



PROCESSO: MPS 44190.000002/2010-64

RECORRENTE: Superintendência Nacional de Previdência Complementar PREVIC, sucessora da Secretaria de Previdência Complementar.

RECORRIDOS: JOÃO APARECIDO DE LIMA, EXPEDITO LUZ, OSVALDO BURGOS SCHIRMER e GERALDO TOFFANELLO

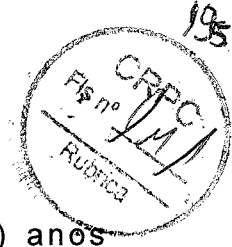
RELATORA: Maria Batista da Silva

RELATÓRIO

Trata-se de recurso DE OFÍCIO, em face da Decisão n. 23 /2011/DICOL/ PREVIC, prolatada em 24 de maio de 2011, que por unanimidade aprovou o Relatório Final nº 23/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 20 de maio de 2011, julgando improcedente o Auto de Infração n.º 10/10-64, lavrado em 10 de dezembro de 2010, quando constatado em fiscalização, que a GERDAU – Sociedade de Previdência Privada teria infringido o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, c/c o artigo 26, inciso I, “c” do Regulamento anexo à Res. CMN nº 3121, de 25/09/2003, e art. 64 do Dec. nº 4.942, de 30/12/2003, a saber:

De acordo com os fatos apresentados no Relatório do Auto de infração, em fiscalização realizada na GUERDAU, foi constatado que a entidade aplicou mais de 5% dos recursos garantidores dos planos de benefícios, em ações de uma mesma companhia, a Metalúrgica Gerdau S/A, no período de 31/03/2004 a 29/04/2005; 30/09/2005 e 30/11/2005 a 30/04/2007

Notificados os autuados apresentaram, tempestivamente, defesa em conjunto (fls. 30/133), em 29.12.2010, alegando em síntese, i) que houve a prescrição intercorrente, visto que a fiscalização iniciou com o Ofício nº 689/SPC/DEFIS/CGFD, de



20/03/2007, e o AI só foi lavrado em 10/12/2010, 03 (três) anos depois;

ii) Que o AI foi fundamentado na Res. CMN nº 3121/2003, norma já revogada; Que não houve individualização das condutas, havendo imprecisão na definição do rol de autuados, uma vez que a autoridade autuante “se limitou em proferir que a Diretoria Executiva é o órgão de Administração geral da sociedade, razão pela qual a citada autoridade fiscal entende que todos os diretores são responsáveis pela infração;

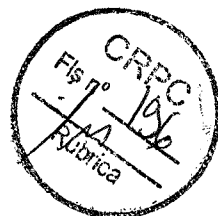
iii) Quanto ao limite de 5% em ações de uma mesma companhia, que a extrapolação se deveu a desenquadramento passivo, e independeu da vontade dos gestores; os quais tentaram vender as ações, mas que em face da valorização das mesmas, não teria sido possível, todavia, a situação teria sido regularizada. Registram que a Resolução CMN 3.792/2009 prevê prazo de 720 dias para aqueles que tiveram desenquadramento passivo se enquadrarem, exceto no casos em que o montante financeiro do desenquadramento seja inferior ao superávit acumulado do respectivo plano de benefícios. Nestes caso não há infração.

Solicitam a aplicação do disposto no § 2º do artigo 22 do Dec. nº 4942/2003, uma vez que presentes os requisitos ali exigidos, tais como inexistência de prejuízo aos participantes, à entidade ou aos planos de benefícios, bem como a ausência de agravantes previstas no artigo 23 do citado decreto.

Concluída a fase instrutória, os autuados apresentaram em 20/5/2011, alegações finais, as quais repisam os argumentos da defesa.

Em 20/05/2011 foi emitido o Relatório Final nº 23/2011, no qual reconhecem que o limite de 5º antes disciplinado pelo art. 26, inciso I, alínea c, do Regulamento anexo à Resolução nº 3.121/2003, atualmente não é mais exigido pela legislação vigente, razão porque propõe sejam afastadas as preliminares e no mérito, julgado improcedente o Auto de infração, com base na retroatividade da lei mais benéfica, nos termos do Parecer nº 67/2011/CGCJ/PREVIC, de 11/05/2011.

Na 60ª Sessão Ordinária da DICOL o relatório Final nº 23/2011 foi colocado em votação e aprovado por unanimidade, e resultou na Decisão nº 23/ 2011/DICOL/PREVIC.



Os autuados foram notificados da decisão retro citada, e os autos vieram para apreciação desta Câmara, sendo a mim distribuídos por sorteio.

É o relatório.

Brasília,


Maria Batista da Silva



PROCESSO: MPS 44190.000002/2010-64

RECORRENTE: Superintendência Nacional de Previdência Complementar PREVIC, sucessora da Secretaria de Previdência Complementar.

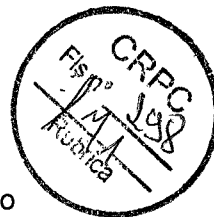
RECORRIDOS: JOÃO APARECIDO DE LIMA, EXPEDITO LUZ, OSVALDO BURGOS SCHIRMER e GERALDO TOFFANELLO

RELATORA: Maria Batista da Silva

V O T O

EMENTA: Inaplicabilidade da teoria da retroatividade da lei mais benéfica, em face da temporariedade das normas que disciplinam a aplicação dos recursos das entidades de previdência privada fechada, bem como ao princípio constitucional da irretroatividade da lei para afetar ato jurídico perfeito, art. 5.º inciso XXXVI da CF/88, no caso concreto, Auto de Infração legalmente lavrado. Recurso de Ofício Provido.

Em pauta recurso DE OFÍCIO, em face da Decisão n. 23 /2011/DICOL/ PREVIC, prolatada em 24 de maio de 2011, que por unanimidade aprovou o Relatório Final nº 23/2011/CGDC/DICOL/PREVIC, de 20 de maio de 2011, julgando improcedente o Auto de Infração n.º 10/10-64, lavrado em 10 de dezembro de 2010, quando constatado em fiscalização, que a



GERDAU – Sociedade de Previdência Privada teria infringido o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, c/c o artigo 26, inciso I, “c” do Regulamento anexo à Res. CMN nº 3121, de 25/09/2003, e art. 64 do Dec. nº 4.942, de 30/12/2003, quando aplicaram mais de 5% dos recursos garantidores dos planos de benefícios, em ações de uma mesma companhia, a Metalúrgica Gerdau S/A, no período de 31/03/2004 a 29/04/2005; 30/09/2005 e 30/11/2005 a 30/04/2007.

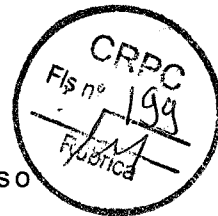
Preliminarmente deve-se afastar a argüição de prescrição, haja vista que a prescrição intercorrente só ocorre quando o processo administrativo fica paralisado por mais de 03 anos pendente de julgamento ou despacho. Ocorre que o processo administrativo se inicia como ao Auto de Infração.

O Relatório Final, supra citado, adotou o entendimento de que o limite de 5% não era mais exigido pela Res. CMN 3792/2009, de 24.09.2009, legislação vigente à época da lavratura do AI, cabendo, portanto, a aplicação da teoria da retroatividade da lei mais benéfica.

Todavia, com o devido respeito aos entendimentos divergentes, os quais visam a possibilidade de admitir o efeito retroativo da norma em questão, peço vênias para expressar meu entendimento acerca da matéria, com base nos fundamentos que passo a expor:

Preliminarmente, registro que a questão no âmbito da doutrina não é pacífica, existindo dúvida quanto à efetiva aplicação do princípio da retroatividade benigna no âmbito do direito administrativo.

Fato é que existem grandes diferenças entre os princípios do direito penal e o do direito administrativo sancionador, inexistindo, na minha visão, a possibilidade de aplicação direta e automática.



