



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**

441ª Sessão

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CVM 08/2012

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES: GERMINAL POCA
HUDSON CALEFE
IZABEL CRISTINA MARQUES
JOZÉLIA NOGUEIRA
JÚLIO CESAR DA SILVA
MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI
PEDRO HENRIQUE XAVIER
ROGÉRIO DISTEFANO
SERGIO BOTTO DE LACERDA
RECORRIDA: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

RELATOR: THIAGO PAIVA CHAVES

ADVOGADOS: ANGELA OLIVEIRA BALEEIRO (OAB/DF 23.353)
ELI LORIA (OAB/SP 316.727)
IVAN IEGOROFF DE MATOS (OAB/SP 316.184)
LUCIANO GIACOMET (OAB/PR 29.376)

EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIOS. Não Divulgação de Fato Relevante. Contabilização Inadequada de valores no balanço. Desvio de Poder. Fluência do prazo trienal da prescrição intercorrente (Lei nº 9.873/1999, art. 1º, §1º) antes da instauração formal do processo administrativo sancionador pela citação dos acusados. Superação de entendimento jurisprudencial anteriormente pacificado no CRSFN em sentido contrário (*Overruling*). Impossibilidade de desconstituição de ato/processo plenamente constituído com fundamento em mudança posterior de orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei nº 13.655/2018 c/c Decreto nº 9.830/2019, art.5º, caput e §1º). Modulação dos efeitos da nova orientação geral. Adoção de regime de transição (LINDB, art. 23, segundo a Lei nº 13.655/2018 c/c Decreto nº 9.830/2019, arts. 6º e 7º). Recursos parcialmente providos.

ACÓRDÃO CRSFN 134/2020

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, os membros do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional decidem conhecer dos recursos voluntários e:

1. Em sede preliminar:

1.1 por maioria, **admitir, em tese, a possibilidade de fluência da prescrição intercorrente** (Lei nº 9.873/1999, art. 1º, §1º) antes da instauração formal do processo administrativo sancionador por meio da citação válida. Vencido o relator, que votou pela impossibilidade de prescrição intercorrente ainda na fase investigatória;

1.2 por maioria, com fundamento no art. 23 da LINDB e no art. 927, §3º c/c art. 15 do CPC, **admitir a superação da jurisprudência administrativa pacificada do CRSFN** que considerava não fluir o prazo de prescrição intercorrente antes da instauração formal do processo administrativo sancionador. Vencidos o relator e o conselheiro Sérgio Cipriano dos Santos, que votaram no sentido de não ter sido atendido o ônus argumentativo de fundamentação específica e adequada para se proceder à superação de jurisprudência pacificada (art. 927, §4º c/c art. 15 do CPC);

1.3 por unanimidade, com fundamento no art. 23 da LINDB c.c. arts. 6º e 7º do Decreto n. 9.830/2019, **aplicar o regime de transição** para a aplicação da nova interpretação da norma inscrita no art. 1º, §1º, da Lei n. 9.784/99, aprovado pelo Colegiado por unanimidade no julgamento do recurso 10372.000380/2016-83, nos seguintes termos:

“A nova interpretação do CRSFN acerca da incidência do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/1999 à etapa pré-processual se aplicará somente a processos administrativos em que se verificar, antes da citação dos acusados, intervalo igual ou superior a três anos entre a prática de atos subsequentes de movimentação processual, apenas quando o termo final da prescrição intercorrente, isto é, o dia em que se completarem os três anos de paralisação for posterior à data em que a publicação do acórdão que consubstanciou o novo entendimento do CRSFN tiver completado um ano.”

1.4 por unanimidade, **afastar a incidência da prescrição intercorrente no presente caso**. Os conselheiros Maria Rita de Carvalho Drummond, Sérgio Cipriano dos Santos, Antonio Augusto de Sá Freire Filho, Rui Fernando Ramos Alves, Álvaro Affonso Mendonça, Pedro Frade de Andrade e Ana Maria Melo Netto Oliveira votaram no sentido de reconhecer a paralisação do feito na etapa pré-processual, deixando de declarar a ocorrência de prescrição intercorrente em razão da aplicação do regime de transição aprovado pelo Colegiado; o Relator votou por afastar a incidência da prescrição intercorrente sob o fundamento de que o art. 1º, §1º. da Lei n. 9.873/99 não incide sobre etapa pré-processual;

1.5 por unanimidade, reafirmar a orientação no sentido de que qualquer ato ou movimentação que demonstre o desenvolvimento do procedimento em direção a seu fim é suficiente para descaracterizar paralisação processual apta a caracterizar a prescrição intercorrente (Lei nº 9.873/1999, art. 1º, §1º).

2. No mérito, por maioria, com base no voto divergente do conselheiro Pedro Frade de Andrade:

2.1 dar **provimento parcial** aos recursos de SERGIO BOTTO DE LACERDA, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Sanepar, e de PEDRO HENRIQUE XAVIER, ROGÉRIO DISTEFANO, MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI, IZABEL CRISTINA MARQUES E JOZÉLIA NOGUEIRA BROLIANI, na qualidade de Conselheiros de Administração da Sanepar, para convolar as penas de multa no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) aplicada a cada um dos recorrentes em penas de advertência, por terem aprovado a remuneração retroativa do AFAC, conforme o art. 154, caput e §1º da Lei nº 6.404 /1976. Vencido o Relator, que votou pelo desprovimento dos recursos;

2.2 dar **provimento parcial** ao recurso de JÚLIO CÉSAR DA SILVA para convolar a pena de multa no valor de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) em advertência, pela infração de, na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, ter aprovado a remuneração retroativa do AFAC, conforme o art. 154, caput da Lei nº 6.404 /1976. Vencido o Relator, que votou pelo desprovimento do recurso.

2.3 dar **provimento parcial** ao recurso de Hudson Calefe, para convolar a pena de multa no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) em advertência, pela infração de, qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar de 10/03/2003 a 24/5/2012, pela contabilização inadequada, no período de 01/01/2004 a 30/09/2008, dos valores repassados pelo Estado do Paraná à Sanepar, bem como da remuneração destes valores, em desacordo com o previsto no artigo 177 , caput, c/c o art. 180 da Lei nº 6.404/76. Vencido o Relator, que votou pelo desprovimento do recurso.

2.4 dar **provimento parcial** ao recurso de Germinal Pocá, para redução da multa pecuniária de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) pela infração de, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Sanepar de 10/03/2003 a 31/12/2008, não ter feito publicar fato relevante. Vencido o Relator, que votou pelo desprovimento do recurso, e o Conselheiro Álvaro Affonso Mendonça, que votou pela convocação da multa em pena de advertência.

Iniciado na 440ª sessão, o julgamento foi adiado após a votação das preliminares e antes do início da votação do mérito por pedido de vista do conselheiro Pedro Frade de Andrade. Ausente o Conselheiro Rui Fernando Ramos Alves.

Reiniciado o julgamento na 441ª sessão, o relator apresentou seu voto em relação ao mérito e votaram os demais conselheiros.

Participaram do julgamento os conselheiros Álvaro Affonso Mendonça, Ana Maria Imbiriba Corrêa, Ana Maria Melo Netto Oliveira, Antonio Augusto de Sá Freire Filho, Maria Rita de Carvalho Drummond, Pedro Frade de Andrade, Sérgio Cipriano dos Santos e Thiago Paiva Chaves. Manifestou-se nos termos regimentais o procurador André Alvim de Paula Rizzo.

Brasília, 15 de setembro de 2020.



Documento assinado eletronicamente por **Ana Maria Melo Netto Oliveira, Conselheiro(a) Presidente**, em 16/10/2020, às 19:10, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **10528682** e o código CRC **8D1894F4**.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CVM 08/2012

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES: GERMINAL POCA
HUDSON CALEFE
IZABEL CRISTINA MARQUES
JOZÉLIA NOGUEIRA
JÚLIO CESAR DA SILVA
MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI
PEDRO HENRIQUE XAVIER
ROGÉRIO DISTEFANO
SERGIO BOTTO DE LACERDA

RECORRIDO: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

RELATOR: THIAGO PAIVA CHAVES

RELATÓRIO

I - Objeto

- 1) Trata-se de Processo Administrativo Sancionador instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") em resultado de correspondência encaminhada à Autarquia pela Dominó Holding S.A. ("Dominó"), em 1.6.2005, contendo denúncia a respeito de supostas irregularidades nas demonstrações financeiras da Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar ("Sanepar"). Tais irregularidades teriam sido verificadas nas demonstrações financeiras referentes aos exercícios financeiros findos em 31.12.2003 e 31.12.2004, notadamente em relação à contabilização de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital ("AFAC").
- 2) Posteriormente, em 18.10.2005, a Dominó encaminhou nova correspondência à CVM questionando a regularidade da deliberação do Conselho de Administração da Sanepar de 13.9.2005, que aprovou a remuneração do AFAC (fls. 805-823).

II - **Instauração do processo administrativo e defesa**

- 3) O Relatório de Inquérito aponta que o Diretor de Relação com Investidores ("DRI") da Sanepar, Germinal Pocá, teria, supostamente, desobedecido o disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, ao deixar de publicar Fato Relevante informando (i) a decisão, por parte do Conselho de Administração da Sanepar, de remunerar em valor significativo os créditos recebidos pela Companhia a título de AFAC; e (ii) a decisão do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), em setembro de 2007, no âmbito da medida cautelar nº 13.304, que reconheceu a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre a Dominó e o Estado do Paraná.
- 4) Entre junho de 1998 e 18.12.2003, o Estado do Paraná realizou aporte de recursos, a título de AFAC, correspondentes a repasse do "Projeto Paranasan". O referido projeto, consolidado com a celebração do contrato nº BZ-P13, em 8.1.1998, entre o Estado do Paraná, a Sanepar e o OECF – Japan (atual JBIC), previa o financiamento das obras de saneamento do Litoral do Paraná e Região Metropolitana de Curitiba, "envolvendo recursos de cerca de um bilhão de reais" (fl. 1.299).
- 5) Na reunião ordinária do Conselho de Administração de 24.5.2005, foi apresentada proposta de remuneração do acionista Estado do Paraná por valores deixados na Companhia a título de AFAC. A matéria voltou a ser discutida na reunião ordinária do Conselho de Administração de 13.9.2005, quando a remuneração dos valores registrados na Sanepar a título de AFAC foi aprovada por maioria, vencido o Conselheiro Marlik Bentabet, representante da Dominó.
- 6) Em seu voto, Marlik Bentabet (fls. 821-823) manifestou sua preocupação quanto à proposta de remuneração, principalmente em relação às repercussões fiscais e financeiras que tal estratégia traria. Ademais, destacou que a Deloitte Touche Tohmatsu ("Deloitte"), auditora independente da própria Sanepar, teria se posicionado contrariamente à proposta. A auditora entendeu que "para que fosse possível a remuneração desses valores [depositados a título de AFAC], seja pela aplicação da taxa de juros, seja pela atualização monetária, haveria a necessidade de ter constado no ato do adiantamento essa previsão, o que não ocorreu".
- 7) A Acusação destacou também que o Parecer nº 76/2005-PGE foi produzido pela Procuradora do Estado do Paraná, Jozélia Nogueira, e aprovado por Sérgio Botto, Procurador Geral do Estado do Paraná. Dezesete dias após emitir o referido Parecer, Jozélia Nogueira foi eleita Conselheira de Administração da Sanepar, e Sérgio Botto, que já ocupava o cargo de Conselheiro de Administração, foi eleito Presidente do Conselho.
- 8) Observou também que o montante de R\$ 76,4 milhões, destinado à remuneração retroativa do AFAC, correspondia a 3,64% do Patrimônio Líquido e a 9,19% do Capital Social integralizado pela Companhia.
- 9) Assim, a remuneração retroativa de forma não prevista e não pactuada, somente atenderia ao interesse do acionista controlador, que fora exatamente o responsável pela indicação de sete dos oito membros do CA que votaram a favor dessa medida. A Companhia não teria tido vantagem alguma, mas sim prejuízo evidente, pois tinha dívida por valor líquido e certo que foi alterado em momento posterior, com efeito retroativo e em valor relevante.
- 10) Dessa forma, a Acusação conclui que a decisão do Conselho de Administração da Sanepar, em 13.9.2005, a respeito da remuneração retroativa do AFAC, representa violação ao disposto no caput e §1º art. 154 da Lei nº 6.404/1976.
- 11) Sobre a contabilização do AFAC, a Acusação arguiu que apesar de classificados pela Companhia como AFAC, os valores repassados à Companhia eram verdadeiros empréstimos, razão pela qual deveriam ter sido contabilizados como elemento do passivo.
- 12) A Acusação alegou também que o DRI da Sanepar, Sr. Germinal Pocá, deixou de publicar Fato Relevante informando: (i) a decisão do STJ, de setembro de 2007, que reafirmou a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó; e (ii) a decisão, do Conselho de Administração da Companhia, de remunerar em valor considerável os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC.

13) Em defesa, sobre a votação dos demais Conselheiros de Administração que votaram a favor da remuneração dos valores registrados na Sanepar a título de AFAC, estes alegaram que tomaram a decisão com base no Parecer da PGE, o qual indicou a possibilidade da remuneração. A Acusação observa que tal fato não tem o condão de isentá-los de responsabilidade. Isto porque, conforme decidido pelo Colegiado da CVM, “a opinião de um especialista não é suficiente, por óbvio, para eximi-los completamente de responsabilidade, sobretudo em uma operação entre partes relacionadas”.

14) Para eles, os fatos ocorridos nas Reuniões Extraordinárias do Conselho de Administração de 24.5.2005 e 13.9.2005 não resultaram em qualquer prejuízo à sociedade ou aos seus acionistas, pois se limitaram à aprovação para que a Diretoria Executiva contabilizasse juros retroativos sobre valores deixados em AFAC. Uma vez que tais valores foram mantidos em conta reservada, não tendo sido, portanto, incorporados ao capital social da Companhia, não houve ato ilegal ou abusivo dos defendentes.

15) Colocaram também que, não tendo sido capitalizados os valores constantes da AFAC e reservados em conta específica, prejuízo algum ocorreu à sociedade ou seus acionistas. Tanto isso seria verdade que o próprio denunciante (Dominó Holdings, em 6.12.2012) retratou a denúncia, de vez que os acionistas deram outro encaminhamento aos valores do AFAC. Afirmaram ainda que não caberia à CVM analisar atos internos de administração das Companhias abertas que não repercutam no mercado de valores mobiliários.

16) Pedro Henrique Xavier acrescentou que considerando que o Estado do Paraná e a Dominó Holding firmaram novo acordo de acionistas, em 27.8.2013, no qual foi tratada a questão do AFAC e sua remuneração, o presente PAS teria perdido seu objeto, e deveria ser arquivado. Alegou também que o Conselho de Administração agiu, no momento das reuniões extraordinárias em questão, em nome dos interesses da Sanepar.

17) Por sua vez, Marcos Vinícius Ferreira Mazoni acrescentou que as deliberações constitutivas da remuneração do AFAC foram declaradas nulas pelo poder judiciário, motivo pelo qual as mesmas não produziram qualquer efeito.

18) Hudson Calefe argumentou que os registros contábeis ora questionados foram efetuados de acordo com os contratos efetuados entre o Estado do Paraná e a Sanepar. A Lei nº 6.404/1976 não trata da forma de contabilização dos valores recebidos a título de AFAC, entretanto, “existem autores brasileiros, com os quais concordamos, que defendem a classificação destes adiantamentos como parte do Patrimônio Líquido da empresa”.

19) Além disso, completou que os valores repassados à Sanepar a título de AFAC não retornariam ao Estado do Paraná posteriormente, evidenciando a intenção de transformação dos referidos valores em Capital Social da Companhia.

20) Quanto à contabilização da remuneração dos valores repassados à Sanepar a título de AFAC ao Estado do Paraná, o Defendente arguiu que o mesmo estava em consonância com o registro na mesma conta contábil patrimonial do saldo principal (créditos do Estado do Paraná). Segundo ele, para o atendimento à cláusula terceira do contrato firmado entre o Estado do Paraná e a Sanepar o montante resultante da atualização efetuada de acordo com o contrato, deve ser registrado na Sanepar como crédito do Estado do Paraná para futuro aumento de capital.

21) Devidamente intimado, Germinal Pocá não apresentou Defesa.

III - Decisão do Colegiado da CVM

22) Preliminarmente, a diretora-relatora afastou a alegação de desrespeito ao art. 11 da Deliberação CVM nº 538/2008 por não haver qualquer exigência de que a oitiva dos eventuais acusados se dê em momento anterior à instauração do inquérito. Segundo a diretora-relatora, a norma exige que a manifestação prévia ocorra antes da conclusão do inquérito, ou seja, antes da apresentação do correspondente Relatório, tal como, de fato, ocorreu no presente caso.

