

O QUE É CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – CRPC E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

WHAT DOES "CÂMARA DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - CRPC - MEAN? AND HOW DOES IT CONTRIBUTE TO DEMOCRACY IN THE ADMINISTRATIVE SANCTIONS PROCEDURE?

*Ana Carolina Squadri Santanna
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Composição; 2 Do Processo Administrativo; 3 Do Processo Administrativo sancionador no âmbito da CRPC; 4 Do auto de infração; 5 Julgamento e recurso; 6 Do pedido de reconsideração; 7 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo apresentar o órgão colegiado do Ministério da Previdência Social recentemente renovado em termos de estrutura e função, com o intuito de atender melhor aos anseios democráticos do nosso Estado de Direito. Também visa esse estudo disponibilizar as questões enfrentadas pelo tribunal administrativo, pouco difundidas na doutrina e na jurisprudência. Ademais, buscou-se estampar a importância do debate acerca das garantias fundamentais no processo administrativo como um instrumento crucial ao acesso ao direito. A metodologia de trabalho baseou-se em pesquisa na legislação, em sites oficiais dos órgãos públicos, nas decisões da Câmara, além de bibliografia jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Processo Administrativo. Recurso Administrativo. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This work has the objective to present the collective body of the Ministry of Social Welfare recently renovated in terms of structure and function, in order to better meet the expectations of our democratic rule of law. Also this study aims to provide the issues faced by the administrative court, just spread the doctrine and jurisprudence. It also sought to stamp the importance of debate about the fundamental guarantees in the administrative process as a crucial instrument to access to law. The methodology was based on research in legislation, official websites of government agencies, in the Board's decisions, and legal bibliography.

KEYWORDS: Administrative Court (Câmara Recursal da Previdência Complementar). Administrative Proceeding. Administrative Remedy. Right to Due Process.

INTRODUÇÃO

Visando aperfeiçoar o regime repressivo referente ao sistema de previdência complementar fechada, foi criada a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão recursal colegiado e integrante do Ministério da Previdência Social – MPS, cuja função é julgar em última instância os recursos interpostos contra decisões da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, proferidas em processos administrativos iniciados por lavratura de auto de infração ou mediante instauração de inquérito, bem como contra decisões referentes a impugnações de lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar – TAFIC.¹

O órgão recursal vem satisfazer o princípio da revisibilidade, que é o direito do administrado recorrer da decisão desfavorável (salvo se a decisão for proferida por autoridade do mais alto escalão).²

A atribuição da CRPC está prevista na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, cujo artigo 65, §2º, dispõe que “das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente”, sendo sua regulamentação prevista pelo Decreto nº 7.123, 03 de março de 2010, o qual revogou o Decreto nº 4.678, de 24 de abril de 2003.

O referido órgão colegiado substituiu o antigo Conselho de Gestão da Previdência Complementar³ - CGPC, o qual era responsável tanto pela regulação das atividades das entidades fechadas de previdência complementar, quanto pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da Superintendência de Previdência Complementar - SPC, no que dizia respeito às penalidades administrativas.

A SPC integrava o Ministério da Previdência Social e sua função era, basicamente, fiscalizar as entidades de previdência complementar fechada.

1 Art. 3º do Decreto nº 7.123, de 03 de março de 2010

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 503.

3 O Decreto Nº 4.678, de 24 de abril de 2003 disciplinou o antigo CGPC

Já no regime vigente, o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, órgão colegiado integrante do MPS, exerce a função de órgão regulador por meio da votação de propostas de resoluções ou recomendações formuladas pelo Ministro, pelo Secretário de Políticas, pela Diretoria Colegiada da PREVIC ou por, no mínimo, três membros do Conselho.⁴

Para o exercício da função fiscalizatória, a Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009, criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, que ao mesmo tempo extinguiu a SPC.

Conforme prevê o artigo 1º, parágrafo único, da citada lei, cabe à PREVIC atuar como entidade de fiscalização e de supervisão das atividades dos Fundos de Pensão⁵. Diferentemente do órgão regulador, a PREVIC possui natureza autárquica, o que garante uma aparente autonomia político-funcional na fiscalização do sistema de previdência complementar fechada.

No que tange aos destinatários da legislação referida, os potenciais autuados estão previstos no artigo 63 da Lei Complementar nº 109/2001, quais sejam: os administradores de entidade, os procuradores com poderes de gestão, os membros de conselhos estatutários, o interventor e o liquidante. O parágrafo único desse artigo também prevê como responsáveis por danos ou prejuízos às entidades, 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.

Para Jarbas Antonio de Biagi o rol acima é meramente exemplificativo, uma vez que “todo aquele que vier a causar danos materiais

4 O CNPC está previsto no Decreto nº 7.123/2010

5 De acordo com Daniel Pulino, os fundos de pensão exercem atividade econômica, já que o artigo 202 da Constituição da República estabelece princípios e regras para a previdência privada diversas daquelas previstas para a previdência social, que possui caráter básico e obrigatório. “Daí porque o exercício de atividade de previdência complementar pelas entidades privadas (quer abertas, quer fechadas) não pode ser entendido como realização de um serviço público.” Cf. PULINO, Daniel. Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas. São Paulo: Conceito Editorial, p. 16, 2011

às entidades de previdência complementar serão responsabilizados pelo órgão fiscalizador”⁶.

A razão de ser dessa estrutura reguladora e fiscalizadora em torno do sistema de previdência complementar fechada é a relevância social da atividade econômica exercida pelas entidades fechadas, cabendo ao Estado orientar, no que couber, a referida atividade, conforme dispõe o artigo 174 da Constituição da República. Nessa esteira, a Lei Complementar nº 109/2001 e o Decreto nº 4.942/2003 estabeleceram infrações e sanções administrativas para punir todo aquele que violar o regime de previdência complementar.

De acordo com o artigo 65 da Lei Complementar citada, as sanções podem ser de advertência, suspensão do exercício de atividades em entidades de previdência complementar, 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, bem como multa de dois mil reais a um milhão. Ademais, a multa será aplicada em dobro em caso de reincidência.

Ressalta-se que para as penalidades pecuniárias, a Lei Complementar nº 109/2001 prevê a responsabilidade solidária da entidade fechada de previdência complementar, que, no entendimento de Jarbas Antonio de Biagi, prejudica ainda mais os participantes, que além de terem sido lesados pelo(s) dirigente(s), terão que suportar o pagamento de multa pecuniária.⁷

Durante suas atividades fiscalizatórias, caso a PREVIC identifique a ocorrência de infração prevista no Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, e desde que não seja a hipótese do artigo 22, § 2º do Decreto citado⁸ ou não tenha sido firmado um Termo de Ajustamento de Conduta⁹, a entidade lavrará um auto de infração, que após a fase de instrução do

6 BIAGI, Jarbas Antonio. Regime Repressivo, In: GÓES, Wagner (coord.). *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*, São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006. p. 132.

7 Idem, p. 133

8 Art. 22, §2º, do Decreto nº 4.942/2003: “Desde que não tenha havido prejuízo à entidade, ao plano de benefícios por ela administrado ou ao participante e não se verifique circunstância agravante prevista no inciso II do art. 23, se o infrator corrigir a irregularidade cometida no prazo fixado pela Secretaria de Previdência Complementar, não será lavrado o auto de infração”.

9 INSTRUÇÃO MPS/PREVIC Nº 03, de 29 de junho de 2010, art. 8º. “Art. 8º O procedimento ou processo administrativo em curso que tiver por objeto conduta abrangida pelo TAC permanecerá

processo administrativo, será decidido por uma Diretoria Colegiada a procedência ou a improcedência do auto (se não houver nulidade).

Julgando-se procedente o auto de infração, o interessado poderá interpor recurso administrativo perante a Diretoria Colegiada da PREVIC no prazo de quinze dias, momento em que órgão colegiado poderá reconsiderar expressamente a decisão. Caso não reconsidere no prazo de cinco dias, “entender-se-á que a sua decisão está mantida por seus próprios fundamentos”.¹⁰

Na circunstância da decisão não ser reconsiderada, o recurso será remetido à Secretaria-Executiva da CRPC, que tomará as medidas cabíveis, como por exemplo, a distribuição para um Conselheiro da Câmara.¹¹

Após a prolação da decisão que julga improcedente ou nulo o auto de infração, automaticamente o processo é encaminhado à CRPC para ser apreciado o Recurso de Ofício, cujo procedimento é o mesmo do Recurso Voluntário.