Em verdade, o próprio *ius puniendi* do direito penal é diverso daquele do direito administrativo: enquanto o direito administrativo sancionador, com o qual trabalhamos, busca principalmente regular o regime de previdência complementar, sem representar nenhuma ameaça à liberdade dos acusados, o direito penal busca, em regra, regulamentar as condutas da sociedade mediante à específica ameaça de cerceamento à liberdade dos cidadãos, bem da vida dos mais relevantes, justificando-se a previsão constitucional da retroatividade penal, que se restringe, *ipsis literis* à aplicação da lei penal:

Constituição Federal

Art. 5º. XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu

Mesmo no direito penal, não há obrigatoriedade de retroatividade benéfica, pois o princípio reinante é o da irretroatividade de agravamento, ou seja, da impossibilidade de retroatividade maligna.

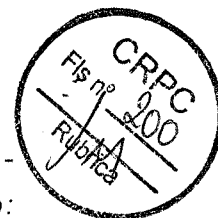
No que tange ao posicionamento dos tribunais pátrios sobre a questão, partilho o entendimento que constou de julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que bem enfrentou a questão da retroatividade benigna no âmbito do direito administrativo, concluindo pela sua impossibilidade, nos seguintes termos:

"Cabe inicialmente discorrer sobre a alegada retroatividade da lei mais benéfica, que por certo, não se aplica ao caso sob os nossos cuidados, uma vez que não estamos a tratar de penalidade afeta ao direito penal, mas sim de multa aplicada em razão de infração administrativa e, como dizem os nossos tribunais:

"CIVIL. ADMINISTRATIVO. LEI. RETROATIVIDADE.

1. A LEI DISCIPLINA E REGE SITUAÇÕES FUTURAS, NÃO AGASALHANDO O SISTEMA JURÍDICO O PRINCÍPIO DE SUA RETROPROJEÇÃO, SALVO QUANDO EXPRESSAMENTE PREVISTO E DETERMINADO.

2. RECURSO CONHECIDO"



STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 151061 PE 1997/0072006-3 -
Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES - Julgamento:
10/12/1997 Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA

"RMS - ADMINISTRATIVO - LEI NO TEMPO - RETROATIVIDADE. A sucessão de leis no tempo, cuja regra fundamental é a - não retroatividade - no plano civil e administrativo, no que difere, em parte, do Direito Penal que consagra a incondicional retroatividade benéfica. Com isso, respeitam-se os direitos adquiridos, ou seja, situações jurídicas formadas antes da lei posterior".

STJ - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA:
RMS 10471 CE 1998/0098498-4 - Relator(a): Ministro LUIZ
VICENTE CERNICCHIARO - Julgamento: 29/06/1999 Órgão
Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Publicação: DJ 16.08.1999 p. 116.

*"PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE
SEGURANÇA - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA - DESPACHANTE
ADUANEIRO - LEGISLAÇÃO POSTERIOR MAIS BENÉFICA -
RETROATIVIDADE - IMPOSSIBILIDADE.*

1. Em sede de infração administrativa, não há retroatividade da legislação posterior mais favorável ao agente, afastando-se, assim, do tratamento dispensado à norma penal.

2. Não incide ao caso o Decreto 646/92, com maior razão, por se configurar a decisão no processo administrativo ato jurídico perfeito, preservado da retroatividade por força da Constituição Federal e da Lei de Introdução ao Código Civil.

TRF3 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 167611: AMS
79537 SP 95.03.079537-0 - Relator(a): Desembargador Federal
MAIRAN MAIA - Julgamento: 26/04/2006 -
Publicação: DJU DATA:23/05/2006 PÁGINA: 253".

**(Apelação Cível nº. 2001.03.99.0188670-9, Rel. Des. Márcio
Morais)**

Com respeito à natureza temporária dessas normas, vale registrar que de 1978 até hoje, as mesmas foram alteradas 15 (quinze vezes), como demonstra a relação a seguir: Nº 460, de Fev/1978 ; Nº 729, de Mar/1982 ; Nº 794, de Jan/1983 ; Nº 964, de Mar/1984 ; Nº 1.025, de Jun/1985 ; Nº 1.148, de Ago/1986 ; Nº 1.362, de Jul/1987 ; Nº 1.612, de Jun/1989; Nº 2.038, de Dez/1993



; N° 2.109, de Set/1994; N° 2.324, de Out/1996; N° 2.720, de Abr/2000; N° 2.829, Mar/2001; 3.121, Set/2003 e N° 3.792, de 2009.

Essas alterações resultam da discussão entre os fundos de pensão, o órgão regulador e fiscalizador e o próprio CMN, sempre em razão da análise dos resultados obtidos na vigência da norma anterior, bem como para permitir a inclusão de algum produto surgido no mercado, ou mesmo proibir a utilização de outro(s) produto que não possua os requisitos de segurança, liquidez, solvência e rentabilidade.

A propósito, em se tratando de mercado financeiro e de capitais, sujeitos às oscilações oriundas das mudanças no cenário econômico mundial, em perigo estaria o patrimônio dos participantes se não houvesse a flexibilidade de alterações, ou seja, se a resolução tivesse prazo de vigência.

Certas normas, como as Resoluções da CMN em matéria de investimentos das EFPC, em face das circunstâncias política, social e especialmente econômica nas quais foram inseridas, continuam vigorando mesmo com o advento de eventual norma mais benéfica; ou seja, fica determinada sua ultratividade. No caso específico, o objetivo de tal construção é garantir que seja possível, por exemplo, que políticas de investimentos baseadas nos critérios mínimos de segurança estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional sejam efetivamente aplicadas.

Assim, entendo que as normas regulatórias atinentes ao sistema financeiro são excepcionais por sua própria natureza, uma vez que as condições econômicas são dinâmicas e é com base nestas que o poder regulamentar deve ser exercido. A retroatividade da norma mais benéfica tornaria ineficaz qualquer tentativa de regulação das atividades de investimento dos recursos dos Planos de Benefícios das EFPC, em flagrante violação ao princípio da eficiência gravado no art. 37 da Constituição da República.



Aliás, registre que esse entendimento (de impossibilidade de retroação benigna em matérias regulatórias atinentes ao sistema financeiro) é o consolidado no âmbito do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional – CRSFN, que julga as infrações de competência do Banco Central do Brasil, que também utiliza a SBR – Supervisão Baseada em Risco como sistemática de fiscalização, devidamente amparado em Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN, sendo possível citar exemplificativamente os seguintes julgados: Recurso 9488-MI, Recurso 13247-MI, Recurso 12925-MI e Recurso 12145-MI.

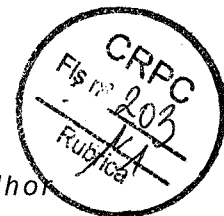
Por isso, adoto o entendimento esposado na Nota Técnica nº 87/2009/SPC/DELEG, que ao contrário do Parecer nº 67/2011/CGCJ/PREVIC, conclui que a temporariedade das Resoluções que regulamentam a aplicação dos recursos garantidores das reservas, provisões e fundos das entidades fechadas de previdência complementar, impedem a aplicação da teoria da retroatividade da lei mais benéfica.

Além disso, convém registrar que o inciso XIII, do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99, in fine, que regula o processo administrativo no âmbito federal, veda a aplicação de interpretação retroativa de nova interpretação da norma administrativa, que deve ocorrer da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige e, no caso em questão, o fim público colimado, além da segurança jurídica, (respeito à norma vigente há época do fato), é a defesa dos direitos dos participantes; ou seja, que as regras que disciplinam a aplicação do seu patrimônio sejam respeitadas:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

(...)

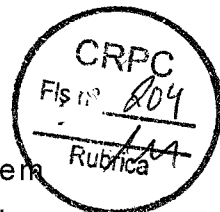


XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” Grifo nosso

Ademais, possíveis inconsistências do ponto de vista isonômico podem decorrer de uma situação da espécie pleiteada pela Recorrente, pois as Entidades Fechadas de Previdência Complementar que cumpriram as normas do CMN corretamente, por vezes com algum sacrifício, se veriam em pior situação que os atuados que descumpriram o normativo e foram beneficiados pela retroatividade benigna.

