

DAS IMPLICAÇÕES DISCIPLINARES FRENTE À AUSÊNCIA DE PROVIDÊNCIAS FRENTE A QUESTÕES LEVANTADAS PELO CONSELHO FISCAL

1. INTRODUÇÃO

Indaga-nos a Diretoria da AEPET quanto a solicitações de providências por parte do Conselho Fiscal frente à Diretoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social.

Em essência, tem-se —

1. O valor do Fundo Administrativo.
2. Recuperação de ativos –
 - a. Plano de Incentivo à aposentadoria;
 - b. Remuneração de ativos da Fundação.
 - c. Pagamento incorreto de valores pelo INSS, acarretando maiores gastos com a suplementação.
 - d. A cobertura da premissa relativa à “geração futura”.
 - e. Recuperação dos valores relativos aos pré-70, particularmente sua correção atuarial.
 - f. A questão relativa às NTN^b.

2. DA BASE NORMATIVA

1. Reza a Lei Complementar 109 —

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.

Parágrafo único. São também responsáveis, na forma do caput, os administradores dos patrocinadores ou instituidores, os atuários, os auditores independentes, os avaliadores de gestão e outros

profissionais que prestem serviços técnicos à entidade, diretamente ou por intermédio de pessoa jurídica contratada.

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

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

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.

§ 1º A penalidade prevista no inciso IV será imputada ao agente responsável, respondendo solidariamente a entidade de previdência complementar, assegurado o direito de regresso, e poderá ser aplicada cumulativamente com as constantes dos incisos I, II ou III deste artigo.

§ 2º Das decisões do órgão fiscalizador caberá recurso, no prazo de quinze dias, com efeito suspensivo, ao órgão competente.

§ 3º O recurso a que se refere o parágrafo anterior, na hipótese do inciso IV deste artigo, somente será conhecido se for comprovado pelo requerente o pagamento antecipado, em favor do órgão fiscalizador, de trinta por cento do valor da multa aplicada.

§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

Art. 66. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo, na forma do regulamento, aplicando-se, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

2. O Decreto nº 4.942, de 30.12.2003, que regulamenta o regime disciplinar, assim disciplina —

Art. 62. Os administradores do patrocinador que não efetivar as contribuições normais e extraordinárias a que estiver obrigado, na forma do regulamento do plano de benefícios ou de outros instrumentos contratuais, serão solidariamente responsáveis com os administradores das entidades fechadas de previdência complementar, a eles se aplicando, no que couber, as disposições da Lei Complementar no 109, de 2001, especialmente o disposto nos seus arts. 63 e 65.

§ 1º A inadimplência a que se refere o caput deverá ser comunicada formal e prontamente pelo Conselho Deliberativo à Secretaria de Previdência Complementar.

§ 2º No prazo de noventa dias do vencimento de qualquer das obrigações citadas no caput deste artigo, sem o devido cumprimento por parte do patrocinador, ficam os administradores da entidade fechada de previdência complementar obrigados a proceder à execução judicial da dívida.

Art. 63. Deixar de constituir reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

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.

3. Adiante —

Art. 72. Deixar a entidade fechada de previdência complementar de oferecer plano de benefícios a todos os empregados ou servidores do patrocinador ou associados ou membros do instituidor, observada a exceção prevista no § 3º do art. 16 da Lei Complementar no 109, de 2001.

Penalidade: advertência ou multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 74. Deixar de manter, em cada plano de benefícios, os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos suficientes à cobertura dos compromissos assumidos, conforme regras do Conselho de Gestão da Previdência Complementar e da Secretaria de Previdência Complementar.

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

Art. 75. Utilizar para outros fins as reservas constituídas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, ainda que por meio de procedimentos contábeis ou atuariais.

Penalidade: multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo ser cumulada com suspensão por até sessenta dias.

4. Mesmo Decreto —

Art. 78. Deixar de adotar as providências, previstas em lei, para equacionamento do resultado deficitário do plano de benefícios ou fazê-lo em desacordo com as normas estabelecidas pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar e pela Secretaria de Previdência Complementar.

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

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

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

Art. 80. Deixar de estabelecer o nível de contribuição necessário por ocasião da instituição do plano de benefícios ou do encerramento do exercício, ou realizar avaliação atuarial sem observar os critérios de preservação da solvência e equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios, estabelecidos pelo Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

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

5. Ainda —

Art. 85. Promover a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio sem autorização da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com inabilitação de dois a dez anos.

6. Adiante —

Art. 90. Descumprir cláusula do estatuto da entidade fechada de previdência complementar ou do regulamento do plano de benefícios, ou adotar cláusula do estatuto ou do regulamento sem submetê-la à prévia e expressa aprovação da Secretaria de Previdência Complementar.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias.

7. Especificamente —

Art. 100. Deixar de comunicar à Secretaria de Previdência Complementar a inadimplência do patrocinador pela não-efetivação das contribuições normais ou extraordinárias a que estiver obrigado, na forma do regulamento do plano de benefícios ou de outros instrumentos contratuais.

Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podendo ser cumulada com suspensão de até cento e oitenta dias.

8. Ainda o Decreto 2.111/96 alterava o 81.240/78, sob a vigência da Lei 6.435/77, dando a seguinte redação —

Art. 22. Os administradores das patrocinadoras que não efetivarem as contribuições regulares a que estiverem obrigadas, na forma dos regulamentos dos planos de benefícios, serão solidariamente responsáveis com os administradores das entidades fechadas, a eles se aplicando, no que couber, as disposições do Capítulo IV da Lei nº 6.435, de 1977.

§ 1º Decorridos 90 (noventa) dias do vencimento de qualquer das obrigações citadas no caput deste artigo, sem o devido cumprimento por parte das patrocinadoras, ficam os administradores da entidade obrigados a proceder a execução judicial da dívida, cabendo aos órgãos estatutários da entidade a fiscalização destes procedimentos.

§ 2º O não acatamento ao prazo e às demais disposições contidas no § 1º deste artigo, implicará suspensão imediata dos administradores das entidades de suas funções, bem como a nulidade de todos os atos por eles praticados após aquele prazo.

§ 3º A suspensão a que se refere o § 2º será determinada mediante ato do Conselho da entidade e deverá ser comunicada, formal e prontamente, à Secretaria de Previdência Complementar.

9. Assim dispõe a Lei 1.521/51 —

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

IX – gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedade de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de benefícios, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

Pena — detenção, de 2 (dois) a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

3. DA PERTINÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

1. Não é objeto do presente parecer a abordagem dos aspectos cíveis, as possibilidades de cobrança de valores a partir de iniciativas jurídicas das associações e sua Federação, o que anteriormente já foi aventado.

2. Trata-se, especificamente, dos aspectos relativos à punibilidade administrativa e, a depender do caso, da punibilidade criminal.
3. Informa o Conselho Fiscal que a questão relativa ao Fundo Administrativo está pendente de exposição pela Diretoria Executiva. Nesse caso, ponderamos tão somente que é necessária a verificação da composição de tal fundo: se partes das NTN foram nele aportadas, significa que a direção da entidade está contando somente com os seus rendimentos, e não com o principal.
4. Sigamos quanto aos demais aspectos.

3.1. O problema central – a dívida relativa aos “pré-70”

Já exaustivamente referida essa dívida, tão somente pontua-se que houve exposto reconhecimento da patrocinadora quanto à sua responsabilidade. À época, alertado por auditoria determinada pelo então CCE que os valores estavam subcalculados: o cálculo não computava aposentadorias especiais. Assim, de regra os participantes aposentavam-se 7 anos a menos, cessando a contribuição da patrocinadora com 7 anos de antecedência, e iniciando-se as responsabilidades da Petros 7 anos antes da previsão do cálculo.

A dívida subcalculada foi “paga” com as Notas do Tesouro Nacional, série B, com vencimento em até 32 anos, recebidas pela Petros pelo seu valor DE FACE. Ao mesmo tempo, a Petrobrás comunicava à SEC — *Security Exchange Commission* que aqueles títulos valiam cerca de 40% de seu valor de face.

Ao tempo em que “paga”, os efeitos do aporte relativo ao contingente pré-70 permanece gerando problemas na Petros. A alteração de tábua de mortalidade, por exemplo, impacta pesadamente os valores relativos ao serviço passado. Repare-se que nessa situação o RISCO é integralmente da patrocinadora; mesmo que os valores fossem higidamente aportados no passado, e não foram, ter-se-ia resíduo relativo a impacto de mudanças atuariais, e tal resíduo permaneceria de responsabilidade da patrocinadora.

Vê-se, portanto, que a questão relativa aos pré-70 teve desdobramentos, englobando outras que estão na ordem do dia da Fundação.

3.2. Geração Futura -

Desde o início da década de 90 já alertava o professor Rio Nogueira quanto às cautelas na utilização dessa premissa, atento que estava às mudanças da realidade. A premissa adotada deu-se, à época, a partir dos dados fornecidos pela patrocinadora, da projeção que a

Petrobrás fazia quanto à evolução numérica de seu quadro de pessoal. Nunca tiveram os participantes acesso a qualquer dado relativo à projeção do número de postos de trabalho, ou qualquer ingerência quanto a tal.

Quando da exclusão da premissa, ou seja, quando a Petros parou de adotar o financiamento ancorado parcialmente nas contribuições da geração futura, necessária se fazia a cobertura de tais valores, que não se confundem com déficit. Tratava-se de efetivo financiamento do plano ancorado em trabalhadores cujo ingresso foi anunciado pela própria companhia. O abandono da premissa deu-se de forma tardia, e é necessária a identificação do momento em que descolou da realidade, fixável já nos anos de 1991 e 1992. Ou seja, ANTES do reconhecimento pela Petrobrás de suas responsabilidades frente à geração pré-70. Não há como, portanto, dar-se interpretação retroativa à Emenda Constitucional nº 20 ou à Lei Complementar 108 visando a liberação da patrocinadora de suas responsabilidades.

3.3. Incentivo à aposentadoria

O incentivo à aposentadoria é iniciativa unilateral da patrocinadora. Por ato da patrocinadora são descumpridas as premissas que ancoram o plano, fazendo com que determinado contingente se aposente antecipadamente. Daí decorrem, a exemplo do que referimos quanto à geração pré-70, duas conseqüências: a patrocinadora cessa suas contribuições antes do período projetado pelo plano; a entidade previdenciária complementar principia os pagamentos antes do que originalmente previsto. Se contemplada eventual ascensão na carreira, a título de incentivo, também tal ascensão impactará o plano a partir da quebra da regularidade ascensional.

É medida típica da política de recursos humanos da empresa, absolutamente unilateral, impactando fortemente a entidade. Deve ser ressarcida a entidade previdenciária complementar, portanto, integralmente pela patrocinadora. O aporte deveria ter ocorrido concomitante ao impacto original no fundo.

3.4. Pagamento incorreto de valores pelo INSS

Inequivocamente cabe ação judicial em face do INSS. Tal ação pode ser, inclusive, declaratória, o que diminui o risco relativo à sucumbência. A Petros tem legitimidade para propor essa ação.

3.5. Aplicações da entidade –

Refere o Conselho Fiscal que também aplicações da entidade teriam sido impactadas pelos “expurgos inflacionários” no período de 01.01.87 a 31.12.91. Havendo tal constatação, é cabível o ajuizamento de ações judiciais, principalmente quando se tem presente

a iniciativa de outras entidades previdenciárias complementares no mesmo sentido.

3.6. Auditoria nos cálculos de benefícios –

A partir da amostragem analisada é possível, sim, concluir-se pela necessidade de ampla auditoria nos benefícios da entidade, dadas as inconsistências e irregularidades encontradas na amostra, evidenciando problemas nos cálculos de valores aos participantes.

4. DOS FATOS À LUZ DO DIREITO

1. Já feita a ressalva à questão relativa ao Fundo Administrativo, pendente, segundo informado, de exposição por parte da Diretoria da Petros.
2. É cabível a imediata notificação da Diretoria da Petros, requerendo que dê imediato conhecimento ao Conselho Deliberativo, a propósito das irregularidades, particularmente a inércia da direção da entidade na recuperação de seus haveres. Essa notificação pode ser feita judicial ou extrajudicialmente.
3. A seguir, permanecendo a inércia, é possível a imediata notificação ao Secretário de Previdência Complementar a propósito da íntegra das questões. A notificação ao Secretário visa (1) cessar a presunção de boa-fé da autoridade pública; (2) instar a SPC a tomar providências da sua alçada; (3) permitir futura responsabilização da União por eventuais insuficiências da entidade.
4. No caso da SPC, ainda, deverá aquele órgão instaurar processo administrativo relativo ao tema, principiando pela interpelação da Petros quanto ao teor das denúncias.
5. Conforme se vê da legislação anteriormente transcrita, tem-se ofensa aos artigos 62, §2º; 63; 72; 74; 78; 79; 80; 85; 90; 100, todos do Decreto 4.942/2003, o que enseja imediata tomada de providências por parte da Secretaria de Previdência Complementar.
6. Além disso, é evidente também a necessidade de identificar a eventual incidência do artigo 3º, IX, da Lei 1521/51, a Lei dos Crimes contra a Economia Popular.
7. A seguir, é possível a denúncia ao Ministério Público Federal para que dê início a procedimento investigatório. Assim, seriam analisadas também eventuais condutas relativas à improbidade administrativa, bem como aspectos criminais. No universo do procedimento investigatório, deve ser objeto de análise tanto a

conduta da Diretoria da Petros quanto da Diretoria da Petrobrás. A seguir, serão analisados os atos do próprio órgão fiscalizador.

8. Reza a propósito, a Lei 8.429/92 —

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

9. Mesma lei —

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

10. No mesmo sentido o Código Penal —

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, multa.

11. Tais são os passos que entendemos necessários. A iniciativa de natureza disciplinar, no campo administrativo, deve se dar a partir de provação à SPC. No campo judicial, ainda no que se refere à apuração de responsabilidades, entendemos que o Ministério Público deve ser provocado.

12. Ainda no campo administrativo, é possível, a partir da inércia da SPC, provocar-se a Controladoria Geral da União.

13. Tem-se situação absolutamente singular: há dois anos os relatórios anuais da Fundação Petros são rejeitados pelo seu Conselho Fiscal. NENHUMA providência da Secretaria de Previdência Complementar foi tomada; nenhuma iniciativa, nenhuma auditoria, nenhum pedido de explicações. O relatório anual da Petros, amplamente divulgado, é um verdadeiro

monumento à ineficácia do Estado no que se refere à fiscalização das entidades fechadas de previdência privada.

14. A Petros está em situação irregular. A reprovação de contas pelo Conselho Fiscal é extremamente grave, e ensejaria duas providências: ou a abertura de procedimento contra a Diretoria da entidade, ou a abertura de procedimento contra os membros do Conselho Fiscal, caso suas denúncias fossem consideradas levianas ou irresponsáveis.
15. Tem-se, aqui, situação diversa: as denúncias do Conselho Fiscal são contundentes, seus apanhados são tecnicamente sustentados, as providências que exige são exatamente aquelas que a lei determina sejam tomadas. No entanto, silencia de forma absoluta o órgão fiscalizador, nada obstante a expressa determinação legal de que fiscalize de forma permanente as entidades fechadas de previdência privada.
16. Ainda mais escabrosa a situação quando se trata da segunda maior entidade previdenciária fechada complementar do País, e inacreditável quando se tem presente que a maior entidade, a Previ, encontra-se em situação superavitária, demandando menor esforço fiscalizatório da SPC.
17. Tais são as providências de natureza disciplinar sugeridas, adentrando o terreno da investigação criminal.
18. As providências demandas pelo Conselho Fiscal são tecnicamente corretas e ainda guardam relativo comedimento frente à inércia contumaz da patrocinadora e da Diretoria da entidade.

Os aspectos cíveis e as questões relativas à apuração de haveres e cobrança foram objeto de parecer específico.

Brasília (DF), 21 de outubro de 2005.

Luís Antônio Castagna Maia
OAB - DF 13.377