Portanto, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar é um órgão recursal que integra o Ministério da Previdência Social, cuja função é julgar o recurso interposto contra a decisão proferida pela Diretoria Colegiada da PREVIC em processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração ou sobre as impugnações referentes aos lançamentos tributários da TAFIC.¹²

1 COMPOSIÇÃO

A CRPC é composta por sete membros titulares, todos com direito a voto, sendo que quatro são servidores federais titulares de

suspensão enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, desde que tenham sido atendidas todas as condições estabelecidas no respectivo termo.”

10 Art. 27, §1º, do Decreto nº 7.123/2010. Ademais, prevê o art. 27, §2º: “Se o recorrente alegar que a decisão impugnada contraria súmula vinculante, caberá à Diretoria Colegiada ou ao Diretor-Superintendente da PREVIC, ad referendum da Diretoria Colegiada, explicitar, antes de encaminhar o recurso à Secretaria-Executiva da CRPC, as razões da inaplicabilidade da súmula, se não for o caso de reconsideração”.

11 Portaria MPS nº 282, de 31 de março de 2011 (Regimento Interno da CRPC). Art. 17. “À Secretaria-Executiva da CRPC, no exercício de suas funções, compete”: inciso VIII – “encaminhar ao membro designado relator, ou a quem este indicar formalmente, cópias dos autos de processos distribuídos por sorteio, para serem relatados.”

12 Cumpre destacar que o Ministério da Previdência Social criou um Grupo de Trabalho, formado pelos Conselheiros da CRPC, para elaborar uma minuta com propostas de alteração do Decreto nº 4.942/2003 (Portaria MPS nº 01, de 30 de maio de 2011).

cargo efetivo, em exercício no Ministério da Previdência Social - MPS, na PREVIC ou no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS; um representante das entidades fechadas de previdência complementar, das patrocinadoras e dos instituidores e um dos participantes e assistidos de planos de benefícios.¹³ Ressalta-se que cada membro tem direito a um suplente.

O Presidente da CRPC pode ser um dos servidores federais empossados que estão em exercício no MPS ou no INSS, cabendo ao Ministro da Previdência Social designá-lo. Além do voto ordinário, o Presidente exerce o voto de qualidade em caso de empate.

De acordo com o art. 7º, § 3º, do Decreto nº 7.123/2010:

os membros da CRPC deverão ter formação superior completa e experiência comprovada em matéria jurídica, administrativa, financeira, contábil, atuarial, de fiscalização ou de auditoria e manter estreita relação com o segmento de previdência complementar operado por entidade fechada de previdência complementar.

Os membros da CRPC têm mandato de dois anos, permitida uma única recondução. O mandato também encerrará se faltar algumas das condições exigidas para a designação. Outra hipótese de perda de mandato está prevista no artigo 10 do Decreto citado, que seria o cometimento de alguma conduta considerada irregular pelo Decreto, como a retenção injustificada dos autos do processo além do prazo estabelecido. Nesse caso, o membro não poderá ser designado para o CNPC ou para a CRPC no prazo de cinco anos, contado do ato oficial que decretar a perda do mandato.

Além disso, o Decreto veda a designação ou a recondução de membro que tenha vínculo matrimonial, de companheirismo ou de parentesco, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, com outro membro do CNPC ou da CRPC.

Assim como no processo de uma maneira geral deve ser observado o princípio democrático, no sistema de previdência complementar fechada esse preceito fundamental é observado na composição da CRPC. Nesse sentido, os membros do órgão recursal representam diferentes

13 Artigo 15 da Lei nº 12.154/2009 e Artigo 7º e ss., do Decreto nº 7.123/2010

segmentos, tanto do Governo, quanto das entidades fechadas, dos participantes e das patrocinadoras.

A participação democrática no sistema previdenciário está prevista em âmbito constitucional, no artigo 10, o qual prevê que:

É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

O princípio democrático também foi reforçado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, que acrescentou ao artigo 194 o seguinte texto:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Segundo Wagner Balera, o caráter democrático está presente em “toda e qualquer entidade integrante do sistema de seguridade social”¹⁴. Desse modo, estende-se à previdência complementar fechada.¹⁵

Apesar de a Lei Complementar nº 109/2001 ter silenciado a respeito da participação da sociedade civil nos órgãos colegiados, a ausência foi suprida pela Lei nº 12.154/2009, embora as normas do artigo 10 e do artigo 194, VII pudessem ser aplicadas diretamente.¹⁶

2 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O estudo do processo administrativo vem ganhando relevância na doutrina em razão de um dos principais objetivos do Estado

14 BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, p. 84, 2006

15 PULINO, op. cit., p. 413

16 Idem, p. 417.

contemporâneo, que é buscar a realização da democracia não somente nos períodos eleitorais.¹⁷ Dessa forma, no contexto atual, processo administrativo substitui o ato administrativo, podendo aquele ser conceituado do seguinte modo:

Encadeamento de atos destinados à produção de uma decisão final, que representa o caminho de transformação da competência juridicamente atribuída em um ato final com efeitos concretos ou abstratos, com a finalidade de concretizar os comandos normativos abstratos, conforme o resultado da ponderação dos interesses coletivos subjacentes à relação em questão, em satisfação a direitos e garantias constitucionalmente assegurados.¹⁸

Logo, se o Estado prejudica o interesse do particular sem garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a decisão administrativa estará viciada, tendo em vista que não condiz com um Estado Democrático.

De acordo com Odete Medauar, a partir da segunda metade do século XX alguns fatores provocaram mudanças no âmbito do Direito Administrativo, tais como:

- a) reivindicação de *democracia administrativa*. Tornou-se famosa a afirmação de Jean Rivero, em 1965, de que na França havia incompatibilidade absoluta entre as concepções de democracia lá vigentes e a ação administrativa, em especial porque o indivíduo permanecia súdito. Como no *Ancien Régime*. Passou a haver atenção ao modo de exercício do poder depois de uma eleição;
- b) diluição da distância entre Estado e sociedade, como idéia e como prática. Acentuaram-se pleitos de mais ouvida e atuação da sociedade na tomada de decisões administrativas;
- c) a Administração tende a ser menos imperial, buscando soluções mediante acordo, negociação e consenso dos cidadãos. E se revela propensa a utilizar, com muita frequência, instrumentos contratuais;

17 SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete, SCHIRATO, Vitor Rhein (org.). *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 09.

18 SCHIRATO, op. cit., p. 20-21

- d) surgimento de número infinito de associações e entidades que exercem pressão junto à Administração para interferir nas decisões;
- e) a Administração Pública, em grande parte da doutrina, deixou de ser considerada mera executora da lei; passou a atuar na sua elaboração. A editar atos normativos com mais frequência; além do mais, ampliou, no âmbito do Estado Social, as atividades prestacionais, dificilmente enquadradas como execução da lei em caso concreto, à maneira de um silogismo;
- f) preocupação acentuada, por parte da doutrina recente, com a efetividade dos direitos assegurados pela Constituição, vendo-se a Administração como principal operadora;
- g) preocupação com a melhoria das relações entre Administração e administrados.¹⁹

A proliferação de leis que se deu com o surgimento do Estado Social. Portanto, uma das mudanças de paradigma no Direito Administrativo foi a prevalência do processo administrativo frente ao ato administrativo, visando, com isso, respeitar os princípios constitucionais que protegem o administrado do autoritarismo.

De acordo com Demian Guedes, a atenção do processo administrativo já não se concentra tanto na Administração e no ato administrativo, mas sim no administrado e em suas garantias. O processo administrativo somente tem razão de ser se for um instrumento democrático, que possibilite uma atuação impessoal do Estado.²⁰

Odete Medauar entende que o processo administrativo possui várias finalidades: função garantista; elaboração de decisões justas; legitimação do poder; conhecimento de posições jurídicas diversas; impessoalidade da Administração; racionalização do trabalho e; transparência das atribuições da Administração Pública.²¹

19 MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*, Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 411-412.

20 GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*, Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 49.

21 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 175-176.

O debate a respeito da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Administrativo decorre do fortalecimento da Constituição nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos.²²

(Welfare State), a desvalorização dos Códigos (frente à publicação de normas específicas) e conjuntamente com o fortalecimento da jurisdição constitucional, destacou a Constituição no ordenamento jurídico, passando a Lei Maior ser entendida como norma jurídica, de modo que sua eficácia seja imediata.²³

Segundo Gustavo Binbenbojm, outro fator que contribuiu para o reconhecimento da Constituição como norma jurídica foi a “expansão das tarefas das Constituições contemporâneas”.²⁴ Atualmente, as Constituições não se limitam a dispor sobre a formação do Estado, mas disciplinam outros assuntos, como a ordem econômica, o direito previdenciário, a família, dentre outros.