Convém questionar o seguinte: Qual o tratamento dado àqueles que atuados, foram condenados e recolheram as multas ou sofreram inabilitações? Concebendo-se que a norma em comento possa retroagir para beneficiar aqueles que cometeram infração sob a vigência da norma pretérita e, ainda não foram penalizados, estar-se-ia usando de medidas diferentes para pesos iguais, posto que aqueles que, no mesmo período, sujeitos à mesma cominação, praticaram infração e cumpriram a obrigação punitiva decorrente, não receberiam semelhante tratamento já que, uma vez cumprida a pena, jamais poderia ser afetado pela retroação normativa que se pretende aplicar.

Em respeito ao princípio constitucional da igualdade - tratamento isonômico - entendo que a Administração Pública não pode, sem justo motivo, discriminar situações, anistiando infratores com autuações pendentes e nada dizer sobre aqueles que pagaram as multas ou foram inabilitados. Enfim, à luz do que preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88, a norma deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais e, na hipótese, a solução garantidora da estabilidade jurídica converge no sentido de que a Res, CMN 3.792/2009 não deve retroagir seus efeitos para atingir **ato jurídico perfeito**, assim entendido os Autos de Infração lavrados por infrações ocorridas antes da sua edição.



Diante de todo exposto, entendo inaplicável ao caso em apreço os efeitos da lei mais benéfica, face à temporariedade das normas que disciplinam a aplicação dos recursos das entidades de previdência privada fechada, bem como ao princípio constitucional da irretroatividade da lei para afetar ato jurídico perfeito, art. 5.º inciso XXXVI da CF/88.

Registre-se, por fim, que esta CRPC já apreciou a questão da retroatividade de norma mais benigna, tendo prevalecido o entendimento da sua inaplicabilidade, no processo nº 44.170.00003/2010-47, da entidade SERPROS, por 05 votos vencedores, dos conselheiros Luiz Brandão, Daniel Pulino, Maria Batista, Alfredo Wondracek e do presidente Paulo Cesar; vencidos os votos do conselheiro Itamar Russo e do conselheiro Luiz Ricardo Martins, em recente sessão de 07/12/2011.

Assim, conheço e dou provimento ao recurso de ofício, para manter o Auto de Infração.

É como voto.

Brasília, 23 de maio de 2012



Maria Batista da Silva

AUTOS Nº: 44190.000002/2010-64



RECURSO DE OFÍCIO

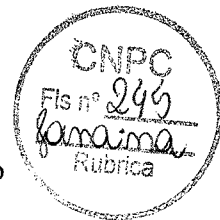
RECORRENTE: Superintendente Nacional de Previdência Complementar – Previc

RECORRIDOS: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello.

ENTIDADE: GERDAU – Sociedade de Previdência Privada

VOTO-VISTA

1. Trata-se de recurso de ofício no qual foi aplicado ao caso em exame o princípio da retroatividade da norma benéfica em virtude de superveniência de regra mais favorável que fixa limites de investimentos à EFPC.
2. Com a máxima devida vênica e com profundo respeito ao posicionamento da insigne relatora e os demais colegas que acompanham a posição externada em seu voto, ousou discordar das argumentações apresentadas, ofertando por conseguinte minhas razões.
3. Estamos diante de um caso paradigma no regime de previdência complementar. No caso que ora se põe a exame desta Câmara julgadora encontra-se a avaliação de princípios constitucionais que desde logo se afirma: não se contrapõem, mas que ao revés, deve haver a ponderação quanto à aplicação de um, em detrimento de outro, no caso concreto. Deste modo, a questão que ora se apresenta é: o direito fundamental do atuado no processo sancionador de não responder por infração que não mais existe no atual ordenamento jurídico (retroatividade benéfica) em contraposição à efetividade das normas punitivas estatais.
4. Na análise da confrontação de princípios que traduzem o interesse estatal punitivo e a garantia individual do cidadão, devem os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade tomar assento na discussão em tela, para ao final



traduzir-se em uma decisão consentânea com os objetivos de um moderno e efetivo processo administrativo sancionador.

5. A meu sentir, o âmago da questão em discussão neste colegiado julgador diz respeito a ponderação de valores, não se restringindo a simples conflito de normas. No caso em que princípios são convergentes, a doutrina¹ leciona que um destes:

“[...] tem que ceder ante o outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que no princípio afastado tenha que se introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede, mais exatamente, é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. É isto o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras resolvem-se na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão do peso”.

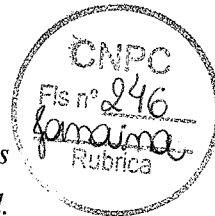
6. A questão que ora se põe à análise, aplicação da retroatividade benéfica no direito sancionador administrativo realmente não encontra posição pacífica e consolidada na doutrina ou jurisprudência. Ao contrário temos manifestações para ambas as correntes, o que não retira sua aplicabilidade e nem tão pouco desfavorece sua imposição. Neste sentido, favorável a aplicação da retroatividade benéfica, leciona o professor Fábio Medina Osório²:

“(...) Ao prever a retroatividade das normas favoráveis, o legislador estaria apenas registrando um valor imanente à ordem constitucional, contemplando instituto que abriga valores universais ligados ao Direito Punitivo. É um reforço explícito a um conjunto de valores abrigados na Constituição e no devido processo legal. Por isso, não há a menor dúvida de que tal previsão encontra suporte constitucional. Se o legislador veda a retroatividade, há que se analisar, desde logo, se a proibição possui sentido e funcionalidade justificáveis no Estado Democrático de Direito.”

7. No âmbito dos tribunais a questão também recebe posicionamentos favoráveis à retroatividade, senão vejamos:

¹ ALEXY, Robert *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 33.

² OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 4ª Ed. rev. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 279.



Apelação cível. Embargos do devedor. Multa por infração fiscal. Lei nova mais benéfica. Retroatividade. Sucumbência parcial. Ônus. Distribuição proporcional. Recurso parcialmente provido. 1. A lei nova mais benéfica que estabeleça pena mais branda para infração administrativa tem aplicação retroativa por analogia com o Direito Penal. 2. Ainda que a infração tenha ocorrido na vigência da Lei estadual nº 10.561, de 1991, aplica-se o disposto na Lei estadual nº 14.309, de 2002, que prevê para o mesmo fato penalidade mais branda. 3. Em caso de sucumbência recíproca, os respectivos ônus devem ser proporcionalmente repartidos. Se incorreta a repartição, deve ser feito o acertamento. 4. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. (Apelação Cível 1.0411.04.011205-3/001, Rel. Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 09/08/2005, publicação da súmula em 26/08/2005).

ADMINISTRATIVO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – PENALIDADE ALTERADA POR LEI POSTERIOR DURANTE O CUMPRIMENTO DA RESTRIÇÃO DE DIREITOS – RETROATIVIDADE DE LEI MAIS BENÉFICA – Se durante o cumprimento de penalidade decorrente de infração de trânsito sobrevem lei atenuando a gravidade do ilícito administrativo e minorando a sanção imposta, impõe-se a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu (CF, art. 5º, § 1º). TJ-SC- Apelação Cível em Mandado de Segurança número 2007.019676-6.

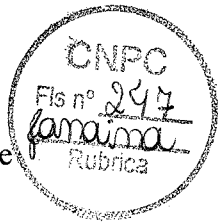
8. Note-se que no julgado acima se trata de infração de trânsito, cujo caráter de norma de perigo abstrato guarda similitude ao contexto das infrações em face de descumprimento dos limites de investimentos impostos pela Resolução do Conselho Monetário Nacional.

9. Ademais, a aplicação do princípio da retroatividade benéfica não se circunscreve ao processo sancionador no regime de previdência complementar, havendo decisões administrativas de instâncias julgadoras de autarquias reguladoras como o Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor – CADE³, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL⁴, dentre outras, que aplicam o princípio em tela.

10. Em suma, novamente se revela que o tema da aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica é muito mais um sopesamento de valores no caso em questão. Do fato em concreto relatado no processo, ponderou-se que o autuado, em

³ Processo nº 08012.006713/97-92

⁴ Processo nº 48500.002264/2010-73



face das questões concretas verificadas no processo, não deveria ser punido em face de infração não mais existente no ordenamento.