23) Quanto à alegada prescrição do exercício da ação punitiva, a relatora alega que não ocorreu, dado que a apuração dos fatos alegados ocorreu muito antes do prazo de cinco anos. Logo após a reclamação da Dominó protocolada em 1.6.2005, a CVM deu início à apuração dos fatos. Assim, já em 1.11.2005, a Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) enviou ofício à Sanepar para que ela se manifestasse a respeito das alegações. A partir de então, diversos atos interruptivos do curso prescricional foram praticados.

24) Quanto a alegação de prescrição intercorrente, a diretora coloca que o fato de não ter sido praticado ato administrativo entre julho de 2009 e outubro de 2012, não é fundamento suficiente para ensejar a ocorrência de prescrição intercorrente, uma vez que a “ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor” somente prescreve em cinco anos, “contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”, e observadas as hipóteses de interrupção, na forma do art. 2º da Lei nº 9.873/99. A prescrição

intercorrente de três anos somente incidiria a partir do momento em que é formulada a acusação administrativa, o que não seria o caso concreto.

25) Quanto ao mérito, a diretora-relatora concorda com a interpretação da acusação sobre a não divulgação de fato relevante pelo DRI sobre a decisão do STJ. Para ela, restou comprovado nos autos o conhecimento da decisão do STJ pelo defendente, ao arguir que não tratava-se “de fato relevante, mas sim de tudo irrelevante”. (fls. 1274-1275). Se a Companhia e o DRI à época julgaram ser relevante a decretação da ineficácia do Acordo de Acionistas (devidamente comunicada), é igualmente relevante a decretação da eficácia deste mesmo Acordo, conforme decidido pelo STJ em 2.12.2004 (fls. 896-905).

26) Ademais, conforme observado pela acusação, o art. 2º, parágrafo único, III, da Instrução CVM nº 358/02 deixa claro que alterações em Acordos de Acionistas devem ser considerados como Fato Relevante e, portanto, devem ser divulgados ao mercado. Para a diretora-relatora, seria óbvio que o reconhecimento judicial da decretação da eficácia do Acordo de Acionistas se encaixaria nesta hipótese.

27) Quanto à não publicação de Fato Relevante informando a decisão de remunerar retroativamente os valores registrados como AFAC, a diretora entendeu que o DRI incorreu em nova omissão. Para ela, o fato de um determinado lançamento contábil não gerar uma saída de caixa (“sangrar o caixa da Companhia”), não significa que este lançamento não tenha implicações relevantes para a Companhia ou seus acionistas.

28) De acordo com o contrato, estes valores deveriam ser, no futuro, convertidos em participação no capital da Companhia pelo Estado do Paraná que, assim, teria sua participação acionária aumentada em razão da remuneração retroativa, diluindo a participação dos acionistas minoritários. Para a relatora, o fato de a remuneração se ter dado de forma retroativa chama no mínimo atenção e, na medida em que tinha o potencial de influir na decisão de investimento, deveria ter sido divulgada ao público.

29) Quanto à contabilização dos AFAC, a diretora-relatora concluiu que os repasses feitos pelo Estado do Paraná à Sanepar não possuíam os requisitos necessários de um AFAC. Portanto, esses recursos não poderiam ter sido contabilizados como Patrimônio Líquido, restando claro que o Sr. Hudson Calefe infringiu os arts. 177 e 180 da Lei nº 6.404/1976.

30) No que tange ao desvio de poder, questionou-se se os conselheiros da Sanepar estavam agindo no interesse da Companhia quando aprovaram a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC ou agindo de acordo com os interesses do Estado do Paraná.

31) Considerando que, no caso concreto, o conselho de administração da Sanepar já tinha a opinião contrária da Deloitte, para a diretora-relatora, seria de se esperar que o conselho de administração da Companhia tivesse o mínimo de reflexão a respeito do parecer produzido por órgão integrante do próprio acionista controlador, parte claramente interessada em receber a remuneração do AFAC. Ressaltou ainda que, no caso concreto, um dos conselheiros era procurador geral do Estado e a procuradora que elaborou o Parecer, um mês depois, tornou-se conselheira da Companhia, eleita pelo Estado do Paraná. No início da discussão entre a Sanepar e a Secretaria da Fazenda estadual um dos conselheiros da Companhia era o próprio secretário de fazenda.

32) A relatora entendeu ser razoável admitir que o Estado do Paraná desejasse, prospectivamente, diante da demora em realizar o aumento de capital, renegociar os termos dos contratos que regiam os AFACs. Contudo, remunerar o Estado retroativamente quando não havia previsão legal representa, no caso concreto, a seu ver um verdadeiro favorecimento indevido ao Estado do Paraná, em prejuízo da Companhia que se viu obrigada a remunerar recursos para os quais não havia previsão contratual. Concluiu ainda que esta atitude dos conselheiros representa claro desvio de poder em infração ao caput e ao § 1º do art. 154 da Lei nº 6.404/1976. No caso, os conselheiros teriam privilegiado os interesses do Estado do Paraná em detrimento dos interesses da Companhia e dos demais acionistas que teriam sido prejudicados em decorrência desta remuneração que passou a ser considerada crédito do Estado do Paraná junto a Companhia.

33) Por fim, votou pelas seguintes responsabilizações, tendo sido acompanhada pelos demais membros do Colegiado da CVM:

- a. Pela condenação de Sergio Botto de Lacerda na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Sanepar à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por ter aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput e § 1º da Lei nº 6.404/1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;

- b. Pela condenação de Pedro Henrique Xavier, Rogério Distefano, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Izabel Cristina Marques, e Jozélia Nogueira Broliani na qualidade de Conselheiros de Administração da Sanepar, à pena de multa de R\$ 300 mil para cada um, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por terem aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput e § 1º da Lei nº 6.404 /1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385 /1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;
- c. Pela condenação de Júlio César da Silva na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eleito pelos empregados, à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por ter aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput da Lei nº 6.404/1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;
- d. Pela condenação de Germinal Pocá, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Sanepar de 10/03/2003 a 31/12/2008 à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976:
 - i. por não ter feito publicar Fato Relevante, pelo menos a partir de 25.9.2007, informando o mercado que o STJ havia tornado sem efeito a decisão da Vara de Fazenda Pública de Curitiba para, assim, reafirmar a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó, em descumprimento ao disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 18 da mesma Instrução;
 - ii. por não ter feito publicar Fato Relevante informando a decisão, por parte do Conselho de Administração da Companhia, de remunerar retroativamente os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC, desobedecendo ao disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385 /1976, conforme disposto no art. 18 da mesma Instrução;
- e. Hudson Calefe, na qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar de 10.3.2003 a 24.5.2012, à pena de multa de R\$ 100 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, pela inadequada contabilização, no período de 1.1.2004 a 30.9.2008, dos valores repassados pelo Estado do Paraná à Sanepar, bem como da remuneração destes valores, em desacordo com o previsto no artigo 177 , caput, c/c o art. 180 da Lei nº 6.404/76.

IV - **Recurso ao CRSFN**

- 34) Devidamente intimados, os acusados apresentaram defesa a este Conselho de forma tempestiva.
- 35) O recorrente Pedro Henrique Xavier expôs, em síntese, os seguintes argumentos (fls. 1856-1877):
 - i. O processo perdeu seu objeto com a celebração, em 27.8.2013, do novo acordo de acionistas da SANEPAR que pôs fim a uma série de litígios, em especial no que diz respeito ao AFAC e sua remuneração. A decisão recorrida não analisou tal alegação.
 - ii. a pretensão punitiva foi atingida pela prescrição. Ao contrário do que entendeu a CVM, cada uma das hipóteses de interrupção previstas no artigo 2º da Lei nº 9.873/99 somente pode ocorrer uma única vez. Em matéria de prescrição, a regra geral é a da prescritibilidade;
 - iii. o Conselho de Administração não privilegiou o acionista majoritário, eis que diante da impossibilidade de aumento de capital social, os recursos aportados a título de AFAC passaram a ter a natureza jurídica de mútuo, no qual os juros são devidos por força de lei. A remuneração dos recursos do AFAC não dependia de qualquer ato da SANEPAR ou estar prevista em contrato, pois era devida por força de lei. A decisão recorrida reconheceu que o AFAC era um mútuo (capítulo IV). O que o Conselho de Administração fez nas reuniões foi de apenas regulamentar o que a lei determina, tendo estabelecido uma taxa inferior à SELIC (TJLP) e que seria aplicada sem capitalização. Essa remuneração não causou qualquer prejuízo à SANEPAR, haja vista que não houve dispêndio de recursos financeiros, tendo sido contabilizada como crédito do Estado do Paraná;
 - iv. quanto a multa aplicada pelo Colegiado, a decisão recorrida, que não foi motivada, não levou em consideração alguns aspectos do recorrente: a) jamais foi punido pela CVM; b) não relatou o processo de remuneração do AFAC, nem participou da confecção do parecer apresentado ao Conselho de Administração; c) a aprovação do provisionamento da remuneração teve por escopo impedir a criação de um enorme passivo a SANEPAR; d) tal provisionamento não causou prejuízo à SANEPAR; e) o denunciante posteriormente concordou com a remuneração em apreço ao firmar o novo acordo de acionistas. Dado o exposto, a sanção imposta é excessiva, devendo ser substituída pela pena de advertência.

36) Já os recorrentes Sergio Botto de Lacerda, Rogério Distefano, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Izabel Cristina Marques, Jozélia Nogueira e Júlio Cesar da Silva, apresentaram recurso conjunto em que alegaram, preliminarmente, a ocorrência da prescrição punitiva e da prescrição intercorrente, e no mérito (fls. 1889-1927):

- i. uma vez que a discussão entre os acionistas já estava resolvida antes mesmo da expedição dos ofícios de intimação para prestação de esclarecimentos, e que não foi comprovado ou efetivamente realizado qualquer prejuízo ao mercado, o processo administrativo tornou-se desprovido de utilidade;
- ii. os conselheiros da SANEPAR estavam agindo no interesse da Companhia quando aprovaram a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC. A adoção da medida de remunerar o AFAC teve respaldo legal;
- iii. considerando o AFAC como mútuo, se considera, por força do artigo 591 do Código Civil, de forma automática a incidência de juros sob o mesmo;
- iv. o valor aportado pelo Estado do Paraná devidamente atualizado deveria ser devolvido a quem tenha concedido os montantes à companhia, sob pena de que seja considerado enriquecimento ilícito da companhia em detrimento daquele que disponibilizou os recursos;
- v. remunerar o AFAC foi uma decisão negocial dos conselheiros. Não pode o resultado da obrigação ser utilizado como forma de responsabilizar o membro do conselho de administração;
- vi. não existia uma opinião contrária da Deloitte. A auditoria entendeu que, para que fosse possível a remuneração dos valores depositados a título de AFAC, a solução poderia ser alcançada por estudo jurídico;
- vii. o parecer da Procuradoria do Estado se manifestou favorável à operação, trazendo o estudo jurídico apontado pela Deloitte;
- viii. se houve qualquer desvio de poder, este foi cometido pelos membros indicados pela Dominó, que não levaram em conta os efeitos devastadores que a não remuneração do AFAC causariam;
- ix. realçam os recorrentes a severidade das penas que lhes foi fixada, e assim esperam eles que sejam reduzidas à advertência.

37) Por sua vez, o recorrente Hudson Calefe apresentou, em síntese, os seguintes argumentos, além da alegações preliminares de prescrição nos mesmos termos das defesas dos recorrentes já descritos neste relatório (fls. 1946-1956):

- i. o processo é nulo, já que não houve ato administrativo fundamentado para a sua instauração. Também não foram ouvidos os acusados na fase de apuração dos fatos. A doutrina é pacífica no sentido de que a decisão deve ser precedida da audiência de todos os interessados. Para que os interessados possam ser ouvidos, é necessário que seja informado seu conteúdo, com decisão fundamentada;
- ii. os valores repassados à SANEPAR eram verdadeiros AFACs, uma vez que tinham o propósito de capitalização e condição de permanência na companhia, sendo que foram realizadas várias tentativas de aumento de capital, as quais foram impedidas por decisões judiciais;
- iii. a classificação dos adiantamentos como parte do patrimônio líquido da SANEPAR leva em conta o preceito contábil incluído na Res. 750/1993 do CFC. Reforça esse entendimento o fato de que a devolução desses valores não seria exigida pelo Estado do Paraná, caracterizando, assim, a clara intenção de conversão em Capital Social;
- iv. os créditos não apresentam obrigação e, portanto, torna-se desnecessária a classificação no passivo, por tratar-se de valores que não seriam devolvidos ao Estado do Paraná;
- v. os pareceres dos auditores independentes atestaram as demonstrações contábeis dos exercícios de 2003 a 2008;
- vi. os créditos utilizados para o aumento do capital social da SANEPAR referem-se aos saldos dos recursos registrados contabilmente à época como AFAC, os quais foram realizados em outubro de 2013, subscritos e integralizados pelo Estado do Paraná e por alguns acionistas minoritários.

38) Por fim, o recorrente Germinal Poca apresentou sua defesa alegando preliminarmente os mesmos termos apresentados pelo recorrente Hudson Calefe (nulidade da portaria que instaurou o processo e prescrições). Já no mérito, em síntese, relatou:

- i. quando investidores e Estado do Paraná entraram em controvérsia judicial, o mercado foi sim plenamente informado do que se passava a respeito das transações das ações, já que a decisão judicial havia sido publicada no Diário Oficial da Justiça. Tal litígio também era de amplo conhecimento da sociedade por meio da imprensa;
- ii. toda a escrituração contábil relativa ao período em questão está em acordo com os preceitos legais e com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, pois a operação foi devidamente analisada pelo Conselho de Administração da SANEPAR, auditada por auditores independentes e assinada por Contador inscrito no CRC/PR;

- iii. se está em desacordo, então os responsáveis pela ausência da comunicação do fato relevante passa a ser não mais do recorrente, mas sim dos auditores e contador, devidamente registrados em seus órgãos de controle profissionais;
- iv. há nulidade do processo, tendo em vista que o presidente da SANEPAR da época, seu representante legal, não foi chamado para prestar os devidos esclarecimentos;
- v. o recorrente não foi informado pelos demais diretores da empresa, baseado em documentos específicos, que deveria comunicar o presente fato relevante ao mercado;
- vi. não houve prejuízo com a eventual falta de comunicação ao mercado do suposto fato relevante, pois ninguém reclamou. Não houve dano, não houve prejuízo, não houve má fé, não houve vantagem ilícita por parte do recorrente, nada em desacordo com a legislação vigente.

É o relatório.

Thiago Paiva Chaves – Conselheiro Relator.



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Paiva Chaves, Conselheiro(a) Relator(a)**, em 06/12/2018, às 18:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1495103** e o código CRC **C029C585**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CRSFN-CVM 08/2012

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES: GERMINAL POCÁ
HUDSON CALEFE
IZABEL CRISTINA MARQUES
JOZÉLIA NOGUEIRA
JÚLIO CESAR DA SILVA
MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI
PEDRO HENRIQUE XAVIER
ROGÉRIO DISTEFANO
SERGIO BOTTO DE LACERDA

RECORRIDO: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

RELATOR: THIAGO PAIVA CHAVES

Modalidade(s) de Julgamento: (x)Virtual (x)Videoconferência ()Presencial

RELATÓRIO

(*) Relatório Complementar

I - OBJETO

1) Trata-se de Recursos Voluntários apresentados ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional ("CRSFN") almejando reforma da decisão proferida pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"), em 16.12.2014, que culminou com a aplicação de multas aos recorrentes, por supostas irregularidades nas demonstrações financeiras da Sanepar e/ou pela não publicação de fato relevante.