Nesse contexto, as normas infraconstitucionais que regem a previdência privada devem ser interpretadas conforme os princípios previstos na Constituição da República, de maneira que uma regra não seja aplicada isoladamente, mas sim como uma norma integrante de um ordenamento coerente e unificado pela Constituição.²⁵

22 “A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. [...] No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário”. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, op.cit., p. 32 e 33.

23 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 62.

24 Idem, p. 63

25 “A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um *sistema* cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 196.

Como órgão integrante do Poder Público, cabe à CRPC observar os princípios constitucionais nos julgamentos de sua competência, realizando, inclusive, a ponderação de interesses, caso haja necessidade.

Nesse sentido, vejamos passagem da obra de Gustavo Binenbojm:

Como princípio hermenêutico, a interpretação conforme à Constituição pode e deve ser empregada não só por todos os órgãos do Poder Judiciário, na prestação da jurisdição, como também pelas demais autoridades públicas, sempre que lhes incumbir a tarefa de aplicar normas jurídicas. Isto porque, não apenas o Judiciário, mas também todos os demais órgãos do Estado encontram-se vinculados negativa e positivamente à Constituição, cabendo-lhes não só o dever de abster-se de violá-la, mas também a obrigação de, na medida das respectivas possibilidades e competências, implementar seus comandos e concretizar seus valores.²⁶

Pode-se dizer também que alguns dispositivos da Constituição Federal, que se referem ao Direito Penal, se aplicam ao Direito Administrativo Sancionador, já que não há previsão de princípios aplicáveis à Administração Pública no que se refere à competência sancionatória.²⁷

3 DO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DA CRPC

O art. 2º do Decreto nº 4.942/2003 prevê que o processo se inicia a partir da lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito administrativo.

Sobre essa norma, existe uma discussão acerca do momento que deve ser considerado o início do processo administrativo, se já na fase de fiscalização ou como diz a norma, da lavratura do auto de infração ou da instauração do inquérito.

26 BINENBOJM. op. cit., p. 68

27 "No direito brasileiro inexistiu disposição constitucional expressa, a exemplo do art. 25 da Constituição Espanhola, consagrando os princípios aplicáveis à competência sancionadora da Administração Pública. Isso não quer dizer, porém, que deva o intérprete desistir de buscá-los. Isso porque o sistema constitucional é definido como um sistema aberto de regras e princípios (Canotilho, 1992: 171), não se limitando ao literalmente contido em suas disposições". DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 37.

A Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP entende que o Decreto nº 4.942/2003 deve regulamentar somente o regime disciplinar e o processo administrativo sancionador, sendo essa fase iniciada somente com a lavratura do auto de infração ou com a instauração do inquérito.²⁸

Como decorrência dessa questão, surge o debate a respeito de qual seria o objeto de regulamentação do Decreto, se é a ação fiscalizatória da PREVIC ou se deve reger somente o procedimento a partir do auto de infração ou do inquérito administrativo.

Independentemente da conclusão que se tome quanto ao marco temporal do processo administrativo, o interessado na ação fiscalizatória, ou seja, ao administrado que está sendo objeto de investigação pela PREVIC deve ser assegurado o contraditório e a ampla defesa, mesmo na fase que precede a lavratura do auto de infração. Isso porque a Constituição prevê o devido processo legal, sem restringir essa garantia a qualquer ato formal.

Na esfera penal, Rogério Lauria Tucci, quando trata da efetiva e completa assistência técnica na fase de investigação criminal, assevera que:

Como visto, é imprescindível à consecução da *garantia de acesso à Justiça Criminal* a outorga, pelo Estado, de *defensoria técnica*, especialmente aos ‘acusados em geral’.

E isso, quer já esteja formalizada a acusação, quer a pessoa necessitada sofra, de logo, os efeitos da iniciação de persecução penal em que, de algum modo, lhe seja imputada a autoria de fato penalmente relevante.

Trata-se, aliás, de orientação que se universaliza, como demonstram os mais autorizados analistas do tema, ao enfatizar que a ‘efetividade dessa *garantia* deve ocorrer desde a fase pré-processual, de natureza investigatória, em que coligidas as provas a serem utilizadas no

28 “Portanto, antes da lavratura do auto de infração não há processo administrativo, que é, conforme o citado art. 2º ‘o instrumento destinado a apurar responsabilidade de pessoa física ou jurídica, por ação ou omissão, no exercício de suas atribuições ou competências’. Sendo assim, conclui-se que o processo administrativo é ‘o’ único meio legítimo de apuração de responsabilidade previsto na legislação”. (Voto do Conselheiro representante das entidades fechadas no processo nº 44000.000644/2007-58)

judicium sobre a inocência ou a culpabilidade do indigitado autor da infração penal, subseqüentemente acusado'.²⁹

Se no âmbito penal o Estado deve garantir o respeito ao princípio do contraditório na fase do inquérito, salvo algumas exceções³⁰, não há justificativa de impedir o acompanhamento pelo interessado dos atos de fiscalização, uma vez que poderá ser considerado infrator ao final da investigação.³¹

Logo, as garantias no processo penal, que visam tratar o investigado com dignidade humana, podem significar os seguintes direitos no processo administrativo: de ser informado do curso da investigação e do seu conteúdo, no direito à autodefesa, à defesa técnica, ao contraditório, ao ônus da prova da acusação e na proibição de provas ilícitas.

Portanto, mesmo que o Decreto nº 4.942/2003 não regulamente a fase anterior à lavratura do auto de infração, não quer dizer que a ação fiscalizatória seja preterida do direito ao contraditório da ampla defesa, em razão do que dispõe o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.³²

29 TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 91 e 92.

30 "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO . MAT ÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS OFENSA REFLEXA . ANÁLISE DE FATOS E PROVAS . S ÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . IN ÉPCIA DA DEN ÚNCIA. COISA JULGADA . RECURSO DESPROVIDO . 1. A alegação de violação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais demanda prévia análise de fatos e provas e da legislação infraconstitucional que rege a matéria, impedindo seu conhecimento na via extraordinária. 2. A determinação de elaboração de laudo pericial na fase do inquérito, sem prévio oferecimento de quesitos pela defesa, não ofende o princípio da ampla defesa. Posterior juntada e oportunidade de manifestação da defesa e oferecimento de quesitos. 3. A alegada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição da República, é mera irresignação contra os fundamentos constantes do acórdão recorrido, o que não autoriza o extraordinário. 4. A inépcia da denúncia foi rejeitada em habeas corpus julgado pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão transitou em julgado. Impossível novo julgamento do mesmo tema e inviável o revolvimento de fatos e provas. 5. A não-aplicação do art. 181, II, do Código Penal, é matéria infraconstitucional e demanda análise de fatos e provas. 6. Agravo regimental desprovido. (STF, *AI 658050 Agr / SP - Relator Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 12/04/2011, Segunda Turma*)

31 "Essas garantias especiais do Processo Penal acabam por refletir sobre o próprio Processo Civil, na medida em que este é também instrumento de solução de litígios decorrentes do exercício de atividades punitivas da Administração, como o chamado Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Tributário, em que o particular que contende com o Poder Público deve dispor dessas mesmas garantias". GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 274.

32 "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Com o entendimento mais comedido, Fábio Medina Osório sustenta que o Estado possui uma pretensão punitiva que se concretiza perante a sociedade por meio de duas formas diversas: de sanções penais e de sanções administrativas, as quais possuem respectivamente regimes jurídicos diversos.³³

Em realidade, a unidade nada mais é do que a comum origem constitucional: Direito Penal e Direito Administrativo obedecem a comandos constitucionais e, nesse sentido, submetem-se a princípios constitucionais que norteiam o poder punitivo estatal. Isso não quer dizer, em absoluto, que esses princípios sejam idênticos ou que esse poder punitivo se submeta a idênticos regimes jurídicos.³⁴

Nesse mesmo sentido, Alejandro Nieto defende que o Direito Administrativo Sancionador pertence ao ramo do Direito Administrativo e não ao Direito Penal. Para o autor, o Direito Administrativo Sancionador

toma en préstamo los instrumentos que le proporciona. El derecho penal sencillamente porque le son útiles por causa de su maduración más avanzada y de su superioridad teórica”.³⁵ Além disso, diz o autor que são regimes normativos distintos, cuja “distinção resulta de discricionárias opções legislativas”.³⁶

No âmbito do Poder Judiciário, o STJ proferiu decisão no sentido de aplicar os princípios do Direito Penal no processo administrativo sancionador, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO. 1. *Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que*

33 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 141.