11. Vale ressaltar que o princípio da retroatividade benéfica não se caracteriza como exclusividade do direito penal, tendo em vista que num Estado Democrático de Direito devemos levar em consideração o direito punitivo estatal como gênero, desdobrando-se em ramos específicos tais como o direito penal e o direito administrativo sancionador. Amparado novamente nas lições de Medina⁵, este prescreve:

“Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal.

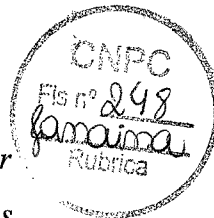
Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia.”

12. Portanto, pode-se até argumentar que existam diferenças entre os ramos do direito acima aventados, todavia, em sua essência, o objetivo do princípio da retroatividade benéfica não guarda diferenças que possam acarretar a inviabilidade de sua aplicação na seara administrativa.

13. No que tange à questão da natureza temporária e excepcional das normas expedidas pelo CMN no tocante a limite de investimentos pelas EFPC, também peço vênia para discordar do voto apresentado.

14. As alterações da norma fundadas na evolução do mercado de capitais e financeiro não podem, por si só, caracterizar a norma como temporária e excepcional.

⁵ Op. Cit. p. 277.



Nos dizeres da doutrina⁶: *“leis excepcionais e temporárias são leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias”*.

15. Em que pese a salutar comparação do número de vezes que a norma foi alterada em determinado período de tempo, tal argumentação não considero apta a fornecer o caráter de temporário e excepcional à norma do CMN. A legislação como um todo é dinâmica e várias são as normas que sofreram a mesma quantidade de alterações, valendo citar, por exemplo, a própria Constituição Federal. Mutações normativas não geram o caráter temporário e excepcional da norma.

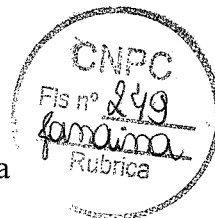
16. Ainda mais, o argumento de que a aplicação do princípio da retroatividade tornaria ineficaz qualquer tentativa de regulação das atividades de investimentos por EFPC, a meu ver, ressepte-se de premissas firmes. Para se admitir essa suposta ineficácia, seria necessário admitir antecipada e apressadamente que toda norma sobre investimentos viria a sofrer, no futuro, um ajuste para beneficiar situações de afronta à norma presente, o que é mero juízo probabilístico e, somente nessa condição (juízo de probabilidade), realmente oferece condições de respaldar o entendimento de que a norma seria ineficaz

17. Cumpre reconhecer que o aspecto dinâmico da ciência econômica é sim relevante para determinar, por exemplo, que as normas específicas desse segmento podem ser, em boa parte, delegadas pelo legislador ordinário ao CMN, autoridade monetária nacional (dando a flexibilidade para alteração normativa, diante de alterações econômicas bruscas). Contudo, não necessariamente esse dinamismo da economia induz à temporariedade das normas que tratam, por exemplo, sobre investimentos de EFPC.

18. Igualmente, grande parte das alterações ocorridas na norma do CMN não se traduziu em mudanças nos limites ou alterações substanciais a dar-lhe um caráter de temporariedade e excepcionalidade. A caracterização de “temporária” na norma que estipula limite de investimentos para não aplicação do princípio da retroatividade benéfica, a meu sentir, não se sustenta por si só.

19. No que se refere ao inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99 aqui não estamos tratando de aplicação retroativa de nova interpretação da norma administrativa. Em resposta à Controladoria-Geral da União – CGU, a Procuradoria

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume 1.3. ed. SÃO Paulo: Saraiva, 2003.



Federal junto à Previc assim se manifestou no que respeita à edição de súmula pela autarquia:

*Neste sentido, a manifestação jurídica favorável à edição de enunciado de súmula, exarada por órgão jurídico da PGF e acolhido pela Diretoria Colegiada da autarquia, **tem o cunho de inaugurar o entendimento esposado**, aplicável no âmbito da autarquia com fulcro no poder hierárquico, e **não se contrapor a argumento anterior exarado por outro órgão que não a autarquia em tela**.*

20. No que concerne à comparação de situações em julgamento com aquelas já julgadas, isto é, autuados ainda com decisão pendente de julgamento, com autuados que tenham cumprido a pena (sem a aplicação da retroatividade benéfica) sob a condição de que julgamentos distintos ofenderiam o princípio da isonomia induz ao entendimento equivocado de que tudo no direito teria aplicação totalmente uniforme. Cumpre trazer esclarecimentos a esse respeito.

21. No plano teórico, o direito busca a que todos os casos fáticos iguais devam ser tratados do mesmo modo, considerando a concepção clássica de igualdade. Contudo, essa ideia convive com a própria dinâmica do direito (social, econômica, política), que evolui constantemente, fazendo com que, no plano prático, situações de desajuste às regras então vigentes convivam com a alteração futura da respectiva disciplina legal.

22. Transportando essa condição para situações de processos típicos de regimes disciplinares como o ora em debate, que são julgados conforme as possibilidades de cada órgão competente e conforme as peculiaridades de cada caso tornar-se-ia ainda mais difícil considerar essa mesma possibilidade de julgamento totalmente isonômico, uma vez que cada processo tem seu tempo próprio e resulta de ações administrativas realizadas em momentos distintos, possivelmente ultrapassando a vigência de determinada regra legal.

23. Na realidade, a prevalecer esse raciocínio de que a aplicação da retroatividade benéfica pode gerar situações desiguais, seria jogar por terra o próprio princípio da retroatividade (que possui sua validade na Constituição), pois sempre haverá casos passados que tenham tido tratamento diferente (antes da edição da nova lei), em qualquer campo onde o princípio seja aplicável. Exemplo claro trata-se da aplicação da retroatividade benéfica no caso das despesas administrativas. E aqueles que foram autuados, recolheram as multas ou foram inabilitados em face da infração de extrapolação dos limites da despesa administrativa? Verifica-se desta forma que o caso



não se traduz em lógica cartesiana, tendo em vista que o mesmo ponto de vista pode ser utilizado de forma transversa.

24. Por fim, mas não menos importante, resta ainda algumas breves considerações acerca do ato jurídico perfeito para fins de oponibilidade à aplicação da retroatividade benéfica.

25. A lavratura do auto de infração no processo sancionador do regime de previdência complementar apenas inaugura o procedimento administrativo, não se caracterizando como ato jurídico perfeito. Tal ato jurídico somente se tornará “perfeito” quando da conclusão do processo administrativo sancionador com sua conseqüente manutenção em face da discussão dialética travada no bojo do processo administrativo.

26. Antes disso (conclusão do processo administrativo), entendo temerária a alusão a ato jurídico perfeito, sob pena de retirar a competência e a própria justificativa de existência das instâncias julgadoras (colegiado da Previc e CRPC). No próprio voto há menção a “autuações pendentes”, o que indica que tal ato não se encontra, ainda, juridicamente perfeito.

27. Ao final, resta por último tecermos ainda algumas considerações acerca da autuação em concreto.

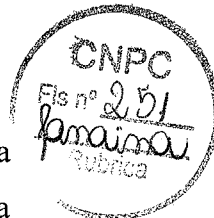
28. Conforme se pode verificar no bojo do processo, trata-se de infração por descumprimento dos limites de investimento em decorrência de desenquadramento passivo. Assim determina a norma em vigor:

Art. 52 - Não são considerados como infringência aos limites estabelecidos nesta Resolução os desenquadramentos passivos decorrentes de:

I - valorização de ativos;

(...)

29. Ora, nestes casos a resolução do CMN em vigor deixou de tratar tais situações como infrações. Neste contexto, da expressa retirada do caráter infracional de uma conduta não volitiva (importante destacar: não houve vontade, atuação do agente para realização da situação irregular) vai ao encontro de um tema já pacificado no âmbito desta egrégia câmara: a impossibilidade de responsabilidade objetiva no regime sancionador de previdência complementar.



