

Por Leonardo Vasconcellos Rocha (*)

Criada pela Lei 12.154, de 23 de dezembro de 2009, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, sucedendo a extinta Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social – SPC, exerce atualmente o papel de órgão fiscalizador ou supervisor das atividades das entidades fechadas de previdência complementar – EFPC.

Decorre desta competência fiscalizatória a possibilidade de aplicação de penalidades regida pelo Decreto 4.942, de 30 de dezembro de 2003, que regulamenta o processo sancionador no âmbito do regime de previdência complementar operado pelas EFPC.

Noutra vertente, está a possibilidade de formalização de termo de ajustamento de conduta, quando da ocorrência do descumprimento de obrigação legal ou regulamentar, prevista no art. 24, inciso VII, do Anexo I do Decreto 7.075, de 26 de janeiro de 2010, que aprovou a estrutura regimental e o quadro de cargos da PREVIC.

A presente abordagem tem por escopo efetuar a devida diferenciação entre as situações descritas no art. 22, § 2º, do mencionado Decreto 4.942/2003 e no art. 24, inciso VI, do Decreto 7.075, de 26 de janeiro de 2010. Ou seja, demonstrar que a hipótese autorizadora da celebração de TAC não se confunde com a aquela na qual se oportuniza a correção pura e simples de uma prática irregular.

O Decreto 7.075/2010 conferiu à PREVIC à possibilidade de celebrar Termos de Ajustamento de Conduta, nos seguintes termos:

“Art. 24. À Diretoria de Fiscalização compete:

(...)

VI - lavrar auto de infração ao constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal ou regulamentar, quando não couber a formalização de termo de ajustamento de conduta;”

Coube, então, a esta autarquia a tarefa de regulamentar os procedimentos alusivos à celebração do TAC, o que fez por meio da Instrução 3, de 29 de junho de 2010.

Seu art. 3º explicitou as hipóteses em que seria cabível a celebração de TAC:

Art. 3º O TAC somente poderá ser celebrado quando:

I - não tiver havido prejuízo financeiro à EFPC ou a plano de benefícios por ela administrado, salvo se a proposta abranger o ressarcimento integral desse prejuízo;

II - for possível corrigir a irregularidade, mediante a adequação de determinadas práticas aos ditames legais e da regulação em vigor; e

III - não tiver havido, nos últimos 5 (cinco) anos, a celebração de outro TAC relativo à mesma infração nem o descumprimento de outro TAC anteriormente firmado pelo mesmo compromissário.

No que interesse à presente abordagem, a delimitação de seu cabimento traz **duas características** que hão de ser ressaltadas: o TAC é cabível mesmo nos casos de i) a **conduta ser causadora de prejuízos** (desde que previsto o ressarcimento); ii) **estarem presentes circunstâncias agravantes**, tais como a reincidência.

Ainda no intuito de destacar fatores próprios do TAC, é de se mencionar o §1º [1] do art. 4º da citada instrução, que expressamente prevê que a natureza da decisão da Diretoria Colegiada é **discricionária** e final. Tal aspecto é reforçado pela previsão do art. 5º [2], o qual prescreve

orientações sobre a avaliação discricionária de oportunidade e conveniência, impondo que seja verificado se a celebração do TAC é meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto.

Neste juízo são considerados, entre outros fatores, a proporcionalidade, a existência de motivos que justifiquem a necessidade de um ajuste gradual da conduta e o fator dissuasório de novas condutas.

Evidenciadas essas peculiaridades, cumpre fazer um contraponto como o disposto no art. 22, § 2º, do Decreto 4.942/2003:

“Art. 22. A inobservância das disposições contidas nas Leis Complementares nos 108, de 29 de maio de 2001, e 109, de 2001, ou de sua regulamentação, sujeita o infrator às seguintes penalidades administrativas:

(...)

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

Tal previsão, como se nota, diz respeito ao prazo concedido pelo órgão fiscalizador para a correção de irregularidades, de modo a evitar a lavratura de um auto de infração.

Da leitura deste dispositivo, é possível extrair que a concessão deste prazo somente poderá ocorrer quando presentes dois requisitos básicos: *i)* a conduta não seja causadora de prejuízos; e *ii)* não se verifiquem circunstâncias agravantes.

Ademais, há que se atentar para o fato de que, presentes tais circunstâncias, não há espaço para qualquer juízo de conveniência ou oportunidade por parte da autoridade fiscalizadora. É que a redação da parte final do dispositivo é taxativa: *“não será lavrado auto de infração”*.

Noutras palavras, o autor da conduta à qual seja aplicada a possibilidade de correção a que se refere o § 2º do referido art. 22 tem o direito de que lhe seja franqueado prazo para correção.