34 Idem, p. 142-143.

35 NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Ampliada, Madrid: Tecnos, 1994. p. 81- 82, Apud: Idem, p. 142.

36 OSÓRIO, op. cit., p.14.2

regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. 2. A teor dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado. 3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempataador é de ser desconsiderado. 4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1o. e 664, parág. único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário. (STJ, ROMS 200701653771, Relator Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª Turma, DJE DATA:01/02/2010) (grifo acrescentado)

Edilson Pereira Nobre Júnior agrupa os seguintes princípios constitucionais penais aplicáveis ao processo administrativo: legalidade, tipicidade, culpabilidade, proporcionalidade, retroatividade da norma favorável, *non bis in idem* e *non reformatio in pejus*.³⁷

A respeito do princípio da legalidade, o autor alega que o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela limitação do poder estatal em favor da liberdade individual, sendo esse o fundamento da impossibilidade de definição de infração por norma infra legal.³⁸

O STF tratou desse tema na Adin nº 1823-1. A Confederação Nacional da Indústria propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin nº 1823-1), alegando que a Portaria nº 113/1997 do IBAMA instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal

37 OSÓRIO, op. cit., p. 130

38 "Em suma, somente à lei compete a definição das infrações administrativas e respectivas penas. Por esta razão, somos pela ilegitimidade do parágrafo único do art. 161 do Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei 9.503, de 23-09-97, uma vez incumbir ao regulamento, no caso às resoluções do CONTRAN, a cominação de sanções". Idem, p. 132

de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, além de estabelecer sanções para o caso de inobservância dos requisitos impostos, em confronto com a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), que previu somente o Cadastro e o registro obrigatório, o que viola o princípio da legalidade.

Na apreciação da medida cautelar, o STF decidiu da seguinte forma:

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigos 5º, 8º, 9º, 10, 13, §1º, e 14 da Portaria nº 113, de 25.09.97, do IBAMA.

Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir.

Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados.

Cautelar deferida.

No mesmo sentido, o STJ decidiu que a sanção administrativa deve estar prevista em lei formal, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CPC, ART. 535, II - VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA - IBAMA - IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE EM INFRAÇÃO DESCRITA APENAS EM PORTARIA - IMPOSSIBILIDADE. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a examinar tese recursal nova, suscitada apenas em sede de embargos de declaração. 2. *A jurisprudência firmada nesta Corte e no STF é no sentido de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas do Estado. Precedentes.* 3. *Consoante já decidido pelo STF no julgamento da ADI-MC 1823/DF, é vedado ao IBAMA instituir sanções punitivas sem expressa autorização legal.* 4. Diante dessas premissas e, ainda, do princípio da tipicidade, tem-se que é vedado à referida autarquia impor sanções

por infrações ambientais prevista apenas na Portaria 44/93-N. 5. Recurso especial não provido. (STJ, RESP 200800871126, Rel. Min. Eliana Calmon, data da publicação: 26/02/2009) (grifo acrescentado)

Na hipótese do regime de previdência complementar fechada, as infrações administrativas e as sanções estão previstas na Lei Complementar nº 109/2001, ou seja, a origem das normas que proíbem expressamente uma determinada conduta pelo administrado é uma lei formal, embora a referida lei não preveja esmiuçadamente os tipos infracionais.

O art. 65 da Lei Complementar nº 109/2001 dispõe o seguinte:

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.

Corolário do princípio da legalidade, o princípio da tipicidade é a garantia de que as infrações estejam previamente descritas em lei, isto é, prevê “o modelo de conduta proibida”, permitindo ao particular “a escolha de comportar-se em conformidade com a norma jurídica”.³⁹ Em razão disso, determinadas infrações são inconstitucionais por estarem previstas em cláusulas demasiadamente abertas, como a do art. 129,

39 JÚNIOR. op. cit., p. 211 e 214

segunda parte, da Lei nº 8.112/90, que prevê advertência para o servidor que não observar dever funcional previsto em lei.

Ademais, “não são todos os preceitos normativos que impõem deveres de conduta pessoal a seus destinatários, não fazendo qualquer sentido pretender que a violação a qualquer norma deva ser objeto de sanção pessoal”.⁴⁰

O art. 110 do Decreto nº 4.942/2003 é um exemplo dessa abrangência exagerada do tipo infracional, uma vez que estabelece sanção para quem “violou quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nº 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares”.

Em sentido contrário, Fábio Medina Osório defende uma aplicação mais flexível do princípio da tipicidade no Direito Administrativo Sancionador, alegando que os tipos são mais elásticos, comparando com o Direito Penal, em razão “da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar feitura e aplicação das normas”.⁴¹ Isso porque a atividade da Administração Pública está sujeita às mudanças sociais e econômicas, o que permite uma flexibilidade do tipo sancionador, ao contrário do Direito Penal que não é tão dinâmico.

Dessa forma, os conceitos e termos devem ser indeterminados, havendo previsão de cláusulas gerais, de modo que permita uma função criativa da autoridade julgadora.

Com base nesse entendimento, o particular não pode se escusar de cumprir um comando com base em interpretação literal do texto, se é possível compreender o alcance da norma.

Exemplo da flexibilidade do princípio da tipicidade está na interpretação feita pela CRPC do art. 64 do Decreto nº 4.942/2003:

Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

40 *Idem*, p. 136

41 OSÓRIO, *op. cit.*, p. 208

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

Apesar da norma prever o termo *aplicar*, a CRPC decidiu que o dirigente do fundo de pensão deve ser responsabilizado pela má aplicação dos recursos da entidade, se enquadrando nesse tipo, ao invés de punir aquele que somente executou a aplicação a mando de outrem. Caso contrário, o executor da conduta seria sempre punido, mesmo que a decisão partisse de uma autoridade superior ou de um colegiado.

Seja na concordância da aplicação dos recursos em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, ou até mesmo de maneira negligente, deixando de vigiar aqueles que aplicam os recursos financeiros do fundo de pensão, os dirigentes da entidade de previdência complementar devem ficar sujeitos à sanção do art. 64 do Decreto citado, se possuírem a obrigação legal de zelar pela saúde financeira da instituição.

Portanto, é necessário que exerçam suas atividades com o devido zelo, amparando suas determinações com um prévio estudo técnico ou, em alguns casos, com a justificativa de um referencial de precificação para operações de aquisição de Títulos.⁴²

No processo administrativo nº 44000.002108/2006-14 foi enfrentada a questão da necessidade de análise técnica anterior à realização das operações financeiras, bem como da responsabilidade dos administradores. Vejamos:

Em suma, constata-se a impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores, ainda que admitida a delegação da gestão dos investimentos.

⁴² Processo administrativo nº 44000.001019/2007-23 – Data da decisão: 05/10/2010

Ementa “Compra de ativos pelo maior preço unitário praticado no mercado - ausência de estudo técnico - infração ao art. 1º da Resolução CMN nº 2.324/96 - exigência de rentabilidade e segurança nas aplicações de recursos de fundo de pensão - recurso não provido.”

Decisão: Por unanimidade, a CRPC conheceu dos recursos e, por maioria, afastou as preliminares, vencidos os Conselheiros Antônio Bráulio de Carvalho de Carvalho e Lygia Maria Avena, que votaram pelo acolhimento da prescrição quinquenal. Também por maioria de votos, a CRPC, no mérito, negou provimento aos recursos, vencidos os Conselheiros Antônio Bráulio de Carvalho e Lygia Maria Avena, que davam parcial provimento, apenas para converter a pena de multa em advertência. Disponível em: <www.mpas.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2011.

Outro ponto em que se fundamenta a defesa é o questionamento quanto à própria irregularidade das operações. Alegam os recorrentes que as operações não foram irregulares, devendo ser consideradas normais de acordo com os padrões de mercado. [...]