30. Perfaz-se então o questionamento de que não seria justo a aplicação da retroatividade benéfica? Entendo afirmativamente. pois com supedâneo numa ponderação de valores constitucionais deve-se sim aplicar a retroatividade benéfica, ainda mais justificada nos casos de desenquadramento passivo.

31. Deste modo, em face de todos os argumentos acima expostos, e pedindo vênia novamente para discordar da ilustre relatora, conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento.

32. É como voto.


Adriano Cardoso Henrique
Membro da CRPC



PROCESSO: 44190.000002/2010-64

RECORRENTE: Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC

RECORRIDOS: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello

RELATORA: Maria Batista da Silva

Voto VISTA

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face da Decisão nº 23/2011/DICOL/PREVIC, proferida em 24 de maio de 2011, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 10/10-64, lavrado em 10 de dezembro de 2010, em razão de a fiscalização haver constatado que a GERDAU – Sociedade de Previdência Privada teria infringido o disposto no artigo 9º, § 1º, da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2011, combinado com o artigo 26, inciso I, “c” do Regulamento anexo à Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003 e art. 64 do Decreto nº 4.942, de 30/12/2003, ao aplicar mais de 5% (cinco por cento) dos recursos garantidores dos planos de benefícios em ações de uma mesma companhia, a Metalúrgica Gerdau S/A, no período de 31/03/2004 a 29/04/2005; 30/09/2005 e 30/11/2005 a 30/04/2007.

Em que pesem os bons e fundamentados argumentos da ilustre Relatora e dos demais colegas que compartilham do mesmo entendimento, peço vênias para manifestar em sentido diverso, apresentando minhas considerações.

A lavratura do auto de infração se deu em decorrência de a fiscalização, em ação fiscal desenvolvida na Gerdau – Sociedade de Previdência Privada haver constatado que a entidade investiu recursos dos planos de benefícios - Plano de Aposentadoria e Plano de Aposentadoria Suplementar - em ações de uma mesma companhia, a Metalúrgica Gerdau S/A, em percentuais superiores a 5% (cinco por cento) dos recursos garantidores.

A situação foi observada no período de 31/03/2004 a 29/04/2005, em 30/09/2005 e no período de 30/11/2005 a 30/04/2007.

Assim, a entidade foi autuada por ter aplicado os recursos garantidores em desacordo com as diretrizes do Conselho Monetário Nacional – CMN, conforme determina o artigo 9º § 1º da LC nº 109/2001:

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

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

(grifo nosso).



A Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003, vigente à época dos fatos assim dispunha:

Regulamento da Resolução CMN nº 3.121, de 25/09/2003

Art. 26. Adicionalmente aos limites estabelecidos no art. 25:

I - o total das aplicações em ações de uma mesma companhia não pode exceder:

a) 20% (vinte por cento) do respectivo capital votante;

b) 20% (vinte por cento) do respectivo capital total;

c) 5% (cinco por cento) do total dos recursos dos planos de benefícios da entidade, podendo esse limite ser majorado para até 10% (dez por cento) no caso de ações representativas de percentual igual ou superior a 2% (dois por cento) do Ibovespa, do IBX, do IBX-50 ou do FGV-100;

(...)

(grifo nosso)

Desse modo, a inobservância aos limites impostos pela legislação em vigor à época em que os recursos foram aplicados implica na consequente lavratura de auto de infração.

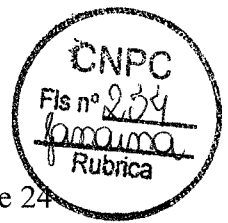
Ocorre que, no caso concreto, conforme informado pela defesa às fls. 31 e 46 dos autos, a fiscalização fez constar a posição da entidade nos relatórios de fiscalização nº 007 e 008, conforme tabela abaixo apresentada:

Data Ref	Emis-Sor	Valor Ação	Investimentos Totais	% participação	tipo	Data Desenq	Prazo Reenq	Data Reenq
31/03/2004	GOAU	24.424.323,68	454.761.269,97	5,37 %	passivo	1/3/2004	28/08/2004	Dentro do prazo
30/06/2004	GOAU	26.676.538,84	467.784.436,82	5,70 %	passivo	25/5/2004	21/11/2004	11/05/2005
30/09/2004	GOAU	36.262.802,76	520.270.743,42	6,97 %	passivo	25/05/2004	21/11/2004	11/05/2005
31/03/2005	GOAU	36.802.571,68	576.695.518,49	6,38 %	passivo	25/05/2004	21/11/2004	11/05/2005
30/09/2005	GOAU	32.695.940,91	628.432.430,43	5,20 %	passivo	15/08/2005	11/2/2006	Dentro do prazo
31/12/2005	GOAU	34.445.399,31	668.207.374,53	5,15 %	passivo	1/11/2005	30/04/2006	21/9/2006
31/03/2006	GOAU	41.255.792,29	724.412.893,91	5,70 %	passivo	1/11/2005	30/04/2006	21/09/2006

Fonte: dados sobre Data Desenq. Prazo Reenq e Data Reenq no quadro acima, fornecidos pela entidade

Analisando os dados da tabela acima e as informações contidas na peça de defesa apresentada pela entidade, observa-se que todos os desenquadramentos foram passivos e, conforme citado às fls. 48 dos autos, nos Relatórios 007 e 008, de 2007, a fiscalização informou que a entidade, em 05/2005, 12/2005 e 03/2007 realizou vendas de ações visando reenquadrar as aplicações dos recursos garantidores ao limite exigido pela legislação, acrescentando o fato de que o enquadramento não foi possível devido à valorização do ativo.

22/8



A defesa alega que, à luz da legislação vigente, a Resolução CMN nº 3.792, de 24 de setembro de 2009, o fato não seria considerado infração, uma vez que os desenquadramentos foram passivos e no período capitulado no auto de infração como irregular (11/2005 a 04/2007) o plano de aposentadoria é superavitário, sendo inferior aos 720 dias concedidos para a regularização.

Acrescente-se o fato de que o limite de 5% (cinco por cento) do total dos recursos imposto pela legislação para aplicação em ações de uma mesma companhia, antes disciplinado pelo art. 26, I, c da Resolução CMN 3.121/2003, não é mais exigido pela atual legislação.

A Resolução nº 3.792/2009 assim dispõe em seu artigo 41:

Art. 41 - A EFPC deve observar, em relação aos recursos de cada plano por ela administrado, os seguintes limites de alocação por emissor:

.....

III - até dez por cento se o emissor for:

.....

e) patrocinador do plano de benefícios;

..... (grifo nosso)

Ademais, o artigo 52 da mesma Resolução, deixa de considerar infração aos limites nela estabelecidos os desenquadramentos passivos decorrentes de valorização de ativos e concede o prazo de 720 (setecentos e vinte dias) para que estes sejam eliminados:

Art. 52 - Não são considerados como infringência aos limites estabelecidos nesta Resolução os desenquadramentos passivos decorrentes de:

I - valorização de ativos;

II - recebimento de ações em bonificação;

III - conversão de bônus ou recibos de subscrição;

IV - exercício do direito de preferência;

V - reestruturação societária na qual a EFPC não efetue novos aportes;

VI - recebimento de ativos provenientes de operações de empréstimos realizados nos termos do art. 24; e

VII - reavaliação de imóveis.

Parágrafo 1º - Os excessos referidos neste artigo, sempre que verificados, devem ser eliminados no prazo de setecentos e vinte dias.

Parágrafo 2º - A contagem do prazo de que trata o parágrafo 1º será suspensa enquanto o montante financeiro do desenquadramento for inferior ao resultado superavitário acumulado do respectivo plano de benefícios, observada a regulamentação estabelecida pelo CGPC.

Parágrafo 3º - A EFPC fica impedida, até o respectivo enquadramento, de efetuar investimentos que agravem os excessos verificados.

(grifamos)



Assim, imperiosa se faz a análise sobre a possibilidade de aplicação do princípio da retroatividade benéfica na hipótese de edição de norma mais favorável na fixação de limites de investimentos.