II - CRONOLOGIA PROCESSUAL

2) Alguns dos principais atos e fatos administrativos realizados no curso do processo estão resumidos no quadro a seguir:

Tabela 1

Evento	Data	Folhas
Denúncia/Reclamação de investidor	28.4.2005	59-68
Encaminhamento de processo para a SFI instaurar o Inquérito Administrativo.	17.7.2006	28
Por força da Deliberação CVM nº 538, autos enviados às SPS.	28.3.2008	29
Intimações para prestação de esclarecimentos.	14.8.2009	43
Fornecimento de cópia dos autos para subsidiar prestação de esclarecimentos de comitente em oitiva.	17.8.2009	55
Fornecimento de cópia dos autos para subsidiar prestação de esclarecimentos de comitente em oitiva.	26.8.2009	47
SPS realiza diligências necessárias à instauração e instrução de inquérito com base na proposta dos autos.	23.10.2012	57
Portaria CVM instaurando Inquérito Administrativo.	6.11.2012	1
Relatório de acusação da SPS/PFE.	14.2.2014	1.281-1.327
Decisão CVM.	16.12.2014	1.765-1.804
Autuação no CRSFN.	28.5.2015	1.916
Encaminhamento dos autos à PGFN.	1.6.2015	1.207
Despacho PGFN encaminhando processo para a Secretaria do CRSFN.	29.2.2016	1.208
Sorteio ao Relator do CRSFN (Conselheira Luciana Silva Alves)	29.3.2016	1209
Recurso distribuído ao Conselheiro Thiago Paiva Chaves.	6.5.2016	-
Processo baixado em diligência.	9.1.2018	SEI 0270870
Recurso incluído para julgamento na 424ª sessão, realizada em 23.4.2019. Colegiado do CRSFN aprovou a conversão de diligência deste processo.	23.4.2019	SEI 2204445

III - ORIGEM E FATOS

3) O Processo Administrativo Sancionador foi instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários ("CVM") em resultado de correspondência encaminhada à Autarquia pela Dominó Holding S.A. ("Dominó"), em 1.6.2005, contendo denúncia a respeito de supostas irregularidades nas demonstrações financeiras da Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar ("Sanepar"). Tais irregularidades teriam sido verificadas nas demonstrações financeiras referentes aos exercícios financeiros findos em 31.12.2003 e 31.12.2004, notadamente em relação à contabilização de Adiantamento para Futuro Aumento de Capital ("AFAC").

4) Posteriormente, em 18.10.2005, a Dominó encaminhou nova correspondência à CVM questionando a regularidade da deliberação do Conselho de Administração da Sanepar de 13.9.2005, que aprovou a remuneração

do AFAC (fls. 805-823).

5) O Relatório de Inquérito aponta que o Diretor de Relação com Investidores ("DRI") da Sanepar, Germinal Pocá, teria, supostamente, desobedecido o disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, ao deixar de publicar Fato Relevante informando (i) a decisão, por parte do Conselho de Administração da Sanepar, de remunerar em valor significativo os créditos recebidos pela Companhia a título de AFAC; e (ii) a decisão do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), em setembro de 2007, no âmbito da medida cautelar nº 13.304, que reconheceu a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre a Dominó e o Estado do Paraná.

6) Entre junho de 1998 e 18.12.2003, o Estado do Paraná realizou aporte de recursos, a título de AFAC, correspondentes à repasse do "Projeto Paranasan". O referido projeto, consolidado com a celebração do contrato nº BZ-P13, em 8.1.1998, entre o Estado do Paraná, a Sanepar e o OECF – Japan (atual JBIC), previa o financiamento das obras de saneamento do Litoral do Paraná e Região Metropolitana de Curitiba, "envolvendo recursos de cerca de um bilhão de reais" (fl. 1.299).

7) Na reunião ordinária do Conselho de Administração de 24.5.2005, foi apresentada proposta de remuneração do acionista Estado do Paraná por valores deixados na Companhia a título de AFAC. A matéria voltou a ser discutida na reunião ordinária do Conselho de Administração de 13.9.2005, quando a remuneração dos valores registrados na Sanepar a título de AFAC foi aprovada por maioria, vencido o Conselheiro Marlik Bentabet, representante da Dominó.

8) Em seu voto, Marlik Bentabet (fls. 821-823) manifestou sua preocupação quanto à proposta de remuneração, principalmente em relação às repercussões fiscais e financeiras que tal estratégia traria. Ademais, destacou que a Deloitte Touche Tohmatsu ("Deloitte"), auditora independente da própria Sanepar, teria se posicionado contrariamente à proposta. A auditora entendeu que *"para que fosse possível a remuneração desses valores [depositados a título de AFAC], seja pela aplicação da taxa de juros, seja pela atualização monetária, haveria a necessidade de ter constado no ato do adiantamento essa previsão, o que não ocorreu"*.

9) A Acusação destacou também que o Parecer nº 76/2005-PGE foi produzido pela Procuradora do Estado do Paraná, Jozélia Nogueira, e aprovado por Sérgio Botto, Procurador Geral do Estado do Paraná. Dezesete dias após emitir o referido Parecer, Jozélia Nogueira foi eleita Conselheira de Administração da Sanepar, e, Sérgio Botto, que já ocupava o cargo de Conselheiro de Administração, foi eleito Presidente do Conselho.

10) A acusação observou também que o montante de R\$ 76,4 milhões, destinado à remuneração retroativa do AFAC, correspondia à 3,64% do Patrimônio Líquido e 9,19% do Capital Social integralizado pela Companhia.

11) Assim, a remuneração retroativa de forma não prevista e não pactuada, somente atenderia ao interesse do acionista controlador, que fora exatamente o responsável pela indicação de sete dos oito membros do CA que votaram a favor dessa medida. A Companhia não teria tido vantagem alguma, mas sim prejuízo evidente, pois tinha dívida por valor líquido e certo que foi alterado em momento posterior, com efeito retroativo e em valor relevante.

12) Dessa forma, a Acusação concluiu que a decisão do Conselho de Administração da Sanepar, em 13.9.2005, a respeito da remuneração retroativa do AFAC, representou violação ao disposto no caput e §1º art. 154 da Lei nº 6.404/1976.

13) Sobre a contabilização do AFAC, a Acusação arguiu que apesar de classificados pela Companhia como AFAC os valores repassados à Companhia eram verdadeiros empréstimos, razão pela qual deveriam ter sido contabilizados como elemento do passivo.

14) A Acusação alegou também que o DRI da Sanepar, Sr. Germinal Pocá, deixou de publicar Fato Relevante informando: (i) a decisão do STJ, de setembro de 2007, que reafirmou a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó; e (ii) a decisão, do Conselho de Administração da Companhia, de remunerar em valor considerável os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC.

IV - DEFESA

15) Em defesa, sobre a votação dos Conselheiros de Administração que se posicionaram a favor da remuneração dos valores registrados na Sanepar a título de AFAC, esses alegaram que tomaram a decisão com base no Parecer da PGE, que indicou a possibilidade da remuneração. A Acusação apontou que tal fato não tem o condão de isentá-los de responsabilidade. Isso porque, conforme decidido pelo Colegiado da CVM, *"a opinião de um especialista não é suficiente, por óbvio, para eximi-los completamente de responsabilidade, sobretudo em uma operação entre partes relacionadas"*.

16) Para esses conselheiros recorrentes, os fatos ocorridos nas Reuniões Extraordinárias do Conselho de Administração de 24.5.2005 e 13.9.2005 não resultaram em qualquer prejuízo à sociedade ou aos seus acionistas, pois se limitaram à aprovação para que a Diretoria Executiva contabilizasse juros retroativos sobre valores deixados em AFAC. Uma vez que tais valores foram mantidos em conta reservada, não tendo sido, portanto, incorporados ao capital social da Companhia, não houve ato ilegal ou abusivo dos defendentes.

17) Colocaram também que, não tendo sido capitalizados os valores constantes da AFAC e reservados em conta específica, prejuízo algum ocorreu à sociedade ou seus acionistas. Tanto isso seria verdade que o próprio denunciante (Dominó Holdings, em 6.12.2012) retratou a denúncia. Afirmaram ainda que não caberia à CVM analisar atos internos de administração das Companhias abertas que não repercutam no mercado de valores mobiliários.

18) Pedro Henrique Xavier acrescentou que considerando que o Estado do Paraná e a Dominó Holding firmaram novo acordo de acionistas, em 27.8.2013, no qual foi tratada a questão do AFAC e sua remuneração, o presente PAS teria perdido seu objeto, e deveria ser arquivado. Alegou também que o Conselho de Administração agiu, no momento das reuniões extraordinárias em questão, em nome dos interesses da Sanepar.

19) Por sua vez, Marcos Vinícius Ferreira Mazoni acrescentou que as deliberações constitutivas da remuneração do AFAC foram declaradas nulas pelo poder judiciário, motivo pelo qual as mesmas não produziram qualquer efeito.

20) Hudson Calefe argumentou que os registros contábeis ora questionados foram realizados de acordo com os contratos efetuados entre o Estado do Paraná e a Sanepar. A Lei nº 6.404/1976 não trata da forma de contabilização dos valores recebidos a título de AFAC, entretanto, “existem autores brasileiros, com os quais concordamos, que defendem a classificação destes adiantamentos como parte do Patrimônio Líquido da empresa”.

21) Além disso, completou que os valores repassados à Sanepar a título de AFAC não retornariam ao Estado do Paraná posteriormente, evidenciando a intenção de transformação dos referidos valores em Capital Social da Companhia.

22) Quanto à contabilização da remuneração dos valores repassados à Sanepar a título de AFAC ao Estado do Paraná, o Defendente arguiu que o mesmo estava em consonância com o registro na mesma conta contábil patrimonial do saldo principal (créditos do Estado do Paraná). Segundo ele, para o atendimento à cláusula terceira do contrato firmado entre o Estado do Paraná e a Sanepar o montante resultante da atualização efetuada de acordo com o contrato deve ser registrado na Sanepar como crédito do Estado do Paraná para futuro aumento de capital.

23) Devidamente intimado, Germinal Pocá não apresentou Defesa.

V - DECISÃO DE 1º INSTÂNCIA

24) Preliminarmente, a Diretora-Relatora da CVM afastou a alegação de desrespeito ao art. 11 da Deliberação CVM nº 538/2008, por não haver qualquer exigência de que a oitiva dos eventuais acusados se dê em momento anterior à instauração do inquérito. Segundo a Diretora, a norma exige que a manifestação prévia ocorra antes da conclusão do inquérito, ou seja, antes da apresentação do correspondente Relatório, tal como, de fato, ocorreu no presente caso.

25) Quanto à alegada prescrição do exercício da ação punitiva, a Relatora entende que não ocorreu, dado que a apuração dos fatos alegados ocorreu muito antes do prazo de cinco anos. Logo após a reclamação da Dominó protocolada em 1.6.2005, a CVM deu início à apuração dos fatos. Assim, já em 1.11.2005, a Superintendência de Relações com Empresas (“SEP”) enviou ofício à Sanepar para que ela se manifestasse a respeito das alegações. A partir de então, diversos atos interruptivos do curso prescricional foram praticados.

26) Quanto à alegação de prescrição intercorrente, a Diretora coloca que o fato de não ter sido praticado ato administrativo entre julho de 2009 e outubro de 2012 não é fundamento suficiente para ensejar a ocorrência de prescrição intercorrente, uma vez que a “*ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor*” somente prescreve em cinco anos, “contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”, e observadas as hipóteses de interrupção, na forma do art. 2º da Lei nº 9.873/99. A prescrição intercorrente de três anos somente incidiria a partir do momento em que é formulada a acusação administrativa, o que não seria o caso concreto.

27) Quanto ao mérito, a Diretora-Relatora concorda com a interpretação da acusação sobre a não divulgação de fato relevante pelo DRI sobre a decisão do STJ. Para ela, restou comprovado nos autos o conhecimento da decisão do STJ pelo defendente, ao arguir que não tratava-se “de fato relevante, mas sim de tudo irrelevante”. (fls. 1274-

1275). Se a Companhia e o DRI à época julgaram ser relevante a decretação da ineficácia do Acordo de Acionistas (devidamente comunicada), é igualmente relevante a decretação da eficácia deste mesmo Acordo, conforme decidido pelo STJ em 2.12.2004 (fls. 896-905).

28) Ademais, conforme observado pela acusação, o art. 2º, parágrafo único, III, da Instrução CVM nº 358/02 deixa claro que alterações em Acordos de Acionistas devem ser considerados como Fato Relevante e, portanto, devem ser divulgados ao mercado. Para a Diretora-Relatora, seria óbvio que o reconhecimento judicial da decretação da eficácia do Acordo de Acionistas se encaixaria nesta hipótese.

29) Quanto à não publicação de Fato Relevante informando a decisão de remunerar retroativamente os valores registrados como AFAC, a Diretora entendeu que o DRI incorreu em nova omissão. Para ela, o fato de um determinado lançamento contábil não gerar uma saída de caixa (“sangrar o caixa da Companhia”), não significa que este lançamento não tenha implicações relevantes para a Companhia ou seus acionistas.

30) De acordo com o contrato, estes valores deveriam ser, no futuro, convertidos em participação no capital da Companhia pelo Estado do Paraná que, assim, teria sua participação acionária aumentada em razão da remuneração retroativa, diluindo a participação dos acionistas minoritários. Para a relatora, o fato de a remuneração se ter dado de forma retroativa chama no mínimo atenção e, na medida em que tinha o potencial de influir na decisão de investimento, deveria ter sido divulgada ao público.

31) Quanto à contabilização dos AFAC, a Relatora concluiu que os repasses feitos pelo Estado do Paraná à Sanepar não possuíam os requisitos necessários de um AFAC. Portanto, esses recursos não poderiam ter sido contabilizados como Patrimônio Líquido, restando claro que o Sr. Hudson Calefe infringiu os arts. 177 e 180 da Lei nº 6.404/1976.

32) No que tange ao desvio de poder, questionou-se se os conselheiros da Sanepar estavam agindo no interesse da Companhia quando aprovaram a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC ou agindo de acordo com os interesses do Estado do Paraná.

33) Considerando que, no caso concreto, o conselho de administração da Sanepar já tinha a opinião contrária da Deloitte, para a Diretora-Relatora, seria de se esperar que o conselho de administração da Companhia tivesse o mínimo de reflexão a respeito do parecer produzido por órgão integrante do próprio acionista controlador, parte claramente interessada em receber a remuneração do AFAC.

34) Ressaltou ainda que, no caso concreto, um dos conselheiros era procurador geral do Estado e a procuradora que elaborou o Parecer, um mês depois, tornou-se conselheira da Companhia, eleita pelo Estado do Paraná. No início da discussão entre a Sanepar e a Secretaria da Fazenda Estadual um dos conselheiros da Companhia era o próprio secretário de fazenda.

35) A relatora entendeu ser razoável admitir que o Estado do Paraná desejasse, prospectivamente, diante da demora em realizar o aumento de capital, renegociar os termos dos contratos que regiam os AFACs. Contudo, remunerar o Estado retroativamente quando não havia previsão legal representa, no caso concreto, a seu ver um verdadeiro favorecimento indevido ao Estado do Paraná, em prejuízo da Companhia que se viu obrigada a remunerar recursos para os quais não havia previsão contratual.

36) Concluiu ainda que esta atitude dos conselheiros representa claro desvio de poder em infração ao caput e ao § 1º do art. 154 da Lei nº 6.404/1976. No caso, os conselheiros teriam privilegiado os interesses do Estado do Paraná em detrimento dos interesses da Companhia e dos demais acionistas que teriam sido prejudicados em decorrência desta remuneração que passou a ser considerada crédito do Estado do Paraná junto a Companhia.

37) Por fim, votou pelas seguintes responsabilizações, tendo sido acompanhada pelos demais membros do Colegiado da CVM:

1. Pela condenação de Sergio Botto de Lacerda na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Sanepar à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por ter aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput e § 1º da Lei nº 6.404/1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;
2. Pela condenação de Pedro Henrique Xavier, Rogério Distefano, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Izabel Cristina Marques, e Jozélia Nogueira Broliani na qualidade de Conselheiros de Administração da Sanepar, à pena de multa de R\$ 300 mil para cada um, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por terem aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput e § 1º da Lei nº 6.404/1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;

3. Pela condenação de Júlio César da Silva na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eleito pelos empregados, à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, por ter aprovado a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, deixando de exercer suas atribuições no interesse da Companhia e, assim, infringindo o art. 154, caput da Lei nº 6.404/1976, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto na Instrução CVM nº 131/1990, vigente à época dos fatos;
4. Pela condenação de Germinal Pocá, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Sanepar de 10/03/2003 a 31/12/2008 à pena de multa de R\$ 300 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976:
 - i. por não ter feito publicar Fato Relevante, pelo menos a partir de 25.9.2007, informando o mercado que o STJ havia tornado sem efeito a decisão da Vara de Fazenda Pública de Curitiba para, assim, reafirmar a eficácia do Acordo de Acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó, em descumprimento ao disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, conforme disposto no art. 18 da mesma Instrução;
 - ii. por não ter feito publicar Fato Relevante informando a decisão, por parte do Conselho de Administração da Companhia, de remunerar retroativamente os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC, desobedecendo ao disposto no art. 3º da Instrução CVM nº 358/2002, infração considerada grave para os fins do §3º do art. 11 da Lei nº 6.385 /1976, conforme disposto no art. 18 da mesma Instrução;
5. Hudson Calefe, na qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar de 10.3.2003 a 24.5.2012, à pena de multa de R\$ 100 mil, na forma do inciso II do art. 11 da Lei nº 6.385/1976, pela inadequada contabilização, no período de 1.1.2004 a 30.9.2008, dos valores repassados pelo Estado do Paraná à Sanepar, bem como da remuneração destes valores, em desacordo com o previsto no artigo 177 , caput, c/c o art. 180 da Lei nº 6.404/76.