Assim, qualquer que seja o parâmetro de comparação, restou comprovada a falta de análise técnica para subsidiar que as operações pudessem ter sido realizadas nesses patamares de preço, bem como a ausência de quaisquer controles sobre os gestores que eles próprios decidiram contratar, ficando patente que os atuados, no mínimo, não agiram de forma prudente, como lhes impunha a condição de Altos Dirigentes (enquanto membros da Diretoria Executiva, sobretudo no que tange aos Diretores Superintendente e, ainda mais, o Financeiro) responsáveis, na estrutura regimental da Entidade e também aos olhos incontornáveis da Lei, pelos investimentos, expondo, assim, a [...] a riscos que bem poderiam ter sido evitados se tivessem sido evitados se tivessem sido observadas as regras de liquidez, prudência, segurança e, sobretudo, rentabilidade, que perpassam as diversas diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.⁴³

Ainda com relação às garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da culpabilidade para o Direito Penal, que decorre do conjunto de princípios previstos em benefício do acusado (legalidade, tipicidade, segurança jurídica, proporcionalidade, individualização da pena, etc.). Dessa forma, não se admite a responsabilidade objetiva na aplicação da sanção. O princípio da culpabilidade garante que o acusado seja responsabilizado somente se for provado que agiu com dolo ou com culpa.

43 Rel. Conselheiro Daniel Pulino, processo nº 44000.002108/2006-14 – Decisão – 10/11/2010

Ementa: “Aquisição, para carteiras próprias e também para fundos exclusivos da entidade, de títulos públicos federais - Notas do Tesouro Nacional - NTN, séries A3, A6, B e C -, por preços superiores aos praticados pelo mercado. Ausência de apresentação de qualquer pesquisa de mercado ou estudo técnico prévios, a justificar as aquisições nos parâmetros em que foram efetuadas. Omissão inescusável. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional. Impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores, ainda que permitida a delegação da gestão dos investimentos. Precedentes desta câmara. Recursos voluntários improvidos.”

Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC - conhece do recurso voluntário e afasta às preliminares. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, nega provimento ao recurso. Vencido o voto, em parte, da Membro da Lygia Maria Avena no sentido de dar provimento parcial ao recurso, em relação aos recorrentes Ubiratan de Gusmão Campelo Lima, Magda Chagas Pereira, para manter a multa pecuniária e excluir a pena de inabilitação. Disponível em: <www.mps.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2011.

Fábio Medina Osório defende que:

Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humana.⁴⁴

Decorre do princípio da culpabilidade, a observância do princípio da proporcionalidade, que influencia na medida da pena conforme a gravidade da conduta.⁴⁵

Enfim, esses são os aspectos principais do processo administrativo sancionador que devem ser observados pela Administração Pública e especificamente pela PREVIC, bem como pela CRPC.

4 DO AUTO DE INFRAÇÃO

O processo administrativo pode ser organizado em três fases: instauração, instrução e decisão. Todas iniciadas após a lavratura do auto de infração, como determina o Decreto nº 4.942/2003.

Para que o auto de infração contenha os elementos fáticos necessários para garantir a ampla defesa do acusado, o art. 4º do Decreto nº 4.942/2003 prevê os seguintes requisitos: local e data de sua lavratura, identificação do autuado, descrição sumária da infração, os fundamentos legais da autuação e das circunstâncias em que foi praticada, identificação

44 OSÓRIO, op. cit., p. 347

45 “O exame do princípio da proporcionalidade pode ser desenvolvido sob vários ângulos. Adotamos classificação de J. J. Gomes Canotilho, que o desdobra nas exigências de (a) conformidade de meios, (b) exigibilidade (ou necessidade) e (c) proporcionalidade em sentido estrito. A *conformidade* ‘impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou dos fins a ele subjacentes. [...] Já a exigibilidade (ou necessidade) ‘coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. [...] Em *sentido estrito*, significa mais do que a relação entre os meios empregados e os fins visados, mas engloba a situação fática à qual se aplica a decisão administrativa (princípio da ‘justa medida’). Comporta a investigação específica acerca da medida a ser tomada: [...] ‘deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à carga coactiva da mesma”. MOREIRA, ob. cit., p. 94/95

da autoridade autuante com cargo ou função, número de matrícula e assinatura e prazo e local para apresentação da defesa.

Sobre tais requisitos, havia um debate na CRPC em relação à necessidade de individualização da conduta do autuado no auto de infração. O debate mostra-se relevante, pois implicitamente discute se o dirigente deve sofrer uma sanção administrativa em decorrência de um compromisso que assumiu no estatuto da entidade, de zelar pelo bom desenvolvimento da sociedade ou se responde somente com a prova de uma conduta específica que deu causa à infração. A primeira hipótese não trata da responsabilidade objetiva, pois a culpa deverá ser demonstrada, seja em razão de um comportamento negligente perante a entidade, seja por imperícia ou imprudência na gestão.

No processo nº 44000.001566/2005-47 os autuados foram acusados de realizar operações no mercado de opções, com destaque para as efetuadas na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, “as quais teriam caracterizado inadequada aplicação dos recursos garantidores das reservas técnicas ou quaisquer outras situações de prejuízo para a entidade”.⁴⁶ Vejamos trecho do voto proferido pelo Conselheiro Daniel Pulino, representante do Governo, acerca da responsabilidade dos membros do Comitê de Investimentos de uma entidade fechada de previdência complementar:

Assim, restou comprovada a *falta de análise técnica para subsidiar as operações*, ficando patente que os autuados não agiram de forma prudente, como lhes impunha a condição de membros do Comitê de Investimentos, expondo a Entidade a riscos que bem poderiam ter sido mapeados e mitigados, se tivessem sido observadas as regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade, que perpassam as diversas diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Observe-se que o estabelecimento de parâmetros fixos de rentabilidade mínima (como o da taxa de juros acima de pelo menos o dobro da dos CDIs) e de uma carteira ideal de ações, tão insistentemente alegado pelos recorrentes, não poderia eximir os autuados da falta de aplicação de estudos e critérios técnicos de avaliação, até porque a decisão de operar no mercado de opções é motivada pela busca de taxas de juros mais elevadas do que do que as costumeiramente pagas pelos títulos de renda fixa (justamente para compensar

46 CRPC, Processo Administrativo nº 44000.001566/2005-47, Relator Daniel Pulino

os riscos, igualmente mais elevados, desse mercado), que não podem, assim, servir de parâmetro, em substituição a *sistemas* – que não se comprovou haver na Entidade no período de apuração dos autos, insista-se – *de avaliação de riscos das operações e de precificação dos papéis*.

Assim, se a prévia definição do método de precificação e, sobretudo, a implantação de processo de formação de preços dos prêmios das opções era de rigor, sendo, nesse sentido, diretriz básica à operação no mercado de opções, deduz-se que tal *omissão (inescusável)* haveria de ser mesmo imputada aos membros do Comitê de Investimentos, já que esta instância tinha por função, segundo seu próprio Regimento Interno ‘viabilizar o plano de aplicação de recursos da FRG, traçando as diretrizes básicas às aplicações mensais de seus recursos nos mercados financeiro, imobiliário e de capitais’.

Além disso, importa também observar que era o Comitê de Investimentos quem aprovava as recomendações de realização de operações de financiamento e- o que tem grande importância- referendava as operações já realizadas antes de cada reunião, como se extrai das atas de reunião juntadas aos autos.

Assim, quer por aquela omissão, quer por este grupo de atuações, *não vemos como se possa pretender afastar a responsabilidade dos membros daquele Comitê por desconhecimento da ilicitude ou mesmo do prejuízo das operações, porque o que se espera daqueles que assumem a responsabilidade de postos de tão destacada relevância perante o conjunto de participantes dos planos administrados pela Entidade é que atuem com zelo, prudência e competência técnica, mesmo porque agem no interesse, não próprio, mas de outrem: a coletividade de participantes efetiva ou potencialmente protegidos pelos benefícios do plano previdenciário.* (processo administrativo nº 44000.001566/2005-47, Rel. Daniel Pulino)⁴⁷ (grifo acrescentado)

47 Ementa: “Aplicações no mercado de opções. Falta de adoção, pela entidade fechada, de qualquer procedimento prévio de avaliação técnica de riscos e de precificação dos papéis que subsidiassem as operações, dando margem à sistemática transferência de boa parte da valorização das carteiras para as contrapartes, por meio das operações com opções. Omissão inescusável dos membros do comitê de investimentos, que, ademais, referendavam as operações realizadas. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo conselho monetário nacional. Recursos improvidos. Decisão mantida.”
Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar- CRPC conhece dos recursos. Por maioria de votos, a CRPC, rejeitou a prejudicial de prescrição intercorrente, vencido o voto da Membro Lygia Maria Avena, e, no mérito, também por maioria, vencidos, em parte, os votos dos Membros Luiz Gonzaga Marinho Brandão e Antonio Bráulio de Carvalho que votaram no

Para aqueles que defendem a descrição individual da conduta no auto de infração, alegam que no processo administrativo vigora a responsabilidade subjetiva, sendo que a mera aplicação da sanção por ocupar cargo de dirigente na entidade violaria esse princípio. Para ilustrar esse entendimento, vejamos logo abaixo o voto elaborado pela representante das entidades fechadas na CRPC. Trata-se de auto de infração lavrado em decorrência de irregularidades “nos investimentos em créditos securitizados do Tesouro Nacional, cujos investimentos foram realizados sem nenhum estudo técnico de viabilidade, e que veio resultar em prejuízo para a entidade” (trecho retirado do Relatório).