Contudo, antes de adentrarmos especificamente na questão da aplicação do referido princípio, é preciso indagar se os princípios do direito penal são igualmente aplicáveis ao direito administrativo sancionador e em qual medida estes podem ser aplicados.

Parte da doutrina entende que os princípios do direito penal não devem ser aplicados ao processo administrativo sancionador. A argumentação principal dos que defendem esta tese reside no fato de ser o Direito Penal mais gravoso, uma vez que a sanção típica a ser aplicada é a pena privativa de liberdade.

Alexandre Aguiar¹ aborda a questão de maneira diversa, fazendo importantes considerações acerca dessa interpretação:

“Em uma sociedade pluralista, que aceita a diversidade de pontos de vista e de valorações, é impossível considerar-se a existência de uma hierarquia rígida de valores. Para algumas pessoas, é preferível perder a vida do que ter sua liberdade de crença limitada: exemplo contundente é o caso das testemunhas de Jeová, que se recusam sistematicamente a receber transfusão de sangue, mesmo que isso lhes custe a vida. Muitas pessoas prefeririam passar algum tempo na prisão a perder seu cargo público. Da mesma forma, um advogado militante, com certeza, preferirá prestar serviços comunitários a ter seu registro na Ordem dos Advogados do Brasil cassado.

Portanto, as diferenças entre as sanções penais e as administrativas não devem ser buscadas em características essenciais, mas acidentais: as primeiras assumem a forma predominante de pena privativa de liberdade e são aplicadas pelo Poder Judiciário; enquanto que as últimas, normalmente, têm caráter pecuniário, sendo aplicadas pelo Poder Executivo.

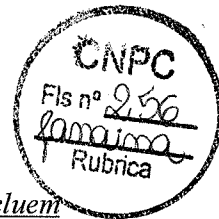
Essa similitude essencial exige que as penas criminais e as administrativas sejam tratadas de maneira semelhante, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia.

.....

Por isso, não há sentido algum em interpretar-se de modo restritivo o vocábulo "pena", que aparece diversas vezes no art. 5º da Constituição, para considerá-lo apenas como sanção criminal. Até porque as normas constitucionais devem ser sempre interpretadas extensivamente (princípio da máxima efetividade), ou seja, dentre os vários significados de um termo, o intérprete deve preferir aquele que tenha o sentido mais amplo. A própria Constituição exige essa interpretação extensiva ao

¹ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os limites constitucionais das sanções administrativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1517, 27 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10322>>. Acesso em: 27 jun. 2012.





dispor que os direitos e as garantias nela expressos "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados".

(grifo nosso)

No tocante à gravidade das penas aplicadas no direito administrativo, Alexandre Aguiar² chama a atenção para duas penas de caráter perpétuo previstas na legislação: a inabilitação permanente dos diretores de instituições financeiras que cometerem infrações contra a economia nacional (Lei 4.595/64) e a pena de demissão do servidor público em hipóteses que vedem seu retorno ao serviço público (Lei 8.112/90), embora o art. 5º, inciso XLVII da Constituição Federal proíba as penas de caráter perpétuo.

Assim, forçoso é reconhecer que há uma similitude muito grande entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, não sendo possível invocar a hierarquia entre valores e bens a serem protegidos para afastar a aplicação de princípios constitucionais típicos do direito penal no âmbito administrativo.

É de ressaltar que não existe diferença entre a pena de multa aplicada no direito penal e a pena de multa aplicada no direito administrativo sancionador.

No âmbito da Previdência Complementar Fechada, a matéria já foi analisada por meio da Nota Técnica nº 100/2007/SPC/DELEG, de 17.12.2007, na qual se pacificou o entendimento de que as regras do direito penal se aplicam também ao direito administrativo sancionador, conforme trechos abaixo transcritos:

"A responsabilização administrativa por infrações à legislação da previdência complementar deve ser efetivada através de processo administrativo, ao qual se aplica, em caráter subsidiário, as regras da Lei nº 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Vale salientar, ainda, conforme entendimento já sedimentado na doutrina e na Jurisprudência, que também se aplicam ao processo sancionador da Administração Pública os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Damásio E. de Jesus (Direito Penal, 10ª ed, São Paulo, Saraiva, 1 995, p. 143). ao contrastar crime e ilícito administrativo, preleciona que "não existe diferença ontológica entre eles. A diferença é de grau ou de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico". Assim, as condutas mais graves, as que violam de maneira mais intensa o ordenamento jurídico, são punidas pelo Direito Penal As relativamente menos graves estão a cargo do Direito Administrativo.

Nos autos do Recurso Extraordinário n. 78.917-SP, em que se discutia o tema da prescrição administrativa em processo administrativo punitivo, o Supremo Tribunal Federal salientou que, "em se tratando de matéria punitiva, os mesmos princípios de Direito Penal devem ser aqui aplicados, razão pela qual, a prescrição deve ser contada a partir da data da prática da falta disciplinar.

² AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10322>>. Acesso em: 27 jun. 2012.



No mesmo sentido, podem ser citadas recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça. a exemplo das seguintes: RMS nº 3.252-RS, 6ª Turma, Relator Min. Pedro Acioli, j. 30.11.1994; REsp n. 19.560-RJ, 1ª Turma, Rel, Min. Humberto Gomes de Barros, J. 15.09.1993; REsp n 39.555-PE 1ª Turma, Rel, Min. Humberto Gomes de Barros, J.. 21.02. 1994.

Portanto, na ausência de disposição expressa no âmbito do Direito Administrativo, é possível aplicar ao processo punitivo da Administração os princípios e as regras gerais do Direito Penal.” (grifamos)

Admitida a aplicação dos princípios e regras gerais do Direito Penal ao Direito Administrativo Sancionador, resta-nos saber se o princípio da retroatividade benéfica pode ser aplicado no caso de edição de norma mais benéfica com relação à fixação de limites de investimentos.

No direito, a regra geral é a irretroatividade das leis, uma vez que as normas são editadas para disciplinar fatos presentes e futuros, mas em determinadas situações a lei deve retroagir.

Em matéria penal prevalece o princípio da retroatividade da lei mais favorável ao réu, conforme art. 5º, inciso XL da CF/88.

O Código Penal, em seu artigo 2º, em consonância com a previsão constitucional também consagra este princípio:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209 , de 11.7.1984)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209 , de 11.7.1984) (grifo nosso).

Com relação ao direito administrativo, parte da doutrina entende que o princípio é aplicável apenas no âmbito penal, mas a doutrina majoritária entende que o princípio da retroatividade da lei mais benéfica também se aplica ao direito administrativo sancionador. É a opinião de Régis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira, Heraldo Garcia Vitta, Edilson Pereira Nobre Jr., Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari.³

Na opinião de Régis Fernandes de Oliveira⁴, “se houver redução da penalidade imposta, beneficiar-se-á o infrator, ou, então, quando a infração legal deixar de existir”. Esse também é o entendimento adotado por Heraldo Garcia Vitta⁵:

“Com efeito, apesar de as leis serem editadas para regular fatos atuais ou futuros – as normas que beneficiem os infratores retroagem, a fim de prestigiar a nova realidade imposta pelo legislador, o qual tem a incumbência de acolher os anseios da sociedade num dado tempo e lugar. Não se justifica

³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. pp. 153-154.

⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Infrações e sanções administrativas**. 2ª. ed. São Paulo: RT 2005. p. 64.

⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 113.





o Estado punir alguém, quando o legislador valora a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser lícita, ou pressuposto de sanção menos grave". (grifamos)

A jurisprudência, muito embora escassa, parece seguir a mesma linha. Vejamos alguns julgados:

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PENAL DA ANTERIORIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. SIMILARIDADE DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E DO ILÍCITO PENAL. RETROATIVIDADE DO PROCESSO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. Data da entrada em vigor da Lei anterior à data do ato de aplicação da infração e sanção administrativa. Sentença confirmada. Embora o princípio da anterioridade tenha origem no direito penal, sua aplicação vem sendo estendida ao direito administrativo no tocante às infrações e sanções administrativas, tendo em vista a similaridade da função da sanção administrativa e do ilícito penal, os quais pretendem regradar a vida social e desestimular a prática de condutas nocivas ao interesse público. Apelação cível. Ilegitimidade passiva ad causam. Não acolhimento. Writ direcionado à autoridade responsável pela prática do ato impugnado. Recurso não provido. O polo passivo do mandado de segurança deve ser integrado pela autoridade coatora responsável pelo ato ilegal ou por aquela que delega a prática do ato ilegal por executor subordinado a sua hierarquia. (TJSC; AC-MS 2009.059692-4; Mafra; Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento; Julg. 18/05/2010; DJSC 01/06/2010; Pág. 280)”

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. MULTAS DE TRÂNSITO. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDUTOR DO VEÍCULO. INFRAÇÕES REFERENTES A EXCESSO DE VELOCIDADE. SUPERVENIÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ALTERANDO A CLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS. RETROATIVIDADE DA LEI BENÉFICA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. RECLASSIFICAÇÃO DAS TRANSGRESSÕES. CABIMENTO. 1 - Consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o condutor do veículo detém legitimidade para questionar a validade de multa de trânsito, uma vez que, na condição de possuidor do bem, ele se responsabiliza perante o proprietário. 2 - Tendo em vista o caráter penal da sanção cominada por ofensa à legislação de trânsito, o princípio da retroatividade da Lei nova mais benéfica (CR/88, art. 5º, inc. XL) também se aplica à esfera do direito administrativo, pelo que se mostra cabível a reclassificação das infrações por excesso de velocidade em face das alterações promovidas pela Lei n.º 11.334/2006, resultando, assim, na redução do valor da penalidade imposta. 3 - Preliminar rejeitada e agravo retido e apelação não-providos. (TJMG; APCV 1.0024.06.196964-8/0011; Belo Horizonte; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 06/11/2008; DJEMG 27/02/2009)”

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. É entendimento pacífico deste Tribunal que aplica-se de forma retroativa a Lei Tributária mais benéfica ao contribuinte sobre fatos não



definitivamente julgados. Como o artigo 41 da Lei n.º 8.212/1991 foi revogado pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.451/2005, aplicando-se o princípio em referência, não há mais suporte legal para a aplicação de multa objeto da presente controvérsia. (TRF 4ª R.; AC 2003.70.00.000094-5; PR; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler; Julg. 03/06/2009; DEJF 16/06/2009; Pág. 337)”

(grifamos)

Quando ocorre uma mudança normativa e determinada conduta deixa de ser reconhecida pelo Estado como ofensiva ao interesse público, seus efeitos devem retroagir para atingir os fatos praticados sob a vigência da norma anterior, sob pena de grave ofensa a direitos fundamentais.

Este foi o entendimento adotado pela Secretaria de Previdência Complementar-SPC, por meio da Nota Técnica 87/2009/SPC/DELEG, de 11/11/2009, quando se entendeu que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica deveria ser aplicado no âmbito do Processo Administrativo Punitivo, com relação aos limites e critérios das despesas administrativas.

Seguindo na mesma linha, esta Câmara de Recursos da Previdência Complementar - CRPC, em diversos julgados⁶ aplicou o princípio da retroatividade da norma mais benéfica, sendo o entendimento firmado por meio da Nota Técnica n.º 87/2009/SPC/DELEG, de 11/11/2009 invocado como fundamento na maioria das decisões proferidas.

A Nota Técnica n.º 87/2009 utiliza como fundamento principal para a aplicação do princípio da retroatividade benéfica, no caso da aplicação de penalidades com relação à extrapolação dos limites das despesas administrativas, o caráter de perenidade das regras que tratam da matéria, uma vez que estas regras vigoraram por aproximadamente 30 (trinta) anos.

Ainda em conclusão, e de forma a solidificar o argumento da perenidade das regras relativas às despesas administrativas, a Nota Técnica n.º 87/2009 apresenta como contraponto à regra da perenidade as normas referentes aos limites de investimentos, alegando que estas possuem caráter excepcional ou temporário. Neste caso, sustenta a aplicação da ultratividade da norma vigente à época dos fatos.

De acordo com Fernando Capez⁷, norma excepcional é aquela editada para vigorar em períodos anormais, como guerra, calamidades, etc. A norma temporária, por sua vez, é aquela feita para vigorar em um período de tempo previamente fixado pelo legislador. A norma neste caso já traz em seu bojo a data de cessação de sua vigência. É uma norma que desde sua entrada em vigor está marcada para morrer.

⁶ Processos 44000.002222/2007-17; 44000.002223/2007-61; 44000.002224/2007-14; 44000.002568/2007-15; 44000.002762/2007-09; 44000.002766/2007-89; 44000.00155/2008-87; 44000.000154/2008-32; 44000.000156/2008-21.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral, vol. 1, 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 62 e 63.



CAPEZ⁸ destaca que a não aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica aos casos de normas temporárias reside na preocupação de que tais normas não percam sua força intimidativa. Por isso, o autor defende que “ocorrendo modificação posterior no complemento da norma penal em branco, é imprescindível verificar se o complemento revogado tinha ou não as características de temporariedade”.

No tocante às normas reguladoras dos limites de investimentos, o simples fato de estas terem sofrido sucessivas alterações no tempo, ou mesmo a natureza dinâmica do sistema econômico, não são por si sós, motivos suficientes para caracterizá-las como excepcionais ou temporárias.

Desse modo, para o deslinde da questão colocada nos autos é de fundamental importância verificar se as normas que fixam limites para os investimentos, em especial a Resolução CMN nº 3.792/2009, têm características de temporariedade.

De acordo com o Parecer nº 67/2011/CGCJ/PREVIC, de 11/05/2011, a Resolução CMN nº 3.792/2009 foi editada com a finalidade de adaptar a política de investimentos das entidades fechadas de previdência complementar a uma nova realidade econômica, com taxas de juros reduzidas e maior abertura do mercado, aliada ao crescimento econômico do país, situação esta que tende a perdurar no tempo. Desse modo, a norma não apresenta qualquer característica de temporariedade ou excepcionalidade.

A Resolução não traz em seu bojo prazo fixado para sua vigência, presumindo-se assim a sua característica de norma com prazo de vigência indeterminada, que só pode ser revogada de forma expressa por norma posterior que regular a matéria.

Destaca-se que, não somente a Resolução CMN nº 3.792/2009, mas todas as normas editadas, desde a Resolução CMN nº 460/78, não tiveram prazo de vigência fixado e sempre foram revogadas expressamente pela norma posterior que passou a regulamentar a matéria, fato que por si só afasta duas das características das normas temporárias, quais sejam, ter seu prazo de vigência fixado em seu texto normativo e serem auto-revogáveis, uma vez que perdem automaticamente sua eficácia com o fim do prazo fixado para sua vigência.

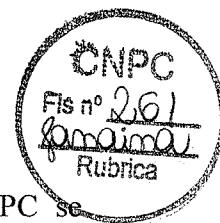
As normas que fixam limites para os investimentos também não são excepcionais, visto que não são editadas para vigorar em períodos anormais, em situações excepcionais, mas sim para disciplinar de forma perene a atuação das EFPC para que elas possam observar em seus investimentos as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, protegendo os interesses das pessoas que contribuem para o sistema e, como não pode ser de outra forma, adaptando-se às constantes mudanças do cenário econômico.

Também não se mostra plausível concluir que a penalidade instituída pelo art. 64 do Decreto 4.942/2003, tenha sido criada para tratar de situações temporárias ou excepcionais.

É preciso salientar que, embora as normas relativas aos limites de investimentos tenham sofrido inúmeras alterações ao longo do tempo, o seu núcleo essencial não se

⁸ CAPEZ, Fernando. Op. cit. pp. 64 e 65.





modificou, tampouco sua finalidade primordial, que é a de evitar que as EFPC se exponham a riscos exagerados.