VI - RECURSO AO CRSFN

38) Devidamente intimados, os acusados apresentaram defesa a este Conselho, de forma tempestiva.

39) O recorrente Pedro Henrique Xavier expôs, em síntese, os seguintes argumentos (fls. 1856-1877):

1. O processo perdeu seu objeto com a celebração, em 27.8.2013, do novo acordo de acionistas da SANEPAR que pôs fim a uma série de litígios, em especial no que diz respeito ao AFAC e sua remuneração. A decisão recorrida não analisou tal alegação.
2. A pretensão punitiva foi atingida pela prescrição. Ao contrário do que entendeu a CVM, cada uma das hipóteses de interrupção previstas no artigo 2º da Lei nº 9.873/99 somente pode ocorrer uma única vez. Em matéria de prescrição, a regra geral é a da prescritibilidade;
3. O Conselho de Administração não privilegiou o acionista majoritário, eis que diante da impossibilidade de aumento de capital social, os recursos aportados a título de AFAC passaram a ter a natureza jurídica de mútuo, no qual os juros são devidos por força de lei. A remuneração dos recursos do AFAC não dependia de qualquer ato da SANEPAR ou estar prevista em contrato, pois era devida por força de lei. A decisão recorrida reconheceu que o AFAC era um mútuo (capítulo IV). O que o Conselho de Administração fez nas reuniões foi de apenas regulamentar o que a lei determina, tendo estabelecido uma taxa inferior à SELIC (TJLP) e que seria aplicada sem capitalização. Essa remuneração não causou qualquer prejuízo à SANEPAR, haja vista que não houve dispêndio de recursos financeiros, tendo sido contabilizada como crédito do Estado do Paraná;
4. Quanto à multa aplicada pelo Colegiado, a decisão recorrida, que não foi motivada, não levou em consideração alguns aspectos do recorrente: a) jamais foi punido pela CVM; b) não relatou o processo de remuneração do AFAC, nem participou da confecção do parecer apresentado ao Conselho de Administração; c) a aprovação do provisionamento da remuneração teve por escopo impedir a criação de um enorme passivo a SANEPAR; d) tal provisionamento não causou prejuízo à SANEPAR; e) o denunciante posteriormente concordou com a remuneração em apreço ao firmar o novo acordo de acionistas. Dado o exposto, a sanção imposta é excessiva, devendo ser substituída pela pena de advertência.

40) Já os recorrentes Sergio Botto de Lacerda, Rogério Distefano, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Izabel Cristina Marques, Jozélia Nogueira e Júlio Cesar da Silva, apresentaram recurso conjunto, no qual alegaram, preliminarmente, a ocorrência da prescrição punitiva e da prescrição intercorrente, e no mérito (fls. 1889-1927):

1. uma vez que a discussão entre os acionistas já estava resolvida antes mesmo da expedição dos ofícios de intimação para prestação de esclarecimentos, e que não foi comprovado ou efetivamente realizado qualquer prejuízo ao mercado, o processo administrativo tornou-se desprovido de utilidade;
2. os conselheiros da SANEPAR estavam agindo no interesse da Companhia quando aprovaram a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC. A adoção da medida de remunerar o AFAC teve respaldo legal;

3. considerando o AFAC como mútuo, se considera, por força do artigo 591 do Código Civil, de forma automática a incidência de juros sob o mesmo;
4. o valor aportado pelo Estado do Paraná devidamente atualizado deveria ser devolvido a quem tenha concedido os montantes à companhia, sob pena de que seja considerado enriquecimento ilícito da companhia em detrimento daquele que disponibilizou os recursos;
5. remunerar o AFAC foi uma decisão negocial dos conselheiros. Não pode o resultado da obrigação ser utilizado como forma de responsabilizar o membro do conselho de administração;
6. não existia uma opinião contrária da Deloitte. A auditoria entendeu que, para que fosse possível a remuneração dos valores depositados a título de AFAC, a solução poderia ser alcançada por estudo jurídico;
7. o parecer da Procuradoria do Estado se manifestou favorável à operação, trazendo o estudo jurídico apontado pela Deloitte;
8. se houve qualquer desvio de poder, este foi cometido pelos membros indicados pela Dominó, que não levaram em conta os efeitos devastadores que a não remuneração do AFAC causariam;
9. realçam os recorrentes a severidade das penas que lhes foi fixada, e assim esperam eles que sejam reduzidas à advertência.

41) Por sua vez, o recorrente Hudson Calefe apresentou, em síntese, os seguintes argumentos, além da salegações preliminares de prescrição nos mesmos termos das defesas dos recorrentes já descritos neste Relatório (fls. 1946-1956):

1. o processo é nulo, já que não houve ato administrativo fundamentado para a sua instauração. Também não foram ouvidos os acusados na fase de apuração dos fatos. A doutrina é pacífica no sentido de que a decisão deve ser precedida da audiência de todos os interessados. Para que os interessados possam ser ouvidos, é necessário que seja informado seu conteúdo, com decisão fundamentada;
2. os valores repassados à SANEPAR eram verdadeiros AFACs, uma vez que tinham o propósito de capitalização e condição de permanência na companhia, sendo que foram realizadas várias tentativas de aumento de capital, as quais foram impedidas por decisões judiciais;
3. a classificação dos adiantamentos como parte do patrimônio líquido da SANEPAR leva em conta o preceito contábil incluído na Res. 750/1993 do CFC. Reforça esse entendimento o fato de que a devolução desses valores não seria exigida pelo Estado do Paraná, caracterizando, assim, a clara intenção de conversão em Capital Social;
4. os créditos não apresentam obrigação e, portanto, torna-se desnecessária a classificação no passivo, por tratar-se de valores que não seriam devolvidos ao Estado do Paraná;
5. os pareceres dos auditores independentes atestaram as demonstrações contábeis dos exercícios de 2003 a 2008;
6. os créditos utilizados para o aumento do capital social da SANEPAR referem-se aos saldos dos recursos registrados contabilmente à época como AFAC, os quais foram realizados em outubro de 2013, subscritos e integralizados pelo Estado do Paraná e por alguns acionistas minoritários.

42) Por fim, o recorrente Germinal Poca apresentou sua defesa alegando preliminarmente os mesmos termos apresentados pelo recorrente Hudson Calefe (nulidade da portaria que instaurou o processo e prescrições). Já no mérito, em síntese, relatou:

1. quando investidores e Estado do Paraná entraram em controvérsia judicial, o mercado foi sim plenamente informado do que se passava a respeito das transações das ações, já que a decisão judicial havia sido publicada no Diário Oficial da Justiça. Tal litígio também era de amplo conhecimento da sociedade por meio da imprensa;
2. toda a escrituração contábil relativa ao período em questão está em acordo com os preceitos legais e com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, pois a operação foi devidamente analisada pelo Conselho de Administração da SANEPAR, auditada por auditores independentes e assinada por Contador inscrito no CRC/PR;
3. se está em desacordo, então os responsáveis pela ausência da comunicação do fato relevante passa a ser não mais do recorrente, mas sim dos auditores e contador, devidamente registrados em seus órgãos de controle profissionais;
4. há nulidade do processo, tendo em vista que o presidente da SANEPAR da época, seu representante legal, não foi chamado para prestar os devidos esclarecimentos;
5. o recorrente não foi informado pelos demais diretores da empresa, baseado em documentos específicos, que deveria comunicar o presente fato relevante ao mercado;
6. não houve prejuízo com a eventual falta de comunicação ao mercado do suposto fato relevante, pois ninguém reclamou. Não houve dano, não houve prejuízo, não houve má fé, não houve vantagem ilícita por parte do recorrente, nada em desacordo com a legislação vigente.

VII - DISTRIBUIÇÃO DO PROCESSO NO CRSFN

43) Em 28.5.2015, o presente Recurso foi autuado no CRSFN, e, em 29.3.2016, distribuído à Conselheira Luciana Silva Alves, decorrente de sorteio realizado na 389ª Sessão de Julgamento. Tendo em vista a renúncia da Conselheira, o Recurso foi a mim distribuído em 6.5.2016.

44) Em 11.5.2017, solicitei manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, principalmente, sobre controvérsia jurídica mencionada em meu Despacho (0015876), acerca da existência ou não de dispositivo legal que permitia a aprovação, pelo CA da Sanepar, de remuneração retroativa para os quais não havia previsão contratual.

45) Em 8.1.2018, a PGFN emitiu o Parecer-PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN/Nº001/20018 (0270609), no qual sugeriu que o processo fosse baixado em diligência junto à CVM para juntar aos autos, caso houvesse, documentos outros relacionados ao proceder da Autarquia durante fase anterior à instauração do Inquérito Administrativo, mesmo que não mencionados nos presentes autos.

(...)

8. Ora bem, in casu, a juízo da **PGFN**, o material constante dos autos **não assegura a certeza** de que os elementos coligidos reflitam fiel e integralmente o atuar da **CVM** durante a fase pré-processual, **notadamente no período compreendido por 17/7/2009 e 23/10/2012** - marcos temporais expressamente mencionados na decisão recorrida[10]. Nota-se, **por exemplo**, o reenvio, em **14/8/2009**, de ofício intimatório para oferecimento de explicações[11]; a expedição de ofícios, com datas de **17/8/2009 e 26/8/2009**, comunicando a Interessados o deferimento dos respectivos requerimentos para extração de cópias dos autos[12]; petições subscritas por Interessados, com pedido de **adiamento** de audiência então designada para **21/8/2009**[13], sem que se saiba, s.m.j., dos desdobramentos desses fatos.

9. Com efeito, admitindo-se, conforme também se depreende do r. decisum, 'que esse PAS teve início com a análise de documentos constantes dos autos dos Processos RJ2006/5276, RJ2005/2910, RJ2005/7232 e RJ2005/9907 (fl. 932)', cumpre, ad cautelam, certificar-se de que **inexistem documentos outros, porventura constantes de expedientes diversos, relativos ao proceder da CVM durante a fase pré-processual. E se os houver, impõe-se trazê-los a lume e submetê-los ao contraditório. O propósito é garantir que o CRSFN disporá da cognição plena** do desenrolar dos acontecimentos a fim de que seja apreciada com segurança a controvérsia cuja solução poderá prejudicar o exame do mérito.

(...)

46) Acompanhando sugestão da PGFN, solicitei em 9.1.2018 que o processo fosse baixado em diligência. Em 9.3.2018 (0426891 e 0426888), a Superintendência de Processos Sancionadores da CVM respondeu ao pedido de diligência, informando basicamente que eles não dispunham, naquele momento, *de nenhum outro documento ou informação sobre eventuais outras diligências ocorridas entre 17.07.2009 e 23.10.2012*.

47) Após resposta da CVM, as partes deste Recurso foram intimadas para, se assim desejassem, apresentarem manifestação sobre diligência requisitada (0481208). Em síntese, a parte que apresentou manifestação reiterou pedido de arquivamento do processo administrativo, destacando que a própria CVM teria reconhecido que o processo ficou paralisado entre 18.8.2009 e 22.10.2012.

48) Em 28.5.2018, encaminhei novamente os autos para manifestação da PGFN, para avaliação das informações recebidas após as diligências mencionadas anteriormente. No dia 27.11.2018, a PGFN emitiu o Parecer PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN/Nº 090/2018 (1462714). Em relação à eventual prescrição do processo, transcrevo a seguir trechos do Parecer que entendo resumir bem a posição da PGFN sobre essa matéria, naquele momento:

(...)

47. Dessa forma, a PGFN reitera seus anteriores pronunciamentos, todos no sentido de que:

a) o processo administrativo sancionador tem início com sua formal instauração com vistas a punir o infrator e dessa instauração decorre, necessariamente, a **notificação da parte** para apresentação de defesa;

b) as apurações preliminares, inaptas a já deflagrar o processo administrativo sancionador, não autorizam o início da fluência do prazo da **prescrição intercorrente**;

c) quando a lei atrela, no mesmo inciso, o **"procedimento"** com a condição **"pendente de julgamento"**, passa-se a ter, necessariamente, a exclusão da hipótese jurídica de o legislador ter

abrangido a prescrição intercorrente na fase pré-processual, tendo em vista que os dois conceitos se repelem;

*d) ainda de acordo com o texto legal, os autos serão arquivados também por **requerimento da parte interessada**. É cartesiano que apenas haverá "parte" interessada após formalmente instaurada a relação processual. Logo, não é repetitivo asseverar que os atos pré-processuais, de natureza investigativa, no mais das vezes realizados sem conhecimento do investigado, não podem ser confundidos com os atos processuais; e*

*e) a Lei 9.873/99 replicou no seu corpo conceitos já tradicionalmente familiares ao Direito, em especial a prescrição intercorrente, de **natureza estritamente processual**.*

(...)

49) Quanto ao mérito, a PGFN entendeu que: *"Em síntese, parece-nos que os Recorrentes não falharam no dever de seguir um padrão de equilíbrio na condução dos negócios da SANEPAR e que a remuneração do capital do acionista majoritário foi uma decisão legítima e legal, quer seja aquele capital considerado um AFAC ou um Mútuo".*

50) O presente Recurso foi incluído na pauta de julgamento da 424ª sessão, realizada em 23.4.2019. Em linha com outros casos deliberados nessa Sessão, o Colegiado do CRSFN aprovou a conversão em diligência deste processo. O meu Despacho (2204445) sintetiza a motivação da diligência, conforme a seguir apresentado:

(...)

2. Considerando a conversão em diligência dos julgamentos dos processos 10372.000380/2016-83, 10372.000215/2016-21, 10372.000470/2016-74 e 10372.000407/2016-38, aprovada na 424ª Sessão de Julgamento.

3. Considerando que o motivo dessa diligência é dar encaminhamento à sugestão apresentada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio do PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN N° 27/2019.

4. Considerando que este Recurso apresenta o mesmo incidente processual daqueles processos mencionados, envolvendo o tema prescrição intercorrente, o Colegiado do CRSFN aprovou a conversão de diligência deste processo também nos mesmos termos daqueles.

5. Assim, solicito que este processo seja baixado em diligência junto à CVM. Para melhor esclarecer o pedido, menciono a seguir trecho do citado Parecer-PGFN, solicitando também que esse Parecer e as pesquisas sobre precedentes envolvendo prescrição intercorrente elaboradas pela Secretaria Executiva do CRSFN sejam incluídos no processo e encaminhados, em anexo, ao presente Despacho:

(...)

*17. Assim, seja em se tratando do presente caso concreto, seja por conta do **procedimento de superação de precedente** (que, para além da autarquia ora recorrida, tem inegáveis repercussões em todas os órgãos e entidades com recursos neste colegiado administrativo), cumpriria igualmente que se franqueasse a **prévia manifestação** não só da **autarquia ora recorrida** (Comissão de Valores Mobiliários – CVM), mas também do **Banco Central do Brasil, do Comitê de Controle de Atividades Financeiras – COAF e da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP** (Lei 9.784, art. 9º, II[11] e art. 31[12]) para que, querendo, possam se manifestar acerca da **questio juris cuja superação ora se discute: cabimento (ou não) da prescrição intercorrente (Lei 9.873/99, art. 1º, §1º) na fase pré-processual (fase investigatória) e sobre as repercussões de eventual superação mudança desse entendimento pelo CRSFN.***

(...)

51) Em 30.7.2019, a Secretaria-Executiva do CRSFN encaminhou os presentes autos para manifestação da PGFN, tendo em vista cumpridas as seguintes etapas (Descpacho 3260578): (i) intimação da primeira instância (BCB, CVM, Coaf e Susep) para se manifestar sobre a questão de direito suscitada (documentos SEI n°s 2322409, 2322420, 2322431 e 2322438); (ii) Respostas do BCB, CVM, Coaf e Susep (documentos SEI

nºs 2738622, 2738854, 2739516 e 2950886); (iii) Intimação das partes (documento SEI nº 2951632); e (iv) Manifestação das partes (documentos SEI nºs 3102659 e 3177208).