No processo administrativo, vigora o princípio da busca da verdade real – ou da responsabilidade subjetiva – apenando-se quem, realmente, praticou alguma irregularidade, seja por ação ou omissão.

Para haver responsabilização por ilicitude praticada por pessoas físicas, seja de natureza civil, penal ou administrativa, é necessário que haja nexos causal entre a conduta e o dano, isto é, que esteja faticamente configurado ser o dano consequência de determinado ato, seja comissivo ou omissivo, culposo ou doloso.

No âmbito da previdência complementar fechada, vigora o princípio da responsabilidade subjetiva, conforme o *caput* do art. 63 da LC nº 109/01:

‘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’. [...]

Ou seja, é necessário averiguar se agente de fato concorreu para o dano ou a infração. Não tendo concorrido, não se pode responsabilizá-lo. [...]

O fato é que, analisando os documentos, defesas e recursos que compõem o processo, verifica-se que não competia aos membros do Conselho Diretor (Conselho Deliberativo) executar os investimentos da entidade, conforme se pode constatar da leitura do art. 22 do

sentido de dar provimento aos recursos dos Srs. Cláudio Aldoniro Wildner Leal e Paulo Sérgio Pimentel, negou provimento aos recursos, declarando, entretanto, por unanimidade, a extinção da punibilidade em relação ao recorrente Fernando Sogdu Martins, tendo em vista seu falecimento. Decisão de 27/07/2010

Estatuto da Entidade trazido às fls. 21, 22 e 41, da defesas dos autuados, abaixo transcrito. [...]]

Conforme relatado às fls. 110, o Conselho Diretor da [...] se reunia para aprovar parâmetros de investimentos e, não, investimento específico. Eram definidos, assim, percentuais por segmento de aplicação, por exemplo, 7,68% para empréstimos, 33,47% para fundo de renda fixa, 20,47% para debêntures. Logo, segundo constou do recurso de [...]: 'Percebe-se que são apenas parâmetros, não entrando em detalhamento, fato que impedia os conselheiros de observar qualquer irregularidade...'

Na verdade, não poderia ser diferente, uma vez que historicamente o Conselho Deliberativo tem a função de traçar as diretrizes gerais de administração da entidade e de seus planos de benefícios, cabendo à Diretoria-Executiva a análise técnica e a decisão de realizar determinado investimento em concreto, desde que esteja em consonância com os parâmetros definidos pelo Conselho na respectiva política de investimentos.

Desse modo, não se afigura razoável exigir do Conselheiro a ciência de detalhes operacionais a respeito de cada investimento realizado pela entidade, visto que essa não é sua atribuição.

Logo, quanto aos autuados que eram membros do Conselho Diretor (atual Conselho Deliberativo) da entidade, mesmo que se entendesse por irregular a operação em questão, não haveria como lhes imputar qualquer penalidade administrativa, visto que não concorreram para a prática do ato, não sendo possível lhes atribuir qualquer responsabilidade objetiva. (processo administrativo nº 44000.000833/2007-21, Relatora Lygia Avena)⁴⁸ (grifo acrescentado)

48 Ementa: "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."

Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conhece dos recursos. *Tendo em vista o empate na votação, dentre os membros da CRPC presentes, que acolhiam ou não acolhiam a ocorrência da prescrição quinquenal, prevaleceu o voto de qualidade do Sr. Presidente que foi no sentido de acolher a preliminar de prescrição quinquenal, determinando a remessa dos autos a Previc para apuração de eventual responsabilidade e, se assim não entender, que justifique plenamente o fato para todos os fins legais. Vencido os votos dos Membros Daniel Pulino, Thiago Barros de Siqueira e Alfredo Sulzbacher Wondracek, que votaram no sentido de não acolher a preliminar de prescrição.* Decisão de 27/07/2010

Embora a Câmara não tenha julgado o mérito propriamente dito, vez que, por maioria, acolheu a prescrição quinquenal, o voto acima desenvolve claramente o entendimento do representante das entidades fechadas.

A primeira tese não descarta o pressuposto da culpabilidade para a aplicação da sanção administrativa. Caso contrário, estar-se-ia concordando com uma atuação arbitrária do Poder Público.

O que se defende na primeira posição é que a culpabilidade do Direito Administrativo Sancionador não é a mesma do Direito Penal, ou seja, não há a exigência da previsão expressa da culpa no tipo. Sendo assim, mesmo que assim não esteja descrito, a omissão de prestar determinada conduta, havendo um dever funcional de agir, leva à responsabilidade pelo dano decorrente do cometimento da infração àquele que foi negligente.

Para Fábio Medina Osório, o dolo também está presente no Direito Administrativo Sancionador, que seria a consciência de realizar a infração prevista. Todavia, “não vigora o princípio da excepcionalidade do ilícito culposo”.⁴⁹

Portanto, se os administradores não cumpriram com seu dever de diligência, como por exemplo, deixando de providenciar estudos técnicos antes das aplicações financeiras, o Estado deve aplicar sanção administrativa pela negligência perpetrada. Se existe uma diretriz do Conselho Monetário Nacional (art. 1º da Resolução CMN nº 2.324/96) que exige rentabilidade e segurança nas aplicações de recursos de fundo de pensão, os administradores que não atuaram de forma prudente podem ser autuados com base no art. 64 do Decreto nº 4.942/2003.⁵⁰

A aplicação da medida sancionatória deve-se dar àquele que tem o dever de vigiar, caso contrário estar-se-ia conferindo maior responsabilidade ao que executa a operação financeira.

Além disso, o Estado não precisa provar que o autuado efetivamente conhecia o ilícito, mas basta demonstrar o potencial conhecimento. Já a defesa, deve demonstrar que tomou todas as providências cabíveis para evitar o cometimento da infração.

49 *Idem*, p. 367

50 “Art. 64. Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.”

Também se discute, em razão dessa atribuição conferida pelo estatuto da entidade fechada, se é possível transferir a responsabilidade do dirigente a um terceiro, a uma instituição financeira, por exemplo. Vejamos trecho do voto proferido pelo Conselheiro Daniel Pulino no processo administrativo nº 44000.002108/2006-14, em que foi negado provimento ao recurso voluntário, por maioria.

Assim, no âmbito dos fundos de pensão o fato de se deliberar pela contratação de pessoa interposta (terceirização) para realizar operações de aplicação de recursos não poderia jamais suprimir, como num passe de mágica, a responsabilidade dos membros da diretoria-executiva designados pelo cumprimento do regramento estabelecido.

Nesse sentido, não seria descabido afirmar que a figura do dirigente das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC pode ser equiparada à do ‘garantidor’, aquele que tem o dever de evitar a prática da conduta ilícita, aquele a quem se impõe um dever de cuidado a fim de evitar que se coloque em perigo o patrimônio coletivo que congrega o conjunto dos recursos do plano.

Daí porque existe dispositivo expresso no Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121/2003, no sentido de equiparar as aplicações realizadas pela própria entidade, tal como se extrai do art. 12 do citado normativo, que se aplica ao caso (investimentos do segmento de renda fixa, como são os títulos públicos deste caso – e cabendo lembrar que há dispositivo semelhante, no art. 23, voltado, porém, aos de renda variável), e que prevê: ‘Art. 12. Equiparam-se às aplicações realizadas diretamente pelas entidades fechadas de previdência complementar aquelas efetuadas por meio de fundos de investimento ou de carteiras administrativas’.

Tal dispositivo, bem se pode observar, parecer traduzir algo elementar, diante do que acima se expôs, porque a fidúcia que é depositada nos dirigentes dos Fundos de Pensão pelos participantes para que aqueles (os dirigentes) administrem os recursos destes (os participantes) constitui uma confiança do tipo pessoal, não se imaginando que os dirigentes pudessem transferir a seu talante essa responsabilidade (a eles confiada por lei!) a terceiros estranhos ao Plano de Benefícios. A respeito desse dever fiduciário, aliás, são esclarecedoras as palavras de Flávio Martins Rodrigues, vazadas nos três seguintes trechos que pedimos vência para transcrever:

‘[...] a gestão dos fundos de pensão se faz com a participação dos patrocinadores e dos participantes nos colegiados superiores. Esses gestores, em realidade, exercem múnus fiduciário, pois administram patrimônio que não lhes pertence e do qual dependem milhões de trabalhadores e suas famílias.’ (...)]

