadas pela emissora, nas condições pactuadas, antes da lavratura do auto de infração, tornava sem qualquer efeito prático e, de consequência, desnecessária a correção da suposta deficiência da avaliação de risco de crédito procedida pela Entidade, inexistindo pois, neste caso, qualquer motivação para aquele ato administrativo, sob o prisma da possibilidade/necessidade. Recurso voluntário conhecido e provido para acolher a preliminar suscitada e declarar a nulidade do auto de infração nº0005/13-49 – ERRS/Previc"*⁴³.

"Recurso de ofício. Ausência de concessão de prazo para regularização da conduta ou operação irregular. Auto de infração nulo. Vício insanável. Recurso de ofício conhecido e improvido. 1 – a correção da conduta ou operação irregular entre o saneamento do processo e a decisão de 1ª instância determina a improcedência do auto de infração em virtude da ausência de

42 Processo 44000.003476/2007-52 - 16ª RO de 24/08/2011

43 Processo 44190.000023/2013-22 - 45ª RO de 22/10/2014



motivação do ato administrativo. II – o ato jurídico administrativo materializado no auto de infração sem a devida concessão de prazo para correção, conforme determina o § 2º do art. 22 do decreto nº 4.942/2003, quando possível tal medida, caracteriza-se como ato administrativo inválido, não gerando qualquer efeito jurídico”⁴⁴.

No entanto, pertinente destacar que tem prevalecido, no âmbito da Câmara de Recursos da Previdência Complementar, a aplicação da tese do perigo abstrato. Assim, segundo aquele entendimento, ainda que não tenha havido qualquer prejuízo financeiro decorrente do investimento, a simples violação de qualquer dispositivo da Resolução do Conselho Monetário Nacional, que define as diretrizes dos investimentos dos recursos garantidores dos planos administrados pelas entidades fechadas de previdência complementar, seria suficiente para afastar a possibilidade de aplicação da previsão contida no § 2º, do art. 22, do Decreto n. 4.942/2003:

“Auto de infração. Apuração de responsabilidade. Carteira administrada por terceiros. Desenquadramento. (1) Constitui irregularidade deixar de adotar providências imediatas para a apuração de responsabilidade pela aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, em desconformidade com o estabelecido na legislação e na política de investimentos da entidade. (2) A mera exposição dos recursos garantidores dos planos de benefícios acima dos limites máximos estabelecidos pelo CMN caracteriza infração de perigo abstrato que independe do resultado e não comporta correção, impedindo a aplicação da atenuante do disposto no § 2º do art. 22, do Decreto nº 4.942/2003”⁴⁵.

Crimes de perigo abstrato, instituto que tem origem no direito penal, são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem,

apenas, um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto, e ainda, determinam a aplicação da pena.

Assim, sob a luz daquela teoria, a simples periculosidade da conduta, independentemente do resultado, seria suficiente para caracterizá-la como delito.

Na doutrina, até mesmo a constitucionalidade daquela teoria é controversa e objeto de calorosas discussões.

Para alguns, o crime de perigo abstrato viola o princípio da legalidade, uma vez que, para a prática desse delito, não há um tipo penal que descreva a conduta a ser punida.

Há quem entenda que o crime de perigo abstrato viola, também, o princípio da lesividade, segundo o qual apenas configura crime uma conduta que ofenda a um bem jurídico, através da criação de um dano, ou ainda, pela possibilidade de configuração de dano. Desse modo, a conduta deve ser punida, apenas, quando ficar comprovado dano ou provável perigo ao bem juridicamente tutelado.⁴⁶

44 Processo 44000.004383/2007-45 - 33ª RO de 23/01/2013

45 Processo 44000.000259/2009-72 - 19ª RO de 06/12/2011

46 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, pág. 92.



EM QUE OUTRA SITUAÇÃO, PODERÁ NÃO SER LAVRADO O AUTO DE INFRAÇÃO MESMO QUE TENHA SIDO PRATICADA UMA IRREGULARIDADE?