52) Em apertada sítense, os órgãos de primeira instância se manifestaram no seguinte sentido em relação ao item (i) mencionado anteriormente:

CVM:	(...) <i>Isto posto, pelos argumentos ora desenvolvidos, a PFE-CVM opina:</i> <i>a) pela manutenção da jurisprudência do CRSFN, no sentido de aplicar o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99 a tão somente a fase processual administrativa sancionadora; ou</i> <i>b) caso a jurisprudência do CRSFN seja modificada, no sentido de aplicar o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99 também à fase pré-processual administrativa sancionadora, que seus efeitos sejam modulados, para que atinjam os procedimentos que se iniciarem após a data em que for publicada a decisão que criar a nova jurisprudência.</i> (...)
BCB:	(...) <i>56. Ante o exposto, na solução do incidente instaurado na 424ª Sessão de Julgamento do CRSFN, a PGBC, com respaldo em entendimento técnico, é pela reafirmação de sua longa jurisprudência, no sentido de que “a contagem do prazo previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99 inicia-se apenas após a abertura do processo administrativo” (Recurso 6.284, julgado em 7 de novembro de 2006)33, porque o sentido da expressão “procedimento administrativo”, adotada pelo dispositivo, deve fidelidade ao restante da regulação da Lei nº 9.873, de 1999: antes da instauração do processo sancionador, a fiscalização praticada pelo BCB não se reduz à atividade persecutória de supervisionados. Tampouco existe, nessa fase pré-processual, relação jurídico-processual instaurada entre a Autarquia e acusado. Não existe, portanto, liberdade individual dessa dimensão a ser então protegida.</i> <i>57. No caso de prevalecer a tese que altera o entendimento, considera-se necessária a concessão de prazo razoável que permita o ajuste dos procedimentos de fiscalização, após mapeados os pontos críticos, para que se mitiguem a repercussão nas atividades gerais de supervisão do sistema financeiro, sugerindo-se que os prazos da prescrição intercorrente se tenham por iniciados a partir da publicação do acórdão.</i> (...)
COAF:	(...) <i>7. É entendimento do COAF de que o tempo de paralisação que motivaria a prescrição intercorrente refere-se, necessariamente, ao processo administrativo sancionador, diante do contexto definido pelo capuz - “ação punitiva (...) objetivando apurar infração à legislação em vigor; (...)”. Assim, somente no âmbito de processo administrativo sancionador devidamente instaurado seria possível caracterizar a prescrição intercorrente.</i> (...)
SUSEP:	(...) <i>22. Conforme o exposto acima, em resposta ao questionamento posto pela área consultante, entendemos pela pertinência da aceitação da tese de cabimento da fruição do prazo da prescrição intercorrente na fase investigatória ou pré-processual.</i>

(...)

53) Após manifestações dos órgãos de primeira instância e das partes, a PGFN, por meio do PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 113/2020, apresentou, entre outras, as seguintes considerações à consulta a ela formulada.

(...)

141. Por fim, registre-se que eventual novo entendimento do CRSFN no ponto igualmente teria que não só (i) superar a vedação de invalidação de ato/processo com base em mudança posterior de orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei 13.655/2018; CF art. 5º, XXXXVI c/c LINDB art. 6º, §1º; Decreto 9.830/2019, art. 5º, caput e §1º), mas também (ii) indicar expressamente suas consequências jurídicas e administrativas (LINDB art. 21, caput in fine; Decreto 9.830/2019, art. 4º, caput) e eventualmente considerar obstáculos, dificuldades e circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado do agente público (LINDB art. 22, caput e §1º; Decreto 9.830/2019, art. 8º, caput e §1º).

VI

142. Lançados tais fundamentos, - e feito o alerta quanto à necessidade de preenchimento do ônus argumentativo específico (CPC-15, art. 927, §4º) a demonstrar os motivos e fundamentos pelos quais o novo entendimento seria melhor ou mais adequado que o anterior (vide item III) - pode-se formular as seguintes respostas aos questionamentos formulados na presente consulta:

142.1. “a) Diante da dicção dos arts. 23 e 24 da LINDB, acrescidos pela Lei nº 13.655/2018, poderia o CRSFN modular os efeitos de suas decisões quando estas representarem uma ruptura de interpretação reiterada do Colegiado?” Em tese sim, mas não in casu com fundamento no art. 23 da LINDB (que prevê regime de transição para casos de nova interpretação restritiva a direito dos administrados), mas sim por incidência analógica do regime processual civil (CPC-15, art. 927, §3º c/c art. 15; LINDB art. 30 c/c Decreto 9.830/2019, art. 19). No entanto, em se considerando a unidade do jus puniendi estatal, eventual superação de jurisprudência pacificada em direito administrativo sancionador, com potencial adoção de novo entendimento in bonam partem aos acusados (incidência da prescrição intercorrente - Lei 9.873/99, art. 1º, §1º - já na fase investigatória), deveria ser guiada segundo o racional formador desse entendimento jurisprudencial: ultratividade (CP art. 3º) em caso de superação de jurisprudência administrativa ditada por razões de ordem econômico-conjuntural, ou retroatividade benéfica (CF art. 5º, XL; CP art. 2º) em caso de superação de jurisprudência administrativa não-ditada por razões de ordem econômico-conjuntural;

142.2. “b) A modulação de efeitos de decisões por órgãos judicantes da Administração Pública representa violação ao princípio da legalidade estrita?”. Não necessariamente, eis que se trata de possibilidade legalmente prevista em vários dispositivos legais (Lei 9.868/99, art. 27; CPC-15, art. 927, §3º; LINDB art. 23, segundo a Lei 13.655/2018) e regulamentares (Decreto 9.830/2019, art. 4º, §3º, §4º, II e §5º). O que se deve ter em vista são as repercussões dessa modulação in concreto, especialmente em se tratando dos direitos e garantias constitucionais por conta da unidade do jus puniendi estatal;

142.3. “c) Existe alguma vedação jurídica à modulação de efeitos de decisões sobre questões de ordem pública, e, mais especificamente, à modulação de efeitos de decisões sobre prescrição?”. Em tese sim, caso se trate de eventual superação de jurisprudência pacificada em direito administrativo sancionador, com potencial adoção de novo entendimento in bonam partem aos acusados (incidência da prescrição intercorrente - Lei 9.873/99, art. 1º, §1º - já na fase investigatória), a qual deveria ser guiada segundo o racional formador desse entendimento jurisprudencial: ultratividade (CP art. 3º) em caso de superação de jurisprudência administrativa ditada por razões de ordem econômico-conjuntural, ou retroatividade benéfica (CF art. 5º, XL; CP art. 2º) em caso de superação de jurisprudência administrativa não-ditada por razões de ordem econômico-conjuntural;

142.4. “d) A modulação de efeitos de decisões deverá operar-se sempre favoravelmente ao administrado? Ou poderia operar a favor da Administração, nas situações em que o ato administrativo tiver sido praticado em conformidade com entendimento vigente à época?”. Como dito nas respostas aos questionamentos “a” e “c”, caso se trate novo entendimento in bonam partem decorrente da superação de jurisprudência administrativa que não seja ditada por razões de ordem econômico-conjuntural, não seria possível essa modulação prospectiva por incidência do

*princípio da retroatividade penal benéfica (CF art. 5º, XL). No entanto, tal hipótese está prejudicada, já que in casu se trata de **ato/processo firmado conforme entendimento pacificado vigente à época dos fatos (descabimento da prescrição intercorrente - Lei 9873/99, art. 1º, §1º - já na fase investigatória), sendo vedado desconstituir tal ato/processo plenamente constituído com o fundamento em mudança posterior dessa orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei 13.655/2018; CF art. 5º, XXXXVI c/c LINDB art. 6º, §1º; Decreto 9.830/2019, art. 5º, caput e §1º)***;

142.5. “e) Considerando o julgamento do Processo 10372.000403/2016-50 (Recurso 14.400), no qual foi acatada majoritariamente a tese da ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um processo administrativo sancionador, consolidado no Acórdão publicado em 18/07/2018, como deve ser definido o marco temporal a partir do qual a nova interpretação deva ser aplicada por este Conselho?”: O referido julgamento do Recurso 14.400 pelo CRSFN pode ser tido, segundo exposto na teoria dos precedentes, como exemplo da utilização da técnica do sinalização (“signaling”, ou julgamento-alerta – Enunciado 320 do FPPC). Em tese outro marco temporal poderia arbitrado que não o referido julgamento pelo CRSFN, conforme entendimento jurisprudencial do STF sobre modulação prospectiva de superação de entendimento jurisprudencial anterior em sede de controle difuso (vide nota de rodapé 29) e o Decreto 9.830/2019 (art. 4º, §4º, II). No entanto, essa hipótese está prejudicada por ser **vedado desconstituir ato/processo plenamente constituído com o fundamento em mudança posterior dessa orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei 13.655/2018; CF art. 5º, XXXXVI c/c LINDB art. 6º, §1º; Decreto 9.830/2019, art. 5º, caput e §1º)**;

142.6. “f) Poderia o CRSFN, ao modular os efeitos de sua decisão e de modo a possibilitar a adequação dos órgãos de primeira instância, fixar um marco temporal futuro e definido, a partir do qual não mais se poderia operar a paralisação de 3 anos em fase pré-processual, sob pena de declarar-se consumada a prescrição intercorrente?” Conforme dito na resposta ao questionamento “e”, em tese outro poderia o termo inicial para início de vigência de eventual novo entendimento (“orientação geral” – LINDB art. 24, parágrafo púnico, segundo a Lei 13.655/2018) em superação ao anteriormente firmado, conforme jurisprudência do STF (vide nota de rodapé 29) e o Decreto 9.830/2019 (art. 4º, §4º, II). No entanto, in casu não seria possível essa modulação prospectiva por ser **vedado desconstituir ato/processo plenamente constituído com o fundamento em mudança posterior dessa orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei 13.655/2018; CF art. 5º, XXXXVI c/c LINDB art. 6º, §1º; Decreto 9.830/2019, art. 5º, caput e §1º)**;

142.7. g) Outras considerações julgadas relevantes para a apreciação da questão”: dois racionais devem ser utilizados para uma adequada solução da espécie dos autos:

(i) ***em se tratando de ato/processo firmado conforme entendimento pacificado vigente à época dos fatos (descabimento da prescrição intercorrente - Lei 9.873/99, art. 1º, §1º - já na fase investigatória), é vedado desconstituir tal ato/processo plenamente constituído com o fundamento em mudança posterior dessa orientação geral (LINDB, art. 24, segundo a Lei 13.655/2018; CF art. 5º, XXXXVI c/c LINDB art. 6º, §1º; Decreto 9.830/2019, art. 5º, caput e §1º)***;

(ii) *em se considerando a unidade do jus puniendi estatal, eventual superação de jurisprudência pacificada em direito administrativo sancionador, com potencial adoção de novo entendimento in bonam partem aos acusados (incidência da prescrição intercorrente - Lei 9.873/99, art. 1º, §1º - já na fase investigatória), deveria ser guiada segundo o racional formador desse entendimento jurisprudencial: ultratividade (CP art. 3º) em caso de superação de jurisprudência administrativa ditada por razões de ordem econômico-conjuntural, ou retroatividade penal benéfica (CF art. 5º, XL; CP art. 2º) em caso de superação de jurisprudência administrativa não-ditada por razões de ordem econômico-conjuntural*;

143. No mais, tem-se por aqui reiterados os termos da anterior manifestação meritória já prolatada pela PGFN nos presentes autos.

(...)

(*) Complemento ao Relatório anteriormente publicado (1495103) para incluir novas movimentações e diligências processuais relevantes, e realizar ajustes de forma.

É o relatório.

Thiago Paiva Chaves - Conselheiro Relator.



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Paiva Chaves, Conselheiro(a) Relator(a)**, em 24/07/2020, às 14:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **9421830** e o código CRC **E86AD4F6**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CVM 08/2012

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES: GERMINAL POCÁ
HUDSON CALEFE
IZABEL CRISTINA MARQUES
JOZÉLIA NOGUEIRA
JÚLIO CESAR DA SILVA
MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI
PEDRO HENRIQUE XAVIER
ROGÉRIO DISTEFANO
SERGIO BOTTO DE LACERDA

RECORRIDO: COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

RELATOR: THIAGO PAIVA CHAVES

EMENTA: RECURSOS VOLUNTÁRIOS. Não Divulgação de Fato Relevante. Contabilização Inadequada de valores no balanço. Desvio de Poder. Recursos não providos.

VOTO DO RELATOR

1) Trata-se de recursos voluntários interpostos contra a decisão do Colegiado da CVM que aplicou multa aos recorrentes por supostas irregularidades nas demonstrações financeiras da Sanepar e pela não publicação de fato relevante.

I - Questões Preliminares

2) Cumpre, inicialmente, apreciar a preliminar levantada pelos recorrentes de que teria ocorrido tanto a prescrição da pretensão punitiva da CVM quanto a incidência da prescrição intercorrente.

3) Conforme sequência de apenas alguns documentos existentes nos autos do processo e listados na tabela a seguir, entendo estar bem evidenciada a não ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da CVM, por haver diversos atos de apuração dos fatos, com base no art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999, capazes de interromper essa prescrição. Com isso, a apuração dos fatos deste processo ocorreu antes do prazo de cinco anos, considerando que as irregularidades apontadas pela decisão recorrida teriam ocorrido no ano de 2005.

Tabela 1

Evento	Data	Folhas
Denúncia/Reclamação de investidor	28.4.2005	59-68
Encaminhamento de processo para a SFI instaurar IA	17.7.2006	28
Por força da Deliberação CVM nº 538, autos enviados às SPS.	28.3.2008	29
Intimações para prestação de esclarecimentos	14.8.2009	43
Fornecimento de cópia dos autos para subsidiar prestação de esclarecimentos de comitente em oitiva	17.8.2009	55
Fornecimento de cópia dos autos para subsidiar prestação de esclarecimentos de comitente em oitiva	26.8.2009	47
SPS realiza diligências necessárias à instauração e instrução de inquérito com base na proposta dos autos	23.10.2012	57
Portaria CVM instaurando Inquérito Administrativo	6.11.2012	1
Relatório de acusação da SPS/PFE	14.2.2014	1.281-1.327
Decisão CVM	16.12.2014	1.765-1.804
Autuação no CRSFN	28.5.2015	1.916
Encaminhamento dos autos à PGFN	1.6.2015	1.207
Despacho PGFN encaminhando para Secretaria do CRSFN	29.2.2016	1.208
Sorteio ao Relator do CRSFN	29.3.2016	1209
Recurso distribuído ao Conselheiro Thiago Paiva Chaves.	6.5.2016	-
Processo baixado em diligência.	9.1.2018	SEI 0270870
Recurso incluído para julgamento na 424ª sessão, realizada em 23.4.2019. Colegiado do CRSFN aprovou a conversão de diligência deste processo.	23.4.2019	SEI 2204445

4) Já em relação à ocorrência da prescrição intercorrente, as defesas alegam que os autos permaneceram paralisados, aguardando a instauração do inquérito administrativo, por mais de três anos, entre o período de 2009 e 2012. A própria decisão recorrida confirma esse fato, informando ser evento incontroverso a paralisação entre 17.7.2009 e 23.10.2012.

5) Entretanto, a CVM nega provimento ao pedido de arquivamento do processo devido a esse acontecimento. A diretora relatora apresentou argumentos em linha com a jurisprudência do Colegiado da CVM a respeito do assunto: segunda ela, não se aplicando a hipótese de prescrição intercorrente antes de haver a acusação formal, com o devido processo administrativo sancionador instaurado, vez que a prescrição intercorrente é um fenômeno endoprocessual, não podendo ocorrer antes do processo sancionador.

6) Acompanhando sugestão constante do Parecer-PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN/Nº001/20018, de forma a se certificar de que inexistiam documentos outros, porventura constantes de expedientes diversos, relativos ao proceder da CVM durante a fase pré-processual, solicitei que o Processo fosse baixado em diligência junto à Autarquia. Como resposta, a CVM confirmou não haver nenhum outro documento ou informação além daquelas já constantes dos autos.

7) Embora tenha ficado bem evidenciada a não movimentação processual por mais de três anos antes da instauração formal do processo administrativo sancionador, entendo que a prescrição intercorrente é um fenômeno endoprocessual, reiterando, assim, minha manifestação no julgamento do Recurso 10372.000380/2016-82, julgado na 440ª sessão, em 18.8.2020.

- 8) Outra preliminar apresentada por alguns recorrentes é que o presente processo tornou-se desprovido de utilidade, tendo em vista que as discussões entre acionistas da Companhia, incluindo o acionista reclamante, já estaria resolvida antes mesmo da conclusão do relatório de inquérito. Entendem, com isso, que a atuação da CVM no caso teria ultrapassado todos os princípios da razoabilidade e da eficiência.
- 9) Não tenho como concordar com a defesa. O fato de os acionistas terem celebrado acordo se comprometendo a não levar adiante ações judiciais ou mesmo terem realizado novo acordo de acionistas não tem a capacidade de afastar a possibilidade de a CVM apurar e eventualmente acusar sociedades e participantes do mercado de capitais que possam ter praticado irregularidades sujeitas às penalidades previstas na Lei nº 6.385/76 e em instruções normativas.
- 10) Último ponto a ser analisado antes de passar para o mérito é o pedido de nulidade do presente processo considerando que, de acordo com alguns recorrentes, não teria havido fundamento para a sua instauração. Também nego provimento a essa preliminar. Tanto o relatório de análise da área técnica, que sugeriu a instauração de inquérito administrativo, quanto o relatório de acusação elaborado pela SPS/PFE, que deu origem ao processo sancionador, assim como a própria decisão recorrida, contém descrições detalhadas das supostas irregularidades praticadas pelos recorrentes. As supostas irregularidades em si serão analisadas na parte de mérito deste Voto. Assim, os recorrentes tiveram plena oportunidade de conhecerem com clareza os dispositivos violados e as infrações imputadas.