Entendo assim, em conclusão deste tópico, que (1) o apontado dever fiduciário, ou mesmo (2) os deveres de *diligência e cuidado – impostos ao dirigente nos casos em que decida terceirizar ainda que em parte a gestão dos ativos – na escolha e também no acompanhamento, ainda que apenas razoável, do gestor terceirizado (deveres dos quais, força é observar, simplesmente, não se lhe é dado demitir-se, por se tratar de responsabilidade legalmente fixada, como demonstrado)*, ou mesmo, finalmente (3) diante da clara e expressa previsão veiculada no próprio art. 12 da Resolução MCN nº 3.121/2003, acima citado, são mais do que suficientes para afastar a alegação – que, nesse contexto, nos soa até pueril, *data máxima vênia* – de que as operações realizadas por meio dos Fundos de Investimentos Exclusivos estariam pura e simplesmente excluídas de qualquer responsabilidade dos dirigentes da entidade, não cabendo a alegação de ignorância dos fatos ou a eventual autonomia dos gestores de fundo. (grifo acrescentado)

Portanto, nesse processo decidiu-se que não se pode delegar a responsabilidade da administração do Fundo de Pensão, mas tão-somente a gestão, que deve ser acompanhada pelos dirigentes da entidade.

Todavia, esse entendimento não é pacífico, havendo o posicionamento que o terceiro que exerce o serviço de gestão da entidade fechada é que deve ser punido, com base no princípio da responsabilidade subjetiva.

Ainda sobre os requisitos do auto de infração, também deve ser considerada como parte integrante a prova dos fatos, referente à infração supostamente cometida pelo autuado, sob pena de nulidade do ato administrativo, embora não haja previsão desse requisito no Decreto nº 4.942/2003.

Não se deve admitir, onde impera o Estado Democrático de Direito, que o particular seja acusado de cometer uma infração e posteriormente seja severamente penalizado sem que tenha sido apresentada alguma prova, e mais, sem que tenha participado da produção desta prova.

Para Demian Guedes “o Estado democrático precisa ser, antes de tudo, um Estado que se explica: legitima-se através da exposição de suas razões e fundamentos à crítica dos cidadãos”.⁵¹

Dessa forma, quando o autuado for notificado para apresentar defesa, a prova da acusação deve encontrar-se no interior do processo administrativo (não bastando existir na repartição pública), para que o acusado possa exercer com plenitude seu direito de defesa.

Segundo o autor citado,

diante das disposições do ordenamento pátrio (CR, artd. 1º e 37) não é aceitável que os *fundamentos de fato* da atuação administrativa sejam conhecidos (apenas internamente, no plano de sua consciência) pelo agente público imbuído do dever de fiscalização, sem contar com uma exteriorização probatória objetiva.⁵²

Não basta ser público o processo, o autuado tem o direito de se manifestar antes de todas as decisões que serão tomadas no curso, inclusive anteriormente à lavratura do auto de infração. A respeito do direito ao contraditório, Leonardo Greco defende que:

o contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou da postergação da decisão.⁵³

Pode-se argumentar que o auto de infração não é uma decisão, que seria o equivalente a uma ação judicial. Ora, mesmo que se considere o auto de infração uma denúncia, por exemplo, não retira o direito do particular, que está sendo investigado, de participar da produção da prova, como ocorre no inquérito policial.

A presunção de veracidade dos atos administrativos não pode ter um caráter absoluto no Direito Administrativo Sancionador, tendo em

51 GUEDES, Demian. *A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe*. In: ARAGÃO, op. cit., p. 252

52 Idem, p. 253

53 GRECO, op. cit., p. 242

vista que num mesmo grau de relevância estão outras garantias que protegem o particular de sofrer uma acusação sem fundamento de fato.

Todavia, a posição majoritária da doutrina defende que a presunção de veracidade dos atos administrativos confere ao administrado o ônus da prova para invalidar o ato da Administração.⁵⁴

Compreende a doutrina que a presunção de veracidade decorre da auto-executoriedade dos atos administrativos. Ocorre que hoje se busca a democracia substantiva, que é a efetiva participação do administrado nas decisões da Administração Pública. Sendo assim, a auto-executoriedade não está em consonância com a atual concepção de Estado Democrático de Direito.⁵⁵

Além da questão do ônus da prova, que não deve recair somente para o acusado, também deve estar presente no processo administrativo a busca pela verdade material. De acordo com Demian Guedes “no âmbito do processo administrativo, o princípio da verdade material pode ser compreendido em oposição ao formalismo, que se satisfaz com a mera aparência de juridicidade. Assim, a verdade material atua na proteção do princípio da legitimidade [...]”⁵⁶

Enfim, além dos requisitos previstos no art. 4º do Decreto nº 4.942/2003, deve o ente público anexar ao auto de infração as provas que fundamentam a acusação.

5 JULGAMENTO E RECURSO

O Decreto nº 4.942/2003 deve ser aplicado em conformidade com a Lei nº 12.154/2009, a qual criou a PREVIC.

O art. 11 do Decreto dispõe que compete ao Secretário de Previdência Complementar julgar o auto de infração. Todavia, hoje é a Diretoria Colegiada que decide, em primeiro grau, sobre a conclusão dos

⁵⁴ GUEDES, op. cit., p. 28

⁵⁵ “O consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada à decisão pretendida, como instrumento democrático”. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58 e 59

⁵⁶ GUEDES, op. cit., p. 118

Relatórios Finais dos processos administrativos (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.154/2009).⁵⁷

Da decisão proferida pela Diretoria, cabe recurso com efeito suspensivo no prazo de 15 dias, contando o prazo a partir do recebimento da notificação e a interposição da data da postagem, sendo que a remessa por via postal deverá ser com aviso de recebimento.

Apesar de não estar previsto no Decreto nº 4.942/2003, a CRPC tem julgado os pedidos de revisão administrativa, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784/99. Todavia, existem alguns pressupostos de admissibilidade do pedido de revisão, vejamos:

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Conforme o exposto, para que seja admitido o pedido, é necessário que haja fatos novos ou circunstâncias relevantes que justifiquem a alteração da sanção.

No processo administrativo nº 44000.003189/2006-61, que tramitou na CRPC, não se conheceu do pedido de revisão administrativa, “dado que inexistente o seu pressuposto de cabimento consistente na existência de decisão sancionadora”.⁵⁸

57 Art. 2º, II, da Lei nº 12.154/2009: “Compete à PREVIC: apurar e julgar infrações e aplicar as penalidades cabíveis.”

58 Ementa: “Consulta recepcionada como Pedido de Revisão Administrativa - artigo 65 da Lei 9.784/99 - Inexistência de pressuposto de admissibilidade - Decisão a ser revista não corresponde a decisão com sanção para o administrado - Impossibilidade de julgamento do AI ante à extinção da comissão de Inquérito, competente para julgamento do AI, constituída a partir da decretação da liquidação extrajudicial da entidade, conforme decisão do CGPC - Nulidade da DN mantida - Aplicação do artigo 52 da Lei 9.784/99 - o processo deve ser extinto quando exaurida sua finalidade, ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente - Pedido de revisão não conhecido.” Decisão: Por unanimidade de votos, a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, não conheceu do pedido de revisão, determinando a extinção do processo. Ausente, justificadamente, o Membro Daniel Pulino, representante dos servidores federais de cargo efetivo.” Decisão de 09/11/2010, Relator Conselheiro Luiz Gonzaga Marinho Brandão. Disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2011.

Por sua vez, o art. 40 do Decreto nº 7.123/2010 previu o cabimento de embargos de declaração da decisão proferida pela CRPC.⁵⁹ O recurso deverá ser dirigido ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias úteis, contados da publicação da decisão no Diário Oficial da União. O Decreto mencionado admite os efeitos infringentes dos embargos de declaração, em casos excepcionais, porém não elencou as hipóteses.