A Resolução CMN nº 460, de 23/02/78, visando fomentar o mercado de capitais brasileiro, fixava percentuais de aplicação mínimos para ativos até então subutilizados pelas EFPC, provocando uma diversificação no portfólio de seus investimentos, mas também impedia a concentração cumulativa dos ativos em carteira, evitando-se a exposição a riscos, a exemplo do que ocorre hoje com o estabelecimento de limites pela Resolução CMN 3.792/2009.

Assim, se formos analisar as normas que tratam dos limites dos investimentos ao longo do tempo, concluiremos que estas sofreram sim diversas alterações, mas foram alterações pontuais, feitas de forma a promover a adequação dos investimentos das EFPC às novas realidades do mercado econômico, que por sua própria natureza dinâmica está em constante alteração, contudo, sem perder de vista o núcleo essencial de proteção ao sistema.

Dessa forma, não se pode concluir de forma simplista que as normas que fixam limites de investimentos são normas temporárias pelo simples fato de terem sido submetidas a diversas alterações ao longo do tempo.

Como não se pode afirmar com certeza o caráter de norma temporária ou excepcional da Resolução CMN nº 3.792/2009 e considerando que a conduta descrita no auto de infração não é mais ofensiva ao interesse público, deve se aplicar a resolução retroativamente para atingir fatos ocorridos sob a égide da norma anterior.

Ainda que não se admita que as normas que estabelecem regras e fixam limites para os investimentos tenham caráter de perenidade, podemos invocar por analogia, em face da lacuna legislativa em matéria administrativa sancionatória, o art. 106, II, c, do Código Tributário Nacional, que estabelece:

Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. (grifamos).

Luciano Amaro⁹, reconhecido tributarista, ao tratar do tema da retroatividade benigna em matéria de infrações, assim leciona:

“Nas alíneas a e c temos a clara aplicação da retroatividade benigna: se a lei nova não mais pune certo ato, que deixou de ser considerado infração (ou se o sanciona com penalidade menos branda), ela retroage em benefício do acusado, eximindo-o de pena (ou sujeitando-o à penalidade menos severa que

⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. Ed. Saraiva, 10ª. ed, 2004, p. 198.





tenha criado). É óbvio que, se a lei nova agravar a punição, ela não retroage.”

Dizemos que há uma lacuna legislativa com relação à aplicação do princípio da retroatividade benéfica porque entendemos que o art. 2º da Lei nº 9.784/99 veda tão somente a aplicação retroativa de nova interpretação da norma, não se referindo à aplicação do princípio da retroatividade benéfica pela administração.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

.....
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (grifo nosso)

O artigo 2º da Lei nº 9.784/99 consagra a aplicação do princípio da segurança jurídica nas relações entre a administração e os administrados. Se a Administração adotou determinada interpretação para um caso concreto, por respeito à boa-fé dos administrados, a lei veio para estabilizar tal situação, vedando a anulação de atos anteriores sob o pretexto de que os mesmos teriam sido praticados com base em errônea interpretação de norma legal administrativa.

No dizer do magistrado Mauro Nicolau Júnior¹⁰:

“A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.

A dignidade humana restaria seriamente atingida se por ventura fosse cabível extemporânea revisão de atos administrativos que geraram efeitos favoráveis ao administrado, quando praticados de boa-fé.

Odete Medauar¹¹ ressalta a função garantidora do processo administrativo no seguinte sentido:

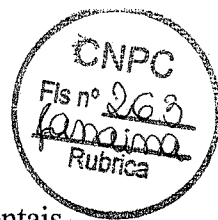
“O processo administrativo vem finalizado à garantia jurídica dos administrados (particulares e servidores), pois tutela direitos que o ato administrativo pode afetar. Isso porque a atividade administrativa tem de canalizar-se por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada como legítima. No esquema processual o cidadão não encontra ante si uma Administração livre, e sim uma Administração disciplinada na sua atuação”.

A Administração, para o devido atendimento às suas finalidades precípuas, é revestida de poderes e prerrogativas próprias e se relaciona com o administrado em

¹⁰ Nicolau Junior, Mauro, *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito ?*, in www.jurid.com.br, acesso em 13/07/2012.

¹¹ Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 9ª ed., São Paulo: RT, 2005, p.190.





posição de supremacia, contudo, tais poderes são mitigados pelos direitos fundamentais dos indivíduos, que ela não pode desprezar, sob pena de eivar de nulidade insanável sua atuação.

Assim, o que a lei veda é a utilização da interpretação retroativa da norma para afetar direitos e situações jurídicas favoráveis já conquistadas pelo administrado, jamais a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

Esclarecida a questão da existência de lacuna legislativa em matéria administrativa sancionatória tratando da aplicação do princípio da retroatividade benéfica, temos que a analogia com o art. 106, II, c, do CTN é permitida em razão da identidade existente entre a pena de multa aplicada no âmbito do direito tributário, por descumprimento de obrigação acessória, e a pena de multa aplicada no âmbito do direito administrativo sancionador.

Por todo o exposto, concluímos pela possibilidade da aplicação do princípio da retroatividade benéfica em se tratando de alteração de normas que fixam limites de investimentos, em especial a Resolução CMN nº 3.792/2009.

Na análise do caso concreto, considerando que os limites previstos na norma anterior não são mais exigidos pela norma atual e que a situação descrita no auto de infração se refere à desenquadramento passivo (o fato não é mais considerado infração aos limites impostos e a conduta não é mais ofensiva ao interesse público).

Considerando ainda, que o plano era superavitário no período capitulado no auto de infração como irregular (11/2005 a 04/2007) e que não foram ultrapassados os 720 dias para adequação aos novos limites, entendo cabível a aplicação retroativa da Resolução CMN nº 3.792/2009 para afastar a imposição de penalidade, mantendo a Decisão nº 23/2011/DICOL/PREVIC, proferida em 24 de maio de 2011, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 10/10-64.

Assim, conheço e nego provimento ao recurso de ofício para julgar Improcedente o Auto de Infração.

É como voto.

Brasília, 18 de julho de 2012.


Rosimery Brandão Barbosa

Resultado de Julgamento

Reunião e Data: 27ª Reunião Ordinária - 18 de julho de 2012

Relatora: Maria Batista da Silva

Processo: 44190.000002/2010-64

Auto de Infração: 10/2010

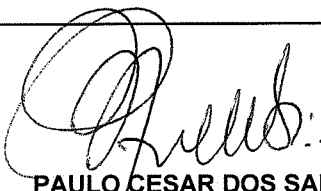
Decisão: 23/2011/Dicol/Previc

Recorrente: Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc

Recorridos: João Aparecido de Lima, Expedito Luz, Osvaldo Burgos Schirmer e Geraldo Toffanello

Entidade: Gerdau – Sociedade de Previdência Privada

Voto do Relatora: "... conheço e dou provimento ao recurso de ofício, para manter o Auto de Infração."

Representantes	Votos
ADRIANO CARDOSO HENRIQUE (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	conheço do recurso de ofício para negar-lhe provimento.
ROSIMERY BRANDÃO BARBOSA (Servidores federais titulares de cargo efetivo)	conhece e nega provimento ao recurso de ofício para julgar Improcedente o auto de Infração.
ANTÔNIO BRÁULIO DE CARVALHO (Participantes e assistidos de planos de benefícios das EFPC)	Conhece do recurso e nega provimento ao recurso de Ofício.
LUIZ GONZAGA MARINHO BRANDÃO (Patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das EFPC)	Conhece do recurso e dá provimento ao recurso de Ofício.
LUÍS RICARDO MARCONDES MARTINS (Entidades Fechadas de Previdência Complementar)	Conhece do recurso e nega provimento ao recurso de Ofício.
PAULO CESAR DOS SANTOS (Presidente)	Conhece do recurso e dá provimento ao recurso de Ofício.
Sustentação Oral:	
Resultado: Por unanimidade de votos a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC conhece do recurso de ofício. No mérito, por maioria de votos, a CRPC nega provimento ao recurso, vencidos os votos da Relatora, do membro Luiz Gonzaga Marinho Brandão e do Sr. Presidente que deram provimento ao recurso de ofício.	
Brasília, 18 de julho de 2012	
 PAULO CESAR DOS SANTOS Presidente	