Naquela mesma linha preventiva e buscando priorizar a correção da irregularidade, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, previsto na Instrução Previc n. 03, de 29/06/2010, que poderá ser celebrado, antes da lavratura do auto de infração, desde que preenchidas as seguintes condições fixadas no art. 3º daquela norma: "I – não tiver havido prejuízo financeiro à EFPC ou a plano de benefícios por ela administrado, salvo se a proposta abranger o ressarcimento integral desse prejuízo; II – for possível corrigir a irregularidade, mediante a adequação de determinadas práticas aos ditames legais e da regulação em vigor; e III – não tiver havido, nos últimos 5 (cinco) anos, a celebração de outro TAC relativo à mesma infração nem o descumprimento de outro TAC anteriormente firmado pelo mesmo compromissário".

Destaque-se que aquelas previsões (art. 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003 e o TAC) estão em consonância com o moderno direito administrativo, no qual, mais do que simplesmente punir aqueles que infringem o disciplinamento legal, um regime repressivo adequado deve, também, buscar a prevenção da prática de atos ilícitos e, em determinadas situações, priorizar a correção da irregularidade.

Nesse sentido, conforme leciona Marcos Vinícius Corrêa Bittencourt⁴⁷ "não se deve considerar eficiente um processo disciplinar apenas por ter sido aplicada uma penalidade. A punição não é o objetivo final e necessário do processo administrativo. A finalidade desse instrumento consiste em permitir a apresentação de resposta pelo acusado a qualquer denúncia efetuada dentro da Administração Pública, esclarecimentos de fatos e eventual aplicação de penalidade, uma vez verificada a responsabilidade administrativa de algum agente."

Registre-se que, no item 27, da Exposição de Motivos da Lei Complementar n. 109/2001, ficou expressamente consignado que "o objetivo não é arrecadar recursos por meio da aplicação de multas, mas sim inibir a prática de irregularidades e, por consequência, assegurar a solvência do regime de previdência complementar, bem como a defesa dos direitos dos participantes".

Há, inclusive, decisões da Câmara de Recursos da Previdência Complementar impondo a obrigação, à Fiscalização, de concessão de prazo para manifestação sobre interesse na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta:

*"Recurso de ofício. Fato novo. Alegação de falta de oportunidade para celebração de TAC. Anulação da Decisão nº 29/Dicol/Previc, 28 de junho de 2011. Nulidade do auto de infração. Improcedência do recurso de ofício. Ofício concedendo prazo para regularização nos termos do 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003 indevidamente considerado como apto a abranger também prazo para manifestação sobre interesse na celebração de Termo de Ajustamento de Conduta. A celebração de TAC, em caso de cabimento, constitui meio hábil para regularização de situação tida como irregular, evitando a lavratura do auto de infração. Anulação do auto de infração nos termos do inciso VI do art. 24 do Decreto nº 7.075/2010, diante do reconhecimento pela autoridade autuante da necessidade de concessão de prazo específico para manifestação acerca de interesse na celebração de TAC"*⁴⁸.

47 BITTENCOURT, Marcos Vinícius Corrêa. Manual de Direito Administrativo. 1ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.107

48 Processo 44190.000004/2010-53 - 26ª RO de 20/06/2012

EM QUE SITUAÇÕES EXTINGUE-SE A PUNIBILIDADE?

O art. 34, do Decreto 4.942/2003 prevê duas situações: i) pela morte do infrator; ou II - pela prescrição administrativa.

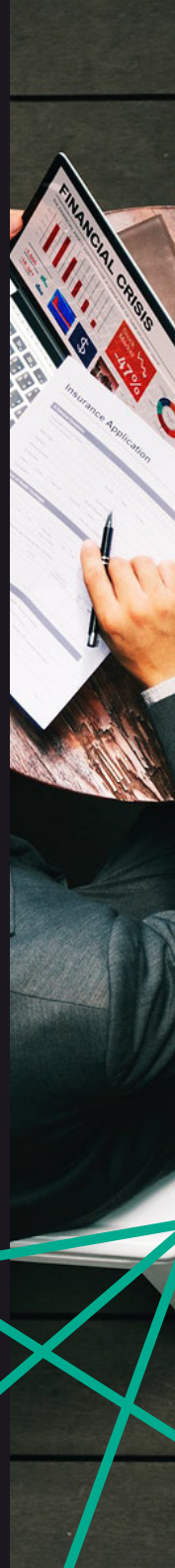
Com relação à extinção da punibilidade pela morte do infrator, merece registro a seguinte decisão da Câmara de Recursos da Previdência Complementar:

"EMENTA: A extinção da punibilidade é medida que se impõe na hipótese de falecimento do autuado antes do término do processo administrativo – inteligência do art. 34, I, do Decreto nº 4.942/2003 – os Embargos de Declaração não se prestam para o reexame do julgamento. Ausência de vícios a serem sanados. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados"⁴⁹.

QUAL É O PRAZO PRESCRICIONAL DEFINIDO PELO DECRETO 4.942/2003?

O art. 31, do Decreto 4.942/2003 dispõe que prescreve em cinco anos a ação punitiva da Previc *"contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente, do dia em que tiver ela cessado, ou, no caso de infração continuada, do último ato praticado"*.

Já o art. 32 daquele Decreto reconhece a prescrição intercorrente *"do procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho..."*.



EM QUE SITUAÇÕES SE INTERROMPE A PRESCRIÇÃO?

O art. 33 determina que a prescrição se interrompe nas seguintes situações: i) pela notificação do autuado, inclusive por meio de edital; ii) por qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato; ou iii) pela decisão condenatória recorrível. Ocorrendo interrupção da prescrição, o prazo prescricional recomeça a fluir desde o seu início.

Pertinente destacar que, embora o art. 2º do Decreto nº 4.942/2003 estabeleça que o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação, no âmbito do regime da previdência complementar fechado, somente tem início com a lavratura do auto de infração ou a instauração do inquérito administrativo, tem prevalecido, na Câmara de Recursos da Previdência Complementar, o entendimento de que a prescrição pode ser interrompida antes daquele ato, sob o argumento de que não há como lavrar o auto de infração sem que antes se promova a apuração do fato, uma vez que, apenas após tal apuração, é que se pode concluir pela ocorrência (ou não) da irregularidade.

Assim, de acordo com aquela posição, a apuração do fato somente poderia se efetivar durante a ação fiscal, ato este que, por óbvio, precede a lavratura do auto de infração.

Importante destacar que o entendimento acima expendido coaduna com o disposto no art. 2º, do Decreto nº 4.942/2003, já que, enquanto a apuração do ato tido como infracional ocorre durante a ação fiscal, a verificação das responsabilidades da pessoa física ou jurídica, observado o amplo direito da defesa e do contraditório, efetiva-se no âmbito do processo administrativo que, no caso, inicia-se com a lavratura do auto de infração.

Entretanto, ainda de acordo com a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, a mera comunicação do início da ação fiscal na entidade não tem o condão de interromper a contagem daquele prazo prescricional.

Conforme exegese do art. 33, inciso II, do Decreto nº 4.942/2003, faz-se imprescindível a comprovação da existência de claro e específico "ato inequívoco que importe apuração do fato" tido como irregular.

Segue, abaixo, uma síntese do entendimento da Câmara de Recursos da Previdência Complementar sobre o tema:

• **PRESCRIÇÃO QUINQUENAL:**

"O processo administrativo sancionador no âmbito da previdência complementar fechada tem início com a lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito administrativo. Inteligência do artigo 66 da LC 109/01 e do artigo art. 2º do Decreto nº 4.942/03. Auto de Infração lavrado quando decorridos mais de cinco anos dos fatos apontados como irregulares. Prescrição quinquenal reconhecida"⁵⁰.

• **PRESCRIÇÃO QUINQUENAL- INTERRUPTÃO DA CONTAGEM DO PRAZO - FISCALIZAÇÃO:**

"Recursos voluntários – Aplicação de recursos garantidores em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – Al julgado procedente – Recursos tempestivos – Prescrição da pretensão punitiva da Administração – Não ocorrência – Al lavrado dentro do prazo de 5 (cinco) anos contados da emissão da Notificação de Fiscalização, que também foi emitida dentro do prazo de 5 (cinco) anos contados da infração – Precedentes deste Colegiado – Mérito – Aplicação em CDB Banco Crefisul – Decisão de Investimento tomado sem qualquer embasamento no que toca à inobservância do prazo sugerido pelo Riskbank – Obrigação de meio não observada pelos integrantes do co-

mitê – Incertezas quanto ao papel de dois dos recorrentes no comitê de investimentos – Recursos voluntários conhecidos e parcialmente providos – Recursos de ofício conhecido e não provido"⁵¹.

EMENTA: "Análise do Auto de Infração nº 41/15-74. Aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Aquisição de CCB Empreendimentos sem a análise adequada, descumprindo o requisito de segurança e de observância à concentração operacional em contrapartes do mesmo conglomerado econômico-financeiro. 1. Prescrição afastada por ofício da fiscalização que caracterizou ato inequívoco que levou a apuração da aplicação na CCB. 2. Inaplicabilidade do benefício previsto no § 2º do art. 22 do Decreto nº 4.942/2003 quando descumpridos quaisquer de seus pressupostos legais⁵²".

• **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE:**

"Reconstituição de Autos – Recurso de Ofício – Paralisação dos autos no âmbito do Conselho de Gestão da Previdência Complementar – CGPC, atual CRPC, por mais de 3 (três) anos (desde 1999) – Inequívoca ocorrência de prescrição intercorrente – Julgamento pelo reconhecimento da prescrição intercorrente e determinação de arquivamento dos autos do processo 44000.002511/1998-55, originário do Auto de Infração nº 106/98-45, de 05.06.1998, sem prejuízo de providências administrativas cabíveis"⁵³.

50 Processo 44000.003925/2006-81 - 3ª RE de 15/07/2010

51 Processo 44000.000393/2008-92 - 17ª RO de 28/09/2011

52 Processo 44170.000021/2015-33 - 81ª RO de 25/07/2018

53 Processos 44000.000757/2011-30 e 44000.002511/1998-55 - 19ª RO de 06/12/2011

EXISTE A PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR FECHADA?

Basicamente, a preclusão administrativa consiste na perda do poder/dever do Estado de fiscalizar determinado ato ou operação.

À princípio, prevalecia, na Câmara de Recursos da Previdência Complementar, o entendimento de que, de acordo com o art. 34 do referido Decreto, a extinção da punibilidade ocorreria apenas em duas situações, quais sejam, pela morte do infrator ou pela prescrição administrativa.

Assim, o fato da Previc ter fiscalizado determinada operação sem que, no primeiro momento, concluísse pela existência de qualquer irregularidade, não lhe retirava o poder de proceder, posteriormente (salvo na situação de prescrição), nova fiscalização e, mediante reavaliação, lavrar auto de infração.

De acordo com aquele entendimento, o resultado da ação fiscal não pode ser considerado uma *certidão homologatória, com efeitos de uma certidão positiva*, já que o processo administrativo rege-se também pelo princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Assim, *"não pode o julgador cingir-se ao que pareceu conveniente ao interessado, ou aos interessados, trazer ao processo; seu dever é sempre o de assegurar a melhor satisfação possível ao interesse público."*⁵⁴ Nesse sentido:

"EMENTA: Nulidade do auto de infração. Inexistência. Investimento realizado sem a observância aos ditames legais e normativos pertinentes. Irregularidades configuradas. Aplicação do art. 64, do Decreto nº 4.942/2003. Adequação da dosimetria das penas impostas na decisão atacada. Decisão mantida. 1. Não se vislumbra a violação à Súmula Vinculante 14, do Supremo Tribunal Federal, quando todos os documentos que fundamentaram a autuação são disponibilizados aos Recorrentes e

o acesso aos autos do processo administrativo, que se inicia com a lavratura do auto de infração, é franqueado aos seus procuradores. 2. Não ocorre cerceamento de defesa e, portanto, não macula a validade do processo administrativo disciplinar, a decisão que indefere, de forma motivada, a produção de provas consideradas protelatórias, impertinentes ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos. 3. As conclusões da fiscalização e da Diretoria Colegiada da Previc não tiveram como base um mero juízo de valor da autoridade, mas foram firmadas em elementos sólidos e provas robustas produzidas no âmbito do processo administrativo que se desenvolveu dentro das regras impostas pelo Decreto nº 4.942/2003. 4. Por falta de previsão legal e em face do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, não merece guarida a tese de preclusão administrativa, em função do fato da Previc ter fiscalizado a entidade anteriormente, sem apontar as irregularidades somente confirmadas posteriormente. 5. Constatada a existência de expressivos prejuízos financeiros decorrentes do investimento objeto da autuação, bem como a impossibilidade de regularizar as irregularidades apontadas, não há que se cogitar na aplicação do § 2º, do art. 22, do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003, e na possibilidade de celebração de termo de ajustamento de conduta. 6. Constatado que, no auto de infração e na decisão recorrida, estão devidamente individualizadas as condutas de cada um dos recorrentes, não se configura o vício alegado. 7. Não é plausível o entendimento de que todas as irregularidades verificadas numa mesma ação fiscal, ainda que tenham em comum a aplicação inadequada dos recursos garantidores, determine a obrigatoriedade de reunião de todas elas e um único auto de infração, mormente quando se verifica diferenças nas especificidades inerentes a cada investimento. 8. Tão ou mais grave do que não realizar as imprescindíveis avaliações de riscos de cada investimento, é ignorar os riscos apontados naqueles estudos que, no ambiente de prudência que deve



nortear a gestão de recursos de terceiros, não recomendavam a aplicação que acabou sendo efetivada e, previsivelmente, resultou em prejuízos aos planos de benefícios administrados. 9. Investimentos realizados sem a observância dos ditames legais (art. 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001; arts. 4º, 9º, 30 e caput, e ainda, inciso I do art. 43, todos da Resolução CMN nº 3.792/2009 e; art. 12 da Resolução CGPC nº 13/2004), configuram a irregularidade captulada no art. 64, do Decreto nº 4.942/2003. 10. A dosimetria das penas impostas na decisão atacada encontra-se adequada aos ditames do Decreto nº 4.942/2003, à participação de cada recorrente e à gravidade dos fatos apurados no processo administrativo sancionador.⁵⁵

No entanto, recentemente, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar, acolhendo a preliminar de "preclusão administrativa", com base, no art. 50, inciso VIII e seu § 1º, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999⁵⁶, anulou o auto de infração:

"Auto de Infração lavrado para apuração de fatos jurídicos analisados expressamente em ação fiscal pretérita da Previc. Preliminar de preclusão administrativa. Inexistência de manifestação explícita do órgão processante quanto a motivação para anulação ou revogação da decisão anteriormente adotada no relatório de encerramento de fiscalização. Nulidade do Auto de Infração 38/2015 reconhecida por violação ao art. 50, caput, inciso VIII, e § 1º da Lei nº 9.784/99, bem como pela prevalência do princípio da boa-fé e segurança jurídica dos administrados em relação ao princípio da autotutela aplicável pela administração pública. Procedência da preliminar que prejudica o exame de mérito e determina a nulidade do Auto de Infração"⁵⁷.

► EXISTE A POSSIBILIDADE DE SE ANULAR UM AUTO DE INFRAÇÃO?

A Administração Pública é regida pelo princípio constitucional da legalidade, cabendo-lhe, todas as vezes que um ato administrativo for praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, o dever de restaurar esse princípio, seja por meio da invalidação, seja por meio da convalidação do ato.

Forma é a base física que permite aos destinatários, na seara do direito administrativo, o conhecimento do conteúdo do ato administrativo. Em sentido amplo, inclui as formalidades que devem ser obedecidas para que o ato administrativo tenha existência, validade e exequibilidade.

A forma dos atos, no Processo Administrativo, cumpre um objetivo principal, extraído do primeiro artigo da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal (diploma legal aplicável ao processo administrativo, no âmbito do regime da previdência complementar, por força do art. 66, da Lei Complementar n. 109/2001), *in verbis*:

"Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração".

No art. 2º, daquele mesmo diploma, estão dispostos os limites da atuação da Administração:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

55 Processo nº 44011.000163/2015-23 - 73ª RO de 23/08/2017.

56 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
(...)

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

57 Processo 44210.000015/2015-62 - 76ª RO de 28/02/2018

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. *Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

(...)”

Portanto, do estrato acima, pode-se ver que o processo administrativo tem de garantir o exercício do direito fundamental que o administrado possui à ampla defesa.

Ressalte-se, por ser pertinente, que o processo administrativo não é pautado pelo rigor, mas sim pela liberdade da forma.

No entanto, o limite àquela liberdade de forma é determinado pelo art. 22, da mesma Lei n. 9.784/1999, que dispõe, de forma clara, que *"os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir".* (O grifo é da reprodução).

E o Decreto n. 4.942/2003, que regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação, no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, é expresso ao exigir, no seu art. 4º, os requisitos obrigatórios do Auto de Infração, destacando-se, dentre eles, a descrição sumária da infração:

"Art. 4º *O auto de infração conterá os seguintes requisitos:*

I - local e data de sua lavratura;

II - identificação do autuado;

III - descrição sumária da infração;

IV - os fundamentos legais da autuação e das circunstâncias em que foi praticada;

V - identificação da autoridade autuante com cargo ou função, número de matrícula e assinatura; e

VI - prazo e local para apresentação da defesa".

Ressalte-se, pois, que, ao impor ao Auto de Infração a obrigatoriedade de cumprir aqueles requisitos, o referido Decreto o fez, por considerar que os mesmos representam condições mínimas imprescindíveis para propiciar, ao Autuado, o exercício da ampla defesa, direito este garantido constitucionalmente.

Não se trata, pois, de forma do ato administrativo sujeita a uma discricionariedade da Administração.

Na verdade, por serem obrigatórios, a inobservância de qualquer daqueles requisitos elencados no art. 4º, do Decreto n. 4.942/2003, a princípio, vicia o próprio ato processual - o Auto de Infração.

Vale lembrar que, de acordo com a Lei n. 4.717/65, art. 2º, b, o vício de forma *"consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato"*. A ausência total de forma tem como consequência a inexistência do próprio ato administrativo.

Uma discussão que se trava no âmbito da Câmara de Recursos da Previdência Complementar é se a regra contida no art. 35, do Decreto n. 4.942/2003 (*"A inobservância de forma não acarreta nulidade do ato processual quando não houver prejuízo para a defesa"*), alcança ou não os requisitos exigidos no art. 4º, daquele mesmo Decreto.

Conforme se demonstrará a seguir, a questão não está pacificada naquele Colegiado.

Há decisões no sentido de que a não observância das condições previstas no art. 4º, do Decreto 4.942/2003, invalida o Auto de Infração, pois o prejuízo à defesa é presumido e que a previsão contida no referido art. 35, somente tem aplicação aos demais atos do processo





administrativo em que a forma não é preconizada em lei:

- **NULIDADE – FALHA NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA:**

"A responsabilidade dos gestores de entidade fechada de previdência complementar por infração à legislação de previdência complementar é subjetiva, com culpa presumida – Preliminar de responsabilização solidária – Não acolhida. Mérito: Recurso voluntário – Auto de Infração 12/2011 – Realizar investimentos em desacordo com a política de investimentos ocasionando prejuízo à entidade – Necessidade de demonstrar individualmente a conduta de cada atuado – Procedência do auto de infração. Para que haja responsabilização, é fundamental que a autoridade fiscalizadora demonstre a conduta infracional de cada um dos atuados; a realização de investimentos em desacordo com a política de investimentos ocasionando prejuízo à entidade caracteriza a infração administrativa prevista no artigo 64 do Decreto no 4.942/03"⁵⁸.

- **NULIDADE – OMISSÃO NO ENQUADRAMENTO LEGAL:**

"Auto de infração. Descrição dos fatos. Vício formal. Cerceamento do direito de defesa. Nulidade. A insuficiente descrição dos fatos e a omissão no enquadramento legal do auto de infração, impossibilitando caracterizar com clareza o ilícito imputado ao sujeito passivo, implicam descumprimento de formalidade essencial exigida por lei e configura cerceamento do direito de defesa, impondo-se a decretação de sua nulidade"⁵⁹.

- **NULIDADE – TIPIFICAÇÃO INCORRETA:**

"Auto de infração – Tipificação contrária ao efetivamente praticado – Nulidade – A irregularidade imputada deve estar em

estrita consonância com o dispositivo indicado como violado – Respeito ao princípio da legalidade e segurança jurídica"⁶⁰.

"EMENTA: Recurso Voluntário – Enquadramento legal inadequado à infração. Nulidade. 1. Equívoco na tipificação da conduta infracional dos Recorrentes no art. 78 do Decreto nº 4.942/2003 2. Vício que não comporta correção nesta fase do processo e macula a autuação desde o início"⁶¹.

"EMENTA: Aplicar recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo conselho monetário nacional. Falta de monitoramento de investimento. Falta de monitoramento da situação de bem dado em garantia real para aquisição de CCI. Substituição de garantia real de imóvel alienado fiduciariamente. Descumprimento do art. 9º da Resolução CMN nº 3.792/2009. CCI PHOENIX garantia real tornada indisponível por decisão judicial. Nulidade do auto de infração por falta de prova inequívoca de falta de monitoramento. Garantia real com valor inferior ao contratado na CCI. Nulidade do auto de infração por falha na capitulação"⁶².

No entanto, em sentido contrário, há, também, decisões considerando possível sanar os vícios, mesmo em razão dos requisitos previstos no art. 4º, do referido Decreto:

- **NULIDADE – POSSIBILIDADE DE SANAR O VÍCIO:**

"Recurso de Ofício – os recursos garantidores de reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com os critérios e normas fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador, ou com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional – Negociação de NTNB e NTNC

58 Processo 44190.000046/2011-75 - 35ª RO de 27/03/2013

59 Processo 44000.000082/2008-23 - 8ª RE de 16/09/2010

60 Processo 44190.000049/2011-17 - 35ª RO de 27/03/2013

61 Processo 44150.000012/2014-08 - 64ª RO de 31/10/2016

62 Processo 44170.0000029/2015-15 - 68ª RO de 23/03/2017



*no mercado secundário – títulos com baixa liquidez e dificuldades de formação de preço justo no mercado secundário – Decisão-Notificação que julgou NULO o AI por apontar equívoco de datas do mandato de cada um dos Autuados, o que impossibilitaria a individualização das condutas – Diante dos documentos juntados aos autos que podem indicar que os vícios do Auto de Infração são sanáveis, decisão pela conversão do julgamento em diligência*⁶³.

"EMENTA: Nulidade do auto de infração. Inexistência. O termo de ajustamento de conduta firmado pelo Postalis não alcança a irregularidade que determinou a lavratura do Auto de Infração nº 37/15-05. Impossibilidade de aplicação do art. 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003 no presente caso. Falha do conselho fiscal na sua obrigação estatutária de verificar o cumprimento de norma interna da entidade. Decisão nº 18/2017/Dicol/Previc mantida. 1 – Erro Sanável na descrição sumária da infração não se constitui em vício capaz de macular o Auto de Infração – Inexistência de prejuízo à defesa – fatos devidamente narrados nos autos. 2 – O Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo Postalis não alcança a irregularidade que determinou a lavratura do Auto de Infração nº 37/15-05 e o § 3º, do art. 2º, da Instrução Previc nº 03, de 29 de junho de 2010, estabelece que "a celebração do TAC não obsta a lavratura do auto de infração pela prática de condutas não abrangidas pelo referido termo". 3 – Os prejuízos sofridos pelos planos de benefícios e a impossibilidade de regularização do ato tido como infracional, afastam a possibilidade de aplicação do disposto no § 2º, do art. 22, do Decreto nº 4.942/2003. 4 – A comprovação de que houve falha do Conselho Fiscal na sua obrigação estatutária de verificar o cumprimento de norma interna da entidade, determina a procedência do auto de infração n. 37/15-05. Recurso voluntário conhecido e improvido"⁶⁴.

63 Processo 44000.001529/2009-62 - 12ª RE de 19/10/2010

64 Processo 44011.000469/2015-80 - 76ª RO de 28/02/2018

PODE SE RETROAGIR OS EFEITOS DE UMA NOVA NORMA?

De acordo com o entendimento consolidado na Súmula Previc nº 02, publicada em 20 de maio de 2011, aplica-se o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, inclusive, nas situações de enquadramento decorrente da edição das Resoluções do Conselho Monetário Nacional:

"Súmula Previc nº 2. Aplica-se na Previdência Complementar Fechada o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, inclusive na hipótese de enquadramento decorrente da alteração promovida pela Resolução CMN nº 3.792, de 24.09.2009."

Aquele princípio já vem sendo observado pela Câmara de Recursos da Previdência Complementar:

"Recurso de ofício. Desenquadramento passivo nos limites de investimentos. Observância do princípio da retroatividade de norma mais benéfica. A aplicação dos novos limites para investimentos decorrentes da Resolução CMN nº 3.792, de 2009, retira o caráter infracional da conduta em análise no processo sancionador. Não provimento". Processo 44190.000002/2010-64 - 27ª RO de 18/07/2012

Importante ressaltar a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), as seguintes "disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público":

Art. 1º O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos:

"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."

"Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato."

"Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO)."



"Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público."

"Art. 25. (VETADO)."

"Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no **caput** deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º (VETADO)."

"Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, con-

troladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.

§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos."

"Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO)."

"Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. [Vigência](#)

§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO)."

"Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão."



V.
DA IMPORTÂNCIA DO
SEGURO D&O

V. DA IMPORTÂNCIA DO SEGURO D&O



O seguro D&O (*"Directors and Officers Liability Insurance"*) é uma modalidade de seguro que visa proteger o patrimônio dos dirigentes, neste caso, membros dos órgãos de governança das entidades fechadas de previdência complementar, quando responsabilizados, judicial ou administrativamente, por decisões que causaram danos materiais ou morais involuntários a terceiros.

As coberturas desse seguro se dividem em duas categorias: custos de defesa e condenações pecuniárias.

Embora o Art. 22, da Resolução CGPC nº 13, de 1º de outubro de 2010, vede, expressamente, *"a contratação de seguro para cobertura de responsabilidade civil, penal ou administrativa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados ou ex-empregados da EFPC, seja por contratação direta ou por meio da patrocinadora, cujo prêmio implique qualquer ônus financeiro, direto ou indireto, para a entidade fechada de previdência complementar ou para os planos de benefícios por ela operados"*, o parágrafo único daquele mesmo dispositivo autoriza ao Conselho Deliberativo da EFPC *"assegurar, inclusive por meio de contratação de seguro, o custeio da defesa de dirigentes, ex-dirigentes, empregados e ex-empregados da EFPC, em processos administrativos e judiciais, decorrentes de ato regular de gestão, cabendo ao referido órgão estatutário fixar condições e limites para a finalidade pretendida"*.

Portanto, a contratação desse seguro constitui-se numa importante proteção para o dirigente, em processos movidos contra ele, decorrentes de atos da sua gestão.



E-BOOK DE ORIENTAÇÃO PRÁTICA
AS DIVERSAS RESPONSABILIDADES
DE DIRIGENTES DAS EFPC

SINDAPP

SINDICATO NACIONAL DAS ENTIDADES
FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

www.sindapp.org.br