Apesar desse recurso ter sido introduzido somente com o advento do Decreto nº 7.123/2010, a CRPC entende que mesmo antes da vigência desse normativo, já poderiam ser admitidos os embargos declaratórios, tendo em vista o princípio da ampla defesa.⁶⁰

De acordo com Egon Bockmann Moreira, o processo administrativo moderno não comporta uma visão burocrática do mesmo, devendo o princípio do contraditório ser efetivamente implementado, de maneira que o particular participe e colabore na atuação do Estado.⁶¹

No que se refere à exigência de depósito prévio para a interposição do recurso (art. 14 do Decreto nº 4.942/2003⁶²), trata-se de norma inconstitucional, vez que o STF consignou na Súmula Vinculante nº 21 que é “inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”. Por sua vez, a CRPC vem acolhendo a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.⁶³

59 “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”.

60 Processo Administrativo nº 44000.000202/2008-92, Relatora Cons. Maria Batista da Silva. Decisão de 01/12/2010. Ementa: “Recurso de ofício. Nulidade da atuação. Insuficiência da descrição dos fatos imputados ao atuado. Impossibilidade de pleno conhecimento da situação em concreto. Prejuízo da análise do mérito. Inviabilidade do contraditório e da ampla defesa do administrado.” Decisão: Por unanimidade, a CRPC conheceu do recurso de ofício e, no mérito, negou-lhe provimento. Ausente, justificadamente, o representante dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios de entidades fechadas de previdência complementar.”

61 MOREIRA, op. cit., p. 312 e 313. “É dever do Estado colaborar, mesmo *ex officio*, na interação do administrado no processo. Além de outorgar lapsos temporais adequados para a manifestação das pessoas privadas, devem ser esclarecidas as razões de tais atos e as alternativas que deles derivam”. Cf. *Idem*, p. 319 e 320.

62 “Art. 14. O recurso voluntário, na hipótese de penalidade de multa, somente será conhecido se for comprovado pelo recorrente, no ato de interposição do recurso, o depósito antecipado de trinta por cento do valor da multa aplicada”.

63 Processo administrativo nº 44000.000847/2007-44, Relatora Cons. Lygia Maria Avena, Decisão de 18/08/2010, disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2011.

Além do recurso voluntário, o Decreto n 4.942/2003 prevê o recurso de ofício da decisão que anular ou cancelar o auto de infração, bem como se a decisão for reconsiderada pela Diretoria Colegiada (art. 16).

6 DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Com o advento do Decreto n° 7.123/2010, passou ser da Diretoria Colegiada da PREVIC a faculdade de reconsiderar a decisão de última instância da autarquia. Prevê, ainda, que na hipótese de ausência de manifestação expressa no prazo de cinco dias, “entender-se-á que sua decisão está mantida por seus próprios fundamentos” (art. 27, § 1º).

Alguns recursos foram interpostos depois de revogada a norma prevista no art. 13, §3º do Decreto n° 4.942/2003, a qual previa que “é facultado ao Secretário de Previdência Complementar reconsiderar motivadamente sua decisão, no prazo de quinze dias, contado do recebimento do recurso”, porém, no período anterior à publicação do Decreto n° 7.123/2010.

Nesses casos, a Diretoria Colegiada decidiu com base no art. 27, §1º do Decreto n° 7.123/2010, isto é, manteve a decisão da PREVIC pelos próprios fundamentos, sem fundamentar expressamente as razões de direito e de fato da decisão. Todavia, alguns recorrentes se sentiram prejudicados com essa medida, alegando que o processo deveria retornar à Diretoria Colegiada para que fosse decidido expressa e fundamentadamente os motivos que não levaram a reconsiderar a decisão.

No julgamento do recurso no processo n° 44000.003033/2007-6164, a CRPC, por maioria, negou o pedido de retorno dos autos à

64 - Ementa: “Cerceamento de defesa - Art. 22, §2º do Decreto n° 4942/03 - Pedido de reconsideração não analisado - Compra de títulos NTN-B por preços superiores aos praticados pelo mercado. Ausência de apresentação de qualquer pesquisa de mercado ou estudo técnico prévios, a justificar as aquisições nos parâmetros em que foram efetuadas. Inadequada aplicação dos recursos por falta de atenção às regras de liquidez, prudência, segurança e rentabilidade que perpassam as diretrizes fixadas pelo Conselho Monetário Nacional. Impossibilidade legal de delegação da responsabilidade dos administradores. Princípio da individualização da sanção - Pena de inabilitação - Ofensa ao princípio da proporcionalidade - Portaria SPC 1016/07. Recurso voluntário parcialmente provido.”

Decisão: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC conheceu do recurso. Por maioria, a CRPC afastou a preliminar quanto à devolução dos autos à Superintendência Nacional de Previdência Complementar, vencido os votos dos Membros Antonio Bráulio de Carvalho e Lygia Maria Avena, que votaram pela devolução dos autos. Por unanimidade de votos, a CRPC afastou as preliminares de cerceamento de defesa e de nulidade do auto de infração. Por maioria de votos, a CRPC, no mérito, acolheu parcialmente o recurso, aplicando a pena de multa pecuniária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) com atualização monetária conforme decidido pelo

PREVIC, tendo em vista que 1) a Diretoria Colegiada reiterou os motivos da decisão, sendo suficiente para fundamentar a não reconsideração; 2) a norma de caráter instrumental se aplica imediatamente e 3) o pleito dos recorrentes esbarra nos princípios da eficiência e da economia processual.

7 CONCLUSÃO

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC, órgão recursal colegiado e integrante do Ministério da Previdência Social - MPS, foi instituída com o propósito de permitir um trabalho racional e ao mesmo tempo democrático nos processos administrativos sancionadores em trâmite na Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC. Consequentemente, a CRPC vem satisfazer o princípio da revisibilidade, que é o direito do administrado recorrer da decisão desfavorável.

Embora, antes da criação da CRPC já atuasse o Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC, este órgão exercia dupla função, pois era responsável tanto pela regulação das atividades das entidades fechadas de previdência complementar, quanto pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da Superintendência de Previdência Complementar - SPC, no que dizia respeito às penalidades administrativas, o que não primava pelo princípio da eficiência.

A instituição do Estado Democrático de Direito pela Constituição da República de 1988 possibilitou a criação de um sistema de previdência complementar fechada orientada pelo princípio democrático. Um exemplo desse feito, é a composição mista da CRPC, que deve abranger os representantes de diferentes segmentos, tanto do Governo, quanto das entidades fechadas, dos participantes e das patrocinadoras.

Logo, é evidente que a CRPC foi criada para atender o princípio democrático de uma maneira mais eficiente, devendo garantir a observância do devido processo para que sejam tomadas decisões justas. A violação das garantias fundamentais no processo administrativo, como o contraditório efetivo e a ampla defesa, é uma forma de não cumprir os valores democráticos, posto que acusa o particular de uma conduta irregular, de forma arbitrária.

Secretário de Previdência Complementar, vencido o voto do Membro Daniel Pulino que votava no sentido de negar provimento ao recurso”, julgamento em 28/02/2011, DOU 15/03/2011.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, Disponível em: <www.agu.gov.br>.

Acesso em: 08 dez.2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de; NETO, Floriano de Azevedo Marques (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Thiago; SANTOS, Daniel Aisengart. *Termo de Ajustamento de Conduta – TAC e aplicação às EFPC*. Disponível em: <www.bocater.com.br>. Acesso em: 08 dez. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Temas de direito constitucional*. Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Disponível em: <www.cni.org.br>. Acesso em: 25 nov. 2011.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*, 209, jul./set. 1997.

GÓES, Wagner (coord.). *Gestão de Fundos de Pensão: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar – ABRAPP, 2006.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 03 abril 2013.

GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, n. 219, jan./mar. 2000.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Rafael Munhoz de. Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*, n. 227, jan./mar. 2002.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 21 set. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei nº 9.784/1999*. 4. ed. Malheiros, 2010.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Discricionariedade Administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas. *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, maio/ago. 2010.

RODRIGUES, Flávio Martins. *A Previdência Complementar Fechada: alguns elementos estruturadores, a contratualidade de suas relações, a independência patrimonial dos planos de benefício e a competência governamental para sua fiscalização*. Disponível em: <www.bocater.com.br>. Acesso em: 21 set. 2011.

PULINO, Daniel. *Previdência Complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas Entidades Fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TANURE, Fabrício Duarte. *A responsabilidade administrativa no mercado de valores mobiliários brasileiro*. Rio de Janeiro: Instituto de Economia - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 2005 (Monografia do curso de pós-graduação em Regulação do Mercado de Capitais). Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Fabricio_Duarte_Tanure.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.