II - Mérito

- 11) Inicialmente, entendo ser importante contextualizar, resumidamente, o que se tratava o Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC) registrado na contabilidade da Sanepar, sendo um dos fatores presentes nas irregularidades apontadas pela decisão recorrida.
- 12) O AFAC foi fruto de uma operação de crédito, contrato de empréstimo firmado em 1998 entre o Estado do Paraná (tomador do recurso) e o JBIC (Japan Bank for International Cooperation) - financiador do projeto, com o objetivo de capitalizar a Sanepar para a execução de obras de saneamento básico na cidade de Curitiba e outras regiões do Estado.
- 13) Os recursos recebidos foram registrados contabilmente na Sanepar na conta AFAC. Em 2002, o Estado do Paraná e a Sanepar firmaram contrato de sub-empréstimo de recursos do contrato de 1998, anteriormente mencionado, transformando o saldo registrado na conta AFAC em empréstimo.
- 14) Já em 2003, o Estado do Paraná e a Sanepar celebraram termo de rescisão amigável desse contrato de sub-empréstimo, transformando o saldo remanescente e os valores a serem alocados pelo Estado em recursos para integralização de ações a serem subscritas pelo Estado do Paraná em futuro aumento de capital na Sanepar.
- 15) Em 2005, o Estado do Paraná e a Sanepar firmaram contrato para estabelecer o índice e a forma de remuneração dos saldos dos créditos e dos novos aportes de recursos do Estado, registrados na Sanepar como créditos para futuro aumento de capital.
- 16) Com esse breve histórico como pano de fundo, o qual foi devidamente detalhado pela decisão recorrida e relatórios da área técnica, passo a analisar as infrações indicadas pela CVM.

(i) contabilização dos AFAC

- 17) A decisão recorrida aplicou pena de multa a Hudson Calefe, na qualidade de diretor financeiro da Companhia, pela inadequada contabilização, no período de 1.1.2004 a 30.9.2008, dos valores repassados pelo Estado do Paraná à Sanepar.
- 18) Os valores repassados pelo Estado à Sanepar foram contabilizados como integrantes do passivo da Companhia até 2003. A partir de 2004, esses recursos passaram a ser registrados, de forma inadequada conforme decisão da CVM, no Patrimônio Líquido da Companhia. Essa movimentação pode ser facilmente identificada pela análise das demonstrações financeiras da Sanepar, em que a linha AFAC, no valor de R\$ 397 milhões, passa a constar do PL a partir de 2004, em contrapartida da redução desse mesmo valor na linha do passivo do balanço da Companhia, chamada de “*empréstimos e financiamentos de longo prazo*”.
- 19) Segundo o recorrente, os recursos repassados pelo Estado foram contabilizados como AFAC, conta componente do Patrimônio Líquido da Companhia, vez que o propósito do Estado era utilizar os recursos citados para futuro aumento de capital na Companhia, sendo que algumas tentativas foram impedidas por decisões judiciais.

20) Como bem indicado pela decisão de primeira instância, a Lei 6.404/76 não prevê qual o tratamento deve ser dado em relação a valores recebidos por conta de adiantamento para futuro aumento de capital. Entretanto, tanto a doutrina quanto decisões da CVM convergem para o fato de que os recursos recebidos pela Companhia podem ser parte integrante do seu PL apenas quando transferidos com cláusula de permanência na sociedade e de forma definitiva, em caráter irrevogável e irretratável. Caso contrário, eles seriam um mútuo, devendo constar como conta do passivo da Companhia.

21) A própria superintendência de normas contábeis da CVM apresentou manifestação sobre essa situação, afirmando que:

"(...) (só poderiam ser aceitos como sendo elementos representativos do patrimônio líquido das entidades) quando fossem recebidos com cláusula de absoluta condição de permanência na sociedade e quando estivessem destinados e vinculados a futuro aumento de capital por força de disposições contratuais irrevogáveis ou legais."

(...)

"Por outro lado, quando pairassem sobre esses adiantamentos dúvidas quanto a estes aspectos (...) e os acionistas pudessem exigir ou reclamar os recursos de volta, tais adiantamentos seriam melhor representados como elementos do passivo ao invés de serem considerados como elementos do patrimônio líquido da entidade."

22) Além disso, inexistia a fixação de critérios de conversão em uma quantidade fixa de ações, de forma a evitar arbitramento pelas partes envolvidas no processo. E passou um longo período de tempo sem que a capitalização tivesse ocorrido de fato. A relatora do PAS na CVM bem pontuou as evidências das irregularidades no registro dos repasses:

61. A meu ver, a própria decisão do Conselho de Administração de 13/09/2005 de remunerar estes recursos, inclusive retroativamente, é forte evidência de que tais recursos não deveriam ser incluídos no patrimônio líquido, mas como exigibilidades, mesmo que essa remuneração não fosse repassada ao Estado do Paraná na forma de caixa, mas deixados na companhia como crédito do Estado do Paraná para eventual aumento de capital, cuja data era incerta.

62. Embora o CPC 39 seja posterior aos eventos aqui em análise e não houvesse ainda a exigência de um número fixo de ações ou de um critério para a determinação do número de ações a ser emitidas, entendo que há elementos claros a exigir a contabilização dos recursos repassados pelo Estado do Paraná como exigibilidade:

.....

(ii) a ausência de instrumento contratual ou legal irrevogável e irretratável de que os recursos não saíam da Companhia; e

(iii) o fato de que, após nove anos desde a rescisão dos contratos e da constituição dos AFACs, tal aumento de capital ainda não havia ocorrido.

23) Portanto, esses recursos não poderiam ter sido contabilizados como Patrimônio Líquido, restando claro que Hudson Calefe infringiu os arts. 177 e 180 da Lei nº 6.404/1976. Os repasses feitos pelo Estado à Sanepar não tinham características de AFAC, devendo ser contabilizados no passivo da Companhia por ter característica de mútuo e não de capital. E não há dúvidas que o responsável pelo registro irregular dessas operações nas demonstrações financeiras da Sanepar era o recorrente Hudson Calefe, diretor financeiro à época dos fatos.

24) Acompanho também a dosimetria da pena aplicada, tendo em vista que os valores eram extramente relevantes no balanço da Companhia, podendo interferir, por exemplo, na avaliação dos investidores a depender em qual conta estivesse classificada.

(ii) remuneração retroativa estabelecida pelo Conselho de Administração da Sanepar para os recursos classificados como AFAC

25) A decisão recorrida aplicou pena de multa aos membros do conselho de administração que aprovaram a remuneração retroativa dos valores contabilizados como AFAC, entendendo que esses administradores deixaram de exercer suas atribuições no interesse da Companhia, agindo de acordo com os interesses do acionista controlador, Estado do Paraná.

26) Apenas o conselheiro de administração indicado pelo acionista minoritário, Dominó, não aprovou a remuneração do AFAC para o Estado do Paraná, sendo, entretanto, voto vencido. Cabe ressaltar que os dois principais acionistas da Companhia, Estado do Paraná (controlador) e Dominó, estavam nessa época no meio de uma longa disputa judicial.

27) Desde 1998, a Dominó possui participação acionária relevante na Companhia, após a venda pelo Estado de 39,7% do capital da Sanepar. Como consequência dessa venda, os dois investidores celebraram um acordo de acionistas. As divergências entre eles se agravaram quando o governo do Estado do Paraná, em 2002, decretou a ineficácia do acordo de acionistas, incluindo toda a sistemática existente, por exemplo, para composição dos membros do conselho de administração e diretoria.

28) Como bem mencionado pela CVM, são nessas situações de constante conflito entre os sócios que os conselheiros devem estar mais conscientes de suas responsabilidades como administradores de companhia aberta, conforme estabelecido no §1º do art. 154 da Lei nº 6.404/76: *o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.*

29) A grande complexidade desse caso reside na avaliação se, mesmo em não havendo previsão contratual para o Conselho de Administração remunerar o Estado retroativamente em relação aos repasses realizados pelo Estado do Paraná à Companhia, poderiam ter esses recorrentes, com base em Parecer da Procuradoria do Estado do Paraná, autorizado o pagamento.

30) Acredito que tanto a decisão recorrida quanto os recorrentes trouxeram argumentos bastante críveis.

31) Do lado da acusação, há o racional de que, embora seja compreensível que o Estado estivesse insatisfeito com o fato da demora em realizar o aumento de capital ou da não correção da remuneração dos recursos AFAC, não podia o Conselho de Administração ignorar a ausência dessa previsão nos instrumentos que originaram os AFAC, configurando assim, um claro desvio de poder, com favorecimento indevido ao controlador, Estado do Paraná.

32) Fato que corrobora esse entendimento é que contratos anteriores firmados entre o Estado do Paraná e a Companhia estabeleciam remuneração, mas não o último corrente, conforme bem sintetizado pela decisão de primeira instância:

82. (...) É importante lembrar que os Contratos de Devolução e o Contrato de Subempréstimos previam o pagamento pela Sanepar dos juros contratuais dos empréstimos com o JBIC. Contudo, os termos de resilição dos dois contratos assinados em 18/12/2003 – já sob o Decreto Estadual que declarou ineficaz o Acordo de Acionistas – não previam nenhuma remuneração, apenas dispunham que o saldo deveria ser contabilizado na Sanepar a título da AFAC até o aumento de capital.

33) A própria Deloitte, Auditora independente da Sanepar, posicionou-se contrariamente à proposta, entendendo que para que fosse permitida a remuneração *“haveria necessidade de ter constado do ato do adiantamento essa previsão, o que não ocorreu. Assim entendemos não ser possível remunerar esses adiantamentos por falta de previsão no momento de sua entrega. Consequentemente, a administração da empresa não estaria em condições de atender ao requerido no Ofício do Dr. Heron Árzua [secretário da fazenda], ou seja, atualizar monetariamente tais adiantamentos”*.

34) Entretanto, a Deloitte acrescentou que a solução poderia ser alcançada por estudo jurídico analisando o adiantamento, os motivos que levaram a não capitalização na época própria, a consequente disponibilização de recursos públicos sem remuneração, entre outros.

35) Em função desse possível estudo jurídico mencionado pela Deloitte, a Procuradoria do Estado do Paraná emitiu parecer favorável à remuneração do AFAC para o Estado, apesar de o próprio parecer reconhecer a inexistência contratual para a remuneração dos recursos registrados como AFAC. E, com base nele, os recorrentes aprovaram a mencionada remuneração.

36) Ainda apresentando elementos que dariam razão à acusação, entendo ser plenamente possível que os administradores de uma companhia se utilizem de pareceres de especialistas externos para subsidiarem suas decisões. Entretanto, no caso concreto, essa utilização deveria ser utilizada tendo em mente que o emissor do parecer é órgão integrante do governo do Estado do Paraná, parte com interesse em receber a remuneração. Transcrevo trecho do Voto da Diretoria da CVM que revela ainda outras questões que contribuem para formar a convicção do desvio de poder:

79. Sergio Botto, Procurador Geral do Estado, conselheiro de administração da Sanepar aprovou, em 18.04.2005, o Parecer nº 076/2005 da Procuradoria do Estado do Paraná elaborado por Jozélia Broliani. Um mês depois, em 25/04/2005, Jozélia Broliani tomou posse como conselheira de administração da Sanepar e Sergio Botto tomou posse como presidente do conselho de administração da Sanepar.

80. Considerando que, no caso concreto, o conselho de administração da Sanepar já tinha a opinião contrária da Deloitte, seria de se esperar que o conselho de administração da Companhia tivesse o mínimo de reflexão a respeito do parecer produzido por órgão integrante do próprio acionista controlador, parte claramente interessada em receber a remuneração do AFAC. Ressalto ainda que, no caso concreto, um dos conselheiros era procurador geral do Estado e a procuradora que elaborou o Parecer, um mês depois, se tornou conselheira da Companhia, eleita pelo Estado do Paraná. No início da discussão entre a Sanepar e a Secretaria da Fazenda estadual, um dos conselheiros da Companhia era o próprio secretário de fazenda.

37) Por esse item se revestir de maior complexidade jurídica, solicitei manifestação da PGFN, que confirmou toda a complicação do caso concreto, e apresentou em seu PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN N° 090/2018 relevantes contrapontos a alguns elementos utilizados pela acusação. Destaco a seguir alguns desses argumentos:

52. Importante fixar, de início, que esse montante foi, durante anos, tratado pela Companhia como um AFAC, mas a decisão recorrida rejeitou essa classificação e denominou de Mútuo os valores injetados na Companhia, conforme é possível ver no parágrafo 133 da decisão: "Inicialmente cabe evidenciar que os valores recebidos pela Sanepar, apesar de classificados pela Companhia como Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital, na verdade tratavam-se de empréstimos feitos à Sanepar pelo seu sócio controlador.". Assim, a conduta dos membros do Conselho de Administração da SANEPAR merece ser ponderada sob essa dubiedade jurídico-contábil (AFAC ou Mútuo).

(...)

54. Conforme se lê nos autos, os membros do Conselho de Administração deliberaram pela remuneração retroativa do capital aportado pelo Estado do Paraná, controlador da SANEPAR, após terem ciência do Parecer nO76/2005-PGE, que defendia a legalidade da medida com fundamento na previsão da Lei nO9.249/95, na parte que trata dos juros sobre capital próprio. Essa tese jurídica encontrou resistências, mas não se pode deixar de reconhecer que ela foi bem construída e fundamentada, de modo que a decisão tomada pelos Recorrentes não foi inopinada ou completamente descontextualizada.

55. Em sede de defesa administrativa, os Recorrentes acrescentaram que a remuneração dos valores contabilizados tinha o objetivo de evitar perda patrimonial ao acionista que destinou recursos à sociedade, não havendo que se falar em vantagem financeira indevida nesta hipótese. Defendem, ademais, que a autorização de remuneração retroativa evitou a instauração de litígio judicial sobre a matéria e futura contingência financeira.

56. Entendo que a defesa está devidamente ancorada na cláusula geral do Instituto do Enriquecimento sem Causa, que foi assim conceituado por Limongi França: "Enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico".

59. Não vejo, com as vênias devidas aos que pensam de modo diverso, que tenha havido, neste caso, violação ao artigo 154, caput, da Lei das SA, como também não vejo transgressão ao § 1º do mesmo artigo. Até onde a compreensão alcança, o AFAC era um valor da sociedade do Estado do Paraná, isto é, dinheiro público, insuscetível de ser gerador de renda exclusiva para os acionistas da companhia de economia mista. Haveria, na hipótese de recusa da Direção em remunerar o capital do Estado do Paraná, um inafastável enriquecimento sem causa pela SANEPAR, o que é, como visto antes, frontalmente repudiado pelo Direito.

60. Ainda que se considere acertado o entendimento de que o negócio jurídico havido entre o Estado do Paraná e a SANEPAR, de início um Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, tenha cambiado para um negócio jurídico com a natureza do Mútuo, em razão do transcurso de um longo prazo sem a implementação do almejado aumento do capital social da Companhia, a deliberação dos Conselheiros, de remunerar retroativamente o capital aportado pelo acionista controlador, não estaria incorreta, em face do que dita o Código Civil:

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

61. A disposição supra traz expressa autorização legal para a incidência de juros quando o contrato de mútuo, para fins econômicos, for silente a respeito disso (os juros e a sua capitalização). Reforçando tal entendimento, o Conselho de Justiça Federal editou o enunciado nº 34, de seguinte teor: "No novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuo destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual."

62. Em síntese, parece-nos que os Recorrentes não falharam no dever de seguir um padrão de equilíbrio na condução dos negócios da SANEPAR e que a remuneração do capital do acionista majoritário foi uma decisão legítima e legal, quer seja aquele capital considerado um AFAC ou um Mútuo.

38) Com as contribuições da PGFN, que em apertada síntese traz elementos alinhados com a tese dos recorrentes, o caso se mostra ainda mais complexo.

39) Questão relevante em minha avaliação que deveria ter sido abordada, mas não foi, pela primeira instância, anteriormente ao desvio de poder, seriam os eventuais conflitos de interesse e impedimentos de Voto em deliberação de administrador, previsto no art. 156 da Lei n 6.404/1976. É verdade que a decisão recorrida trata do assunto em alguma medida, mas em nenhum momento analisa como sendo mais um ponto irregular.

40) Dois dos conselheiros de administração da Companhia foram os principais responsáveis pela elaboração do documento que serviu de base para que o Conselho decidisse a questão. Como citado na decisão recorrida, a recorrente *Jozélia Broliani* foi a Procuradora do Estado do Paraná quem elaborou o Parecer. E, o recorrente Sergio Botto, como Procurador Geral do Estado, aprovou o Parecer. E ambos como Conselheiros, Sergio inclusive como Presidente do Conselho, aprovaram o pagamento retroativo com base apenas em seus pareceres.

41) Ponto é: poderiam esses dois Procuradores votarem em matéria que já tinham posição definida, posição essa favorável ao acionista controlador, parte com interesse em receber a remuneração retroativa do AFAC, e indicados pelo próprio controlador para integrar o Conselho? Com o agravante de esses Procuradores serem pertencentes a um órgão integrante do próprio ente estatal controlador.

42) Item diretamente ligado a esse seria sobre os deveres de diligência do administrador, tratado no art. 153 da Lei 6.404/76. Seria conduta plenamente diligente daqueles que aprovaram a remuneração dos valores contabilizados como AFAC a utilização apenas desse Parecer da Procuradoria do Estado, vez ter sido elaborado por órgão jurídico integrante da estrutura do próprio acionista controlador, o qual teria sido o único beneficiado com a dita remuneração? Aqui com o agravante de já haver uma manifestação contrária da Auditoria Independente Deloitte sobre o caso.

43) Há vasta jurisprudência da CVM e deste próprio Conselho a respeito de que opiniões de especialistas não são suficientes para eximir completamente os administradores de responsabilidade, principalmente em operações entre partes relacionadas.

44) No excelente Parecer elaborado pela PGFN, embora eu discorde dos argumentos, entendem que os recorrentes estariam ancorados em cláusula geral do instituto do enriquecimento sem causa, e que a remuneração teria o objetivo de evitar perda patrimonial, inclusive com dispositivos expressos no Código Civil.

45) Entretanto, para o caso concreto, vejo muitos elementos que me levam a entender que a utilização desse dispositivo do código civil não é adequado para essa questão.

46) Analisando os autos, concluo ter havido uma vontade expressa do controlador da Sanepar, Estado do Paraná, em estabelecer um contrato com a Companhia sem previsão de pagamento de juros. Conclusão essa decorrente ao se observar esses contratos em sua origem, firmados antes de 2003 entre Sanepar e Controlador, todos esses com previsão contratual clara de juros.

47) E sobre a eventual necessidade de remuneração retroativa com o objetivo de se evitar perda patrimonial do controlador, ente estatal, também não é um argumento que me sensibiliza, vez não ser um mandato previsto à CVM pela Lei 6.385/76.

48) Além disso, este próprio Conselho já se deparou com situações em que o acionista controlador, ente estatal, justificou eventual ação, que teria dilapidado o patrimônio de Sociedade de Economia Mista e dado a ele próprio um benefício particular, como uma legítima política pública, ancorando-se no art. 238 da Lei n 6.404:

Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

49) Embora os motivos não estejam claros nos autos desse processo de quais teriam sido os motivos que teriam levado o acionista controlador a optar, deliberadamente, por um contrato sem previsão de juros do capital, fato é que não podemos descartar o próprio artigo 238. Também não é razoável vários anos após a celebração do contrato o Estado se arrepender de cláusula retirada anteriormente do contrato e aplicar, de forma unilateral, uma remuneração retroativa de alto impacto nas demonstrações de resultado da Companhia.

50) Pelo exposto neste Voto e na decisão de primeira instância, estou convencido que os recorrentes não agiram no interesse da companhia ao aprovar a remuneração do AFAC, devendo ser responsabilizados por desvio de poder. A irregularidade é grave, ao gerar um forte impacto financeiro nas demonstrações contábeis da companhia, vez que o montante de R\$ 76,4 milhões, destinado à remuneração retroativa do AFAC, correspondia à 3,64% do Patrimônio Líquido e à 9,19% do Capital Social integralizado pela Companhia. Assim, infringiram o art. 154 da Lei 6.404/1976, ao adotarem decisão que beneficiaria apenas o Estado do Paraná, controlador da Companhia, em detrimento dos interesses da própria companhia.

(iii) não divulgação de fato relevante

51) A decisão recorrida aplicou pena de multa ao recorrente Germinal Pocá, DRI da Companhia, por não ter feito publicar fato relevante, em infração ao art. 3º da Instrução CVM nº 358/02:

Art. 3º Cumpre ao Diretor de Relações com Investidores enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, e, se for o caso, à bolsa de valores e entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação, qualquer ato ou fato relevante ocorrido ou relacionado aos seus negócios, bem como zelar por sua ampla e imediata disseminação, simultaneamente em todos os mercados em que tais valores mobiliários sejam admitidos à negociação.

52) Os assuntos que motivaram a acusação da CVM foram pelo fato de o DRI não ter divulgado fato relevante comunicando a decisão do STJ que confirmou a eficácia do acordo de acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó; e a decisão do Conselho de Administração de remunerar os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC.

53) O recorrente em sua defesa alegou que: *o mercado foi plenamente informado do que se passava a respeito das transações das ações, pelos simples fato que a decisão judicial, e não administrativa, havia sido plenamente publicada no referido Diário da Justiça; e que CVM e mercado em geral já tinham conhecimento do desenrolar dos assuntos internos da empresa, através da grande imprensa, e especialmente da imprensa especializada da área econômica.* Acrescentou que o processo seria nulo, vez que o Presidente da Sanepar não foi chamado para prestar esclarecimentos a respeito da ausência da comunicação do fato relevante. E que nenhum prejuízo houve com a eventual falta de comunicação ao mercado, pois não foi registrada nenhuma reclamação sobre esse assunto.

54) Não tenho como concordar com os argumentos apresentados pelo recorrente, e causa-me certa perplexidade constatar o desconhecimento do acusado das atribuições que ele próprio teria à época como DRI da Companhia.

55) É responsabilidade primária do DRI zelar pela comunicação entre companhia, investidores e mercado em geral, sendo de sua competência a ampla e imediata divulgação de qualquer ato ou fato relevante envolvendo a Companhia que tivesse conhecimento. Ou seja, o DRI é o principal porta voz entre a companhia e o mercado, sendo de sua competência também esclarecer informações, boatos e especulações envolvendo a companhia.

56) Em relação à Decisão do STJ que confirmou a eficácia do acordo de acionistas celebrado entre o Estado do Paraná e a Dominó não restam dúvidas que era sim um fato relevante. A própria Companhia entendeu que assuntos relacionados a essa matéria teriam tal tratamento, como evidenciado pelo Fato Relevante divulgado pela Sanepar em 14.2.2003, quando informou ao mercado que o Decreto Estadual nº 452 de 13.2.2003 declarou nulo o acordo de acionistas entre o Estado e o acionista Dominó.

57) Da mesma forma que a Companhia e o DRI julgaram ser fundamental divulgar fato relevante para comunicar a anulação do acordo de acionista pelo Estado, deveriam ter dado o mesmo tratamento para decisão do STJ que decretou a eficácia desse mesmo acordo. Agindo dessa forma, o DRI de maneira arbitrária estabeleceu graus diferentes de relevância a fatos ligados exatamente à mesma matéria.

58) A própria Instrução CVM nº 358/2002 apresenta em seu art. 2º exemplos de atos ou fatos potencialmente relevantes, estando entre eles a celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente.

59) Outro ponto apresentado pela acusação foi a não divulgação de decisão do Conselho de Administração de remunerar os créditos recebidos pela Sanepar a título de AFAC. O mérito da legalidade da autorização desse

pagamento já foi analisado no início deste Voto.

60) A questão considerada neste item é se o DRI da Companhia, que tinha conhecimento do assunto, deveria ou não ter divulgado por meio de fato relevante essa decisão do conselho de administração. Com relação à definição do que seria um ato ou fato relevante, embora seja um conceito de certa forma subjetivo, cabendo sempre no caso concreto uma análise cuidadosa dos administradores e controladores de companhias abertas, o arcabouço legal existente no mercado brasileiro estabeleceu alguns conceitos que devem ser considerados para realizar essa avaliação, e apresentou, inclusive, alguns exemplos de ato ou fato potencialmente relevante que ocorrem ao longo da vida das companhias.

61) De forma sintética, são relevantes atos ou fatos que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores de negociar valores mobiliários de determinada companhia aberta e que possa influir nas cotações desses ativos. Como bem apresentou a Diretora Relatora da CVM em seu voto, o montante contabilizado como remuneração retroativa do AFAC representava em 2005 aproximadamente 3,6% do PL e 9,2% do Capital Social da Sanepar. Considerando que tal remuneração foi concedida de forma retroativa, sem previsão contratual, conforme análise no início deste Voto, estou certo que essa informação tinha o potencial de influir na decisão de investimento dos investidores ou acionistas da Companhia.

62) Em relação à dosimetria das penas, entendo que não há reparos a realizar. As irregularidades são graves, sendo as multas proporcionais aos ilícitos e compatíveis com multas similares aplicadas pela CVM e por este Conselho.

III - Conclusão

63) Assim, diante do exposto, voto pelo não provimento dos recursos voluntários, mantendo a decisão de primeira instância:

1. com relação ao recorrente GERMINAL POCA, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Sanepar, pela não divulgação de Fatos Relevantes, **negar provimento ao recurso**, mantendo a penalidade de Multa no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);
2. com relação ao recorrente HUDSON CALEFE, na qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar, por inadequada contabilização de valores, **negar provimento ao recurso**, mantendo a penalidade de Multa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais);
3. com relação aos recorrentes IZABEL CRISTINA MARQUES, JOZÉLIA NOGUEIRA BROLIANI, JÚLIO CÉSAR DA SILVA, MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI, PEDRO HENRIQUE XAVIER e ROGÉRIO DISTEFANO, na qualidade de Conselheiros de Administração da Sanepar, por desvio de poder ao deixar de exercer suas atribuições no interesse da Companhia, **negar provimento aos recursos**, mantendo a penalidade de Multa no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); e
4. com relação ao recorrente SERGIO BOTTO DE LACERDA, na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Sanepar, por desvio de poder ao deixar de exercer suas atribuições no interesse da Companhia, **negar provimento ao recurso**, mantendo a penalidade de Multa no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

É o voto.

Thiago Paiva Chaves – Conselheiro Relator.



Documento assinado eletronicamente por **Thiago Paiva Chaves, Conselheiro(a) Relator(a)**, em 16/09/2020, às 14:37, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1495370** e o código CRC **64A6EA94**.



**MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL**

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CRSFN-CVM 08/2012

Relator: Thiago Paiva Chaves

VOTO VISTA

I – INTRODUÇÃO

1. Quanto à preliminar da prescrição intercorrente, replico o entendimento já expressado em voto proferido no recurso paradigma 10372.000380/2016-83, de acordo com o qual reconheço a possibilidade de que tal modalidade de prescrição possa surtir seus efeitos antes de instaurado o processo administrativo sancionador. No caso em questão, não resta dúvida que o procedimento investigatório ficou paralisado de 17/07/2009 a 23/10/2012, portanto, por mais de três anos, o que ensejaria a extinção do processo sem julgamento de mérito.

2. No entanto, em conformidade com o precedente supracitado, o CRSFN decidiu, por bem, modular os efeitos da nova orientação geral, que passará a vigorar nos seguintes termos **"A nova interpretação do CRSFN acerca da incidência do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99 à etapa pré-processual se aplicará a processos em que se verificar, antes da citação dos acusados, intervalo igual ou superior a 3 anos entre a prática de atos subsequentes de movimentação processual, apenas quando o termo final da prescrição intercorrente, isto é, o dia em que se completarem os 3 anos de paralisação for posterior à data em que a publicação do acórdão que consubstanciou o novo entendimento do CRSFN tiver completado um ano."** (grifei), pelo que deixo de reconhecer a prescrição intercorrente no caso concreto.

3. Com relação às demais preliminares, acompanho o voto do Conselheiro Relator. Contudo, divirjo, respeitosamente, do Relator em aspectos de mérito e dosimetria.

4. O cerne das infrações identificadas no presente processo gira em torno da remuneração retroativa do AFAC. Para entender as eventuais infrações envolvidas, é necessário, primeiro, analisar o processo que culminou na decisão de remunerar o AFAC por parte do Conselho de Administração.

II – CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Da celebração do AFAC

5. O AFAC situou-se em meio a projeto de investimentos a ser desenvolvidos pela Companhia, que foram inicialmente subsidiados por repasses obtidos pelo Governo do Paraná, advindos de fundos obtidos juntos ao banco Japonês JBIC. Entre junho de 1998 e dezembro de 2001, foram repassados valores pelo Estado do Paraná à Sanepar, no total de R\$ 158.598.665,28, sendo que a responsabilidade junto ao JBIC pelo pagamento de principal e juros permaneceu na esfera do Estado do Paraná. Paralelamente, pelo recebimento de tais repasses, em 29/01/2002 a Sanepar celebrou dois contratos com o Estado do Paraná, seu acionista controlador:

(i) Contrato de Devolução do dinheiro pago pelo JBIC Japan em até 30 dias da realização de IPO pela Sanepar. Os valores foram atualizados até 31/12/2001 de acordo com a taxa TR mensal, acrescidos de taxa média de juros anuais incorridos pela Sanepar em seus outros financiamentos, resultando na taxa anual média de aproximadamente 8%. Em 18/12/2002 o saldo do Contrato de devolução foi atualizado à taxa de 8,02; e

(ii) Contrato de Subempréstimo, que previa o repasse de o Estado do Paraná deveria repassar à Sanepar os valores recebidos do JBIC Japan.

6. Subsequentemente, em 18/12/2003, foram celebrados Termos de Resilição de ambos os contratos (em conjunto, “Termos de Resilição”). Ambos continham a seguinte cláusula: “enquanto não se realizar a Assembleia Geral necessária a operar o aumento de capital, o valor reconhecido na cláusula segunda deverá ser contabilizado junto à Sanepar como adiantamento para futuro aumento de capital”.

7. A remuneração do AFAC foi deliberada pela primeira vez em reunião do Conselho de Administração de 25/04/2005 e aprovada na reunião do Conselho de Administração de 13/09/2005. A decisão foi tomada por maioria de votos, tendo o conselheiro eleito pela acionista Dominó Holding S.A. (“Dominó”), parte em Acordo de Acionistas celebrado com o Estado do Paraná em 1998 (“Acordo de Acionistas”), sido o único a votar contrariamente à remuneração. O representante dos funcionários e os representantes do Estado do Paraná votaram favoravelmente à remuneração retroativa e prospectiva.

8. O contrato de remuneração de AFAC foi efetivamente celebrado em 30/09/2005 prevendo, para além de remuneração prospectiva, remuneração retroativa: “os saldos dos créditos destinados a futuro aumento de capital a favor do Estado do Paraná, existentes em 31/12/2003, e aportes realizados em meses dos exercícios seguintes, serão remunerados pela TJLP utilizando-se a variação acumulada de 1º(primeiro) de janeiro de 2004, até a data da assinatura deste contrato [30/09/2005], conforme valores de remuneração constantes do Anexo I a este contrato, no montante de R\$ 76.411.064,97 referente ao período de 01.01.2004 a 30.09.2005.”

9. Analisando a cadeia de negócios jurídicos que culminaram na celebração do contrato que remunerou o AFAC, temos os seguintes pontos: (i) valores de titularidade do Estado do Paraná foram repassados à Companhia e ficaram registrados no passivo de 1998 a 2003, período no qual foram remunerados à taxa média de 8%; (ii) após celebração dos Termos de Resilição estes valores foram transferidos ao patrimônio líquido, a título de AFAC, para utilização até eventual aumento de capital; e (iii) após 2 anos sem que ocorresse qualquer aumento de capital social, foi decidida pelo Conselho de Administração, a remuneração dos valores contabilizados a título de AFAC, tanto pelo período em que já haviam permanecido na Companhia, quanto pelo período que ainda permaneceriam.

10. Nesse sentido, passo à análise das razões por detrás da demora na realização do aumento de capital.

Das disputas societárias

11. Como bem salientou o voto da CVM, a celebração do AFAC e a decisão de remuneração deram-se no bojo de uma grande briga societária entre o Estado do Paraná e a Dominó. Para além das discussões já mencionadas pela CVM referentes ao Acordo de Acionistas, chamo atenção para dois momentos da disputa entre os acionistas.

12. Quando da Assembleia Geral Ordinária ocorrida em 27 de abril de 2004, realizada logo após a celebração do AFAC, tal discussão societária deu ensejo a voto proferido pela Dominó pela ilegalidade do aumento de capital social com o AFAC.

13. A disputa societária deu ensejo também à formulação de denúncia à CVM por parte da Dominó quanto aos critérios utilizados para se determinar o preço de emissão das ações ordinárias objeto de proposta de aumento de capital já aprovada em reunião do Conselho de Administração da Companhia. Fica claro que o tal AFAC carecia de item essencial para que pudesse ser executado sem qualquer desequilíbrio em desfavor dos acionistas que seriam diluídos: o número de ações a ser emitido ou o critério prévio de precificação.

14. Dessa forma, como salientado pelos Recorrentes membros do Conselho de Administração em seus recursos, em decisão proferida em 25 de janeiro de 2005, no âmbito do processo CVM N.º RJ 2004/3098, a CVM decidiu impedir a realização do aumento de capital nos termos aprovados pelo Conselho de Administração até que se realizasse estudo detalhado ou laudo de avaliação da Companhia que embasasse os valores pretendidos.

15. Chama atenção a proximidade da data em que a CVM impõe o segundo obstáculo à realização do aumento de capital, 25/01/2005, e o início das discussões para remuneração dos valores que estavam parados na Companhia, dada a impossibilidade de realizar aumento de capital, 25/04/2005.

16. Da análise das disputas societárias fica claro que a realização do aumento de capital estava encontrando obstáculos e, se no momento dos Termos de Resilição não foi pactuada a remuneração do AFAC, o mais provável era que os membros do Conselho de Administração de boa-fé não esperavam que a realização do aumento de capital demoraria tanto.

17. A manutenção dos valores de titularidade do Estado do Paraná, que aguardavam a possibilidade de capitalização, ficaram estacionados no patrimônio líquido no balanço da Companhia em meio à disputa societária. Aceitar que tais valores, os quais já haviam sido empregados em benefício de todos os acionistas, pudessem permanecer na Companhia indefinidamente sem qualquer remuneração a favor do Estado do Paraná, o qual arcava com os juros devidos ao banco japonês, contraria toda e qualquer gestão responsável de recursos e poderia facilmente dar ensejo a discussões judiciais de enriquecimento sem causa. Muito menos entendo ser possível presumir a prática de liberalidades com dinheiro público.

Do tratamento dado ao AFAC e sua natureza de mútuo

18. Em linha com a construção exposta no voto da Diretora Relatora da CVM, o AFAC, em sua substância e diante das circunstâncias do caso, deveria ter sido tratado como um mútuo com opção de investimento. Esta conclusão se extrai essencialmente de dois fatores. Primeiro, o fato de os valores não terem sido repassados de forma irrevogável para a Companhia, o que significa que poderiam ser exigidos de volta pelo Estado do Paraná. O segundo, justamente pela decisão de remuneração dos valores aportados. É necessário, assim, melhor explorar a incidência de juros em um contrato de mútuo. Assim, conforme definiu a CVM:

"54. Assim, o então Presidente da CVM, acompanhando a doutrina, manifestou-se no sentido de que apenas quando os recursos são transferidos de forma definitiva para a Companhia, eles poderiam ser parte integrante do patrimônio líquido. Caso contrário, eles seriam um mútuo com uma opção de investimento. (...)

Um dispositivo contratual [a remuneração] não tem o condão de alterar a natureza dos lançamentos contábeis, muito menos quando ele está em desacordo com os requisitos necessários para se registrar um AFAC. A meu ver, a existência do "acessório" é justamente, no caso em tela, indicativo de que estes recursos tinham, de fato e essencialmente, natureza de mútuo e não de capital."

19. A esta conclusão chegou também a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional por meio do Parecer PGFN/NUCAF/CRSFN/N.º090/2018, afirmando tratar-se o AFAC, na verdade, de empréstimos feitos à Sanepar pelo Estado do Paraná.

*"Importante fixar, de início, que esse montante foi, durante anos, tratado pela Companhia como um AFAC, mas a decisão recorrida rejeitou essa classificação e denominou de **Mútuo** os valores injetados na Companhia, conforme é possível ver no parágrafo 133 da decisão: "Inicialmente cabe evidenciar que os valores recebidos pela Sanepar, apesar de classificados pela Companhia como Adiantamentos para Futuro Aumento de Capital, na verdade tratavam-se de empréstimos feitos à Sanepar pelo seu sócio controlador.". Assim, a conduta dos membros do Conselho de Administração da SANEPAR merece ser ponderada sob essa **dubiedade** jurídico-contábil (AFAC ou Mútuo)." (grifos do original)*

20. Os juros não são elemento essencial de um contrato de mútuo. Na realidade, um mútuo essencialmente um contrato unilateral e gratuito porque, em princípio, apenas o mutuário contrai obrigações. [1] Sob a vigência dos regimes legais anteriores, no Código Civil de 1916 (art. 1.262) e no Código Comercial (art. 248), eventual onerosidade de um contrato de mútuo deveria ser expressamente prevista. Já Código de 2002, já vigente à época do Termo de Resilição, alterou esse cenário através do artigo 591:

"Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual."

21. Dessa forma, caso não haja estipulação de juros, será o caso concreto, quanto à vontade negocial das partes, que definirá quando o mútuo teve finalidade econômica ou não [2].

22. Nessa linha, para definir as hipóteses em que o contrato de mútuo deva ser considerado com finalidade econômica ou não assim, analisa Caio Mário [3]:

"Se o mútuo se destina a fins econômicos, presumem-se incidentes os juros (Código Civil, art. 591), conforme já se destacou. Por fins econômicos se entende aquele mútuo que não é feito por cortesia, amizade ou espírito de solidariedade."

23. Em minha visão, é evidente que os recursos não tenham sido repassados à Companhia por cortesia ou liberalidade do Estado do Paraná. Não tenho dúvida que este negócio jurídico fora realizado com viés econômico, para que a Companhia pudesse investir tal capital, e o Estado do Paraná pudesse receber ações em contrapartida, o que pela disputa societária existente, não foi possível. Importante lembrar que o acionista controlador de uma sociedade de economia mista deve exercer o controle, levando em conta também o interesse público para o qual a companhia criada, nos termos do art. 238 da LSA, que no caso em tela, se materializou pelo projeto de saneamento do Estado do Paraná.

24. Dessa maneira, o pagamento de juros em contrapartida aos repasses realizados em 18 de dezembro de 2003 é consequência imediata da tipificação contratual confirmada no voto da CVM, com a qual concordo inteiramente. É legalmente justo e condizente com o princípio da boa-fé objetiva que informa toda a atividade contratual, nos termos dos arts. 113 e 422 do Código Civil, que juros submetidos ao limite legal fossem estipulados dada a natureza da relação negocial estabelecida, a despeito do tratamento contábil errôneo e impreciso de AFAC. Tanto a acusação como a decisão de primeira instância, em momento algum questionam a decisão do pagamento de juros prospectivos ou a taxa de juros aplicada. É questionada apenas a decisão do pagamento dos juros retroativos, sob a caracterização de desvio de poder.

25. A reforçar a tese de que os juros retroativos não representaram privilégio irregular aos interesses do controlador está justamente a taxa de juros praticada. Nesse sentido, ressalto que a taxa SELIC se aplicada ao período em questão geraria juros no montante de 18,49%, conforme dados do Banco Central. A aplicação da TJLP representou remuneração de 16,6%. Isto é, a taxa de juros estipulada situou-se abaixo do limite legal e mais benéfica, portanto, à Companhia.

26. Ainda quanto ao embasamento legal, entendo que a taxa de juros não foi arbitrária, e estava em linha com a regra aplicável aos juros sobre capital próprio, nos termos do art. 9º da Lei 9.249/95. A utilização da norma legal aplicável a juros sob capital próprio decorre, antes de tudo, de não haver orientações claras sobre AFACs à época. Ademais, não me parece absurda, e muito menos de má-fé, em face da omissão legal sobre a regulação do AFAC, que os Conselheiros houvessem buscado na Lei 9.249/1995 o critério de remuneração daqueles repasses. Se à própria época e até hoje, admite-se que em casos muito específicos, contabilize-se recursos repassados a título de e AFAC no patrimônio líquido, creio ser válida a analogia com o dispositivo que se refere a pagamento de “**juros pagos ou creditados individualizadamente a titular, sócios ou acionistas**, a título de remuneração do capital próprio, calculados **sobre as contas do patrimônio líquido**”.

27. Haja vista todo o contexto até aqui exposto, não posso conceber a ocorrência de desvio de poder/finalidade pelo Conselho de Administração, ao decidirem pelo pagamento de valores legalmente devidos ao acionista controlador. Valores esses que permaneceram na Companhia por período muito além do esperado. Valores esses que eram remunerados anteriormente e passaram a ser remunerados prospectivamente. E valores esses cuja taxa de juros não privilegiou o Estado do Paraná em detrimento da Companhia.

28. Por outro lado, não existe legislação que permita a prática de liberalidades por parte do Estado do Paraná, pessoa jurídica de Direito Público, sujeita ao estrito princípio da legalidade. Pelo contrário, ao trata-se de transação entre partes relacionadas, exige-se, como se observa em inúmeros aspectos da regulação societária e dos mercados, que a transação ocorra em bases comutativas, a valor de mercado. Impedir a remuneração devida ao controlador representaria uma perda de dinheiro injusta e totalmente desconectada dos mundos dos negócios.

29. Tal liberalidade imposta pela decisão da CVM ganha maior relevo quando se considera tratar-se de sociedade de economia mista e que tais valores têm origem pública e seriam investidos pelo Estado do Paraná na sociedade.

30. Dessa forma, sob a capitulação imposta pela CVM e da qual os Recorrentes se defenderam no processo, de **desvio de poder**, não vejo como manter as condenações dos Conselheiros de Administração, por descumprimento ao artigo 154 da LSA, nos termos propostos pela primeira instância.

31. Ressalto, nesse sentido, que partilha desta conclusão a PGFN, conforme Parecer PGFN/NUCAF/CRSFN/N.º090/2018:

"de início um Adiantamento para Futuro Aumento de Capital, tenha cambiado para um negócio jurídico com a natureza do Mútuo, em razão do transcurso de um longo prazo sem a implementação do almejado aumento do capital social da Companhia, a deliberação dos Conselheiros, de remunerar retroativamente o capital aportado pelo acionista controlador; não estaria incorreta, em face do que dita o Código Civil. (...) A disposição supra [Art. 591] traz expressa autorização legal para a incidência de juros quando o contrato de mútuo, para fins econômicos, for silente a respeito disso (os juros e a sua capitalização)."

32. Não posso deixar de observar, contudo, que todo o processo societário e contábil do encadeamento de negócios jurídicos originados com os repasses pelo Estado do Paraná foi permeado por deficiências na estruturação do AFAC, falhas na interpretação contábil pela Diretoria que preparava as demonstrações financeiras, assim como possível falta de dever de diligência por parte do Conselheiro de Administração em fiscalizar a preparação das DFs. Caso o foco do presente processo fosse a falta de dever de diligência, entendo que o desfecho provavelmente seria desfavorável aos Conselheiros.

33. Após o pedido do Estado do Paraná para remuneração do AFAC, a Companhia solicitou à Deloitte seu parecer sobre o tema. Impossibilitada de emitir um parecer jurídico, assim se manifestou:

*“Para que fosse possível a remuneração desses valores, seja pela aplicação de taxa de juros, seja a atualização monetária, haveria necessidade de ter constado no ato do aditamento essa previsão, o que não ocorreu. Assim, entendemos não ser possível remunerar esses adiantamentos por falta de previsão no momento de sua entrega. Consequentemente, a administração da empresa não estaria em condições de atender ao requerido no Ofício do Dr. Heron Arzua [membro suplente do Conselho e secretário da fazenda do Estado do Paraná], ou seja, atualizar monetariamente tais adiantamentos. **Entendemos que a solução dessa situação poderia ser alcançada pelo estudo jurídico envolvendo os adiantamentos, tais como: motivos que levaram à não capitalização desses adiantamentos na época própria; a consequente disponibilização de recursos públicos sem remuneração; a necessidade/obrigatoriedade dos organismos do estado em buscar reparo para a situação, etc.**” (grifei)*

34. Diante desse cenário, a Companhia buscou parecer junto à Procuradoria do Estado do Paraná, órgão que presta consultoria jurídica ao Estado do Paraná, que, obviamente, tinha interesse na remuneração. O parecer atestando a legalidade da remuneração foi elaborado pela procuradora do Estado Jozélia Nogueira Broliani, em 08/04/2005, a qual foi eleita para o Conselho de Administração em 25/04/2005, passados 17 dias. Foi, então, em 18/04/2005 assinado pelo Procurador Geral do Estado do Paraná Sergio Botto de Lacerda, então membro do Conselho de Administração e eleito presidente em 25/04/2005, após 7 dias.

35. A confusão de agentes, nesse determinado momento, é evidente, e, especialmente após o parecer da Deloitte, era dever do Conselho de Administração buscar parecer de um terceiro desinteressado. No entanto, optaram pelo caminho mais fácil, baseando-se em um parecer do órgão que justamente dá suporte jurídico ao próprio Estado do Paraná.

36. Ainda que eu concorde com a conclusão do tal parecer no mérito, entendo que os membros do Conselho de Administração poderiam ter exercido “as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154), com bastante mais diligência no exercício destas mesmas atribuições. Dessa forma, entendo que sua total absolvição não seria justa, sendo mais adequada a aplicação de **penalidade de advertência**.

37. Passo, então, à infração identificada quanto à contabilização do AFAC.

III – DIRETOR FINANCEIRO

38. Não discordo do posicionamento exarado pela CVM em sua decisão de que a correta contabilização do AFAC seria dentro do Passivo. Considerando-se sua natureza de mútuo com opção de investimento, trazida brilhantemente pelo voto vencedor da Diretora Relatora de primeira instância, realçada pela decisão de remuneração, sua natureza de passivo é patente. Contudo, entendo que seja necessário sopesar esta conclusão à luz das características do caso concreto.

39. De início, é necessário salientar que, à época dos fatos, a realização de AFACs era pouco regulamentada, não havendo qualquer normativo específico por parte do CFC ou orientação delimitada pela CVM. Em um dos poucos precedentes concomitantes à contabilização do AFAC no Patrimônio Líquido, no julgamento dos Processos RJ2004/2002 e N° RJ2004/2097 em 07/12/2004, a CVM mencionou que

“o Fisco determina a alternativa única de considerar os adiantamentos como exigibilidade, todavia, muitas vezes, pode-se admitir esses adiantamentos como parte do patrimônio líquido, desde que sejam recebidos

com cláusula de absoluta condição de permanência na sociedade”.

40. Contudo, neste mesmo julgamento fez a ressalva de que:

“O fato de a subscrição ser passível de não-incorporação e devolução aos acionistas, em função da demanda judicial interposta, não impediria que fosse registrada no patrimônio líquido, que poderia ser reduzido e devolvido a acionistas em função de deliberação legalmente efetuada, da mesma forma que o passivo é reduzido quando se liquida alguma exigibilidade”

41. Vê-se, assim, que para além de não haver uma orientação firme sobre o tema à época da contabilização do AFAC, o que só veio a acontecer com a emissão do CPC 39, aprovado pela Deliberação CVM nº 604 de 19.11.2009, desde os primeiros posicionamentos da CVM era permitida sua contabilização no Patrimônio Líquido. Ademais, ressalto que, embora os Termos de Resilição não dispusessem sobre a obrigação irrevogável de permanência da sociedade, como salienta a CVM, também não previam a hipótese de devolução dos valores aportados. E nada nos autos dá indícios da intenção de sua devolução, por parte do Estado do Paraná.

42. Pelo contrário, o que parece ter sido a intenção do Estado do Paraná, pelo menos até a atribuição da remuneração, era manter o capital na Companhia e efetivamente realizar a subscrição de ações por meio de aumento de capital. Extraio esta conclusão tanto do histórico de tentativas de realização de aumento do capital social descrito no item II, acima, quanto da postura do Estado do Paraná após os fatos objeto deste recurso, que não retirou os valores aportados a título de AFAC, tendo efetivamente realizando o aporte 17/10/2013 no valor de R\$797.359.806,00, exercendo dessa forma a opção de investimento que detinha.

43. Ademais, é importante ressaltar que, reconhecendo a controvérsia do tema, a Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes S/S ("Deloitte") emitiu parecer em que reconhece a possibilidade de contabilização do AFAC no patrimônio líquido:

"A classificação desses adiantamentos como parte do patrimônio líquido da empresa leva em conta o preceito contábil incluído na Resolução n.º 750/93, do Conselho Federal de Contabilidade que diz 'na aplicação dos Princípios Fundamentais de Contabilidade a situações concretas, a essência das transações deve prevalecer sobre seus aspectos