E por estar esta possibilidade de avaliação discricionária na essência da celebração de um termo de ajustamento de conduta, é possível afirmar que as duas hipóteses de que se está a tratar são excludentes entre si.

Assim, sendo cabível a celebração de um TAC não será possível franquear ao autor da conduta infracional o prazo para correção da irregularidade a que se refere o Decreto 4.942.

Daí a impropriedade, *data vênia*, que se constata no caput do art. 4º da Instrução PREVIC 3 de 2010, cujo teor vale reproduzir:

“Art. 4º A proposta de TAC deverá ser apresentada pelo interessado à unidade regional da PREVIC de sua jurisdição antes da lavratura de auto de infração em razão da conduta em análise ou antes de esgotado o prazo concedido nos termos do art. 22, § 2º, do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003.”

A aludida redação deveria estar restrita à primeira parte, determinando-se a fixação de um prazo para a apresentação de um TAC antes da lavratura do auto de infração.

A menção ao prazo do art. 22, § 2º, acaba por confundir institutos absolutamente estranhos.

Uma vez esgotado o prazo fixado com base no art. 22, § 2º, do Decreto 4.942/2010, sem que tenha

havido a correção da irregularidade, a lavratura do auto de infração é medida que se impõe.

Quando muito, considerando o silêncio do aludido decreto em relação a esse aspecto, poder-se-ia cogitar da apresentação de um pedido justificado de prorrogação do prazo para tal correção, demonstrando-se a impossibilidade de sua finalização no intervalo inicialmente estabelecido.

A admissão de uma proposta de TAC após o decurso deste prazo, tal qual uma espécie de segunda rodada de negociações, configura uma indevida inovação do instituto previsto no processo sancionador.

Em suma, atentando-se para os balizamentos normativos atinentes a cada caso concreto, cabe ao agente responsável pela ação fiscal instar o responsável pela conduta passível de autuação para que exerça as faculdades exercidas pela norma de regência.

De todo modo, há que se ter em mente que a concessão de prazo para o exercício de uma delas deve ser certa e devidamente identificada, uma vez que não há inter-relação entre as hipóteses aqui apreciadas.

CONCLUSÃO

As breves considerações aqui expostas destinaram-se a explicitar a indevida confusão entre as situações – absolutamente distintas, como visto – descritas no art. 22, § 2º, do mencionado Decreto 4.942/2003 e no art. 24, inciso VI, do Anexo I do Decreto 7.075, de 26 de janeiro de 2010.

Em síntese, demonstrou-se que a hipótese autorizadora da celebração de TAC não se confunde com aquela na qual se oportuniza a correção pura e simples de uma prática irregular, sendo certo que a primeira delas é muito mais complexa e abrangente do que a segunda.

Além das diferenças atinentes aos requisitos de cabimento próprios de cada qual, a presença ou não do fator discricionariedade na atuação do órgão fiscalizador desautoriza a aplicação simultânea desses institutos.

Daí a necessidade da individualização do prazo para a propositura do termo de ajustamento na minuta de regência – a Instrução PREVIC 3, de 29 de junho de 2010 –, sem que se faça qualquer menção ao Decreto 4.942/2010, que, como ressaltado, lhe é absolutamente estranho.

NOTAS:

[1] “Art. 4º (...)

§ 1º A unidade regional da PREVIC, mediante manifestação fundamentada quanto à conveniência e à oportunidade da celebração, submeterá a proposta de TAC ao Diretor de Fiscalização que, após o pronunciamento da Procuradoria Federal da PREVIC quanto à sua juridicidade, apresentará a respectiva minuta à Diretoria Colegiada da autarquia, para decisão discricionária final, por maioria simples.”

[2] “Art. 5º Na avaliação discricionária de conveniência e oportunidade a que se refere o § 1º do art. 4º desta Instrução deverá ser verificado se a celebração do TAC é o meio adequado e próprio à realização eficaz e eficiente do interesse público no caso concreto, ponderando-se, entre outros, os seguintes fatores, quando for o caso:

I - a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise;

II - a existência de motivos que recomendem que o ajustamento de determinada prática reputada irregular se dê de forma gradual e não repentina; e

III - a capacidade do TAC para desestimular a prática de novas condutas semelhantes pelo próprio

Legismap Roncarati

Infrações administrativas no regime de previdência complementar operado por entidades fechadas: a distinção entre o Termo de Ajustamento De Conduta -TAC e a correção prévia de irregularidade

compromissário e por terceiros que se encontrem em posição análoga à do compromissário no âmbito do sistema de previdência complementar.”

(*) **Leonardo Vasconcellos Rocha** é Procurador Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub. Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília - Unb. Procurador Federal em atuação no Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal.

Fonte: [Conteúdo Jurídico](#), em 16.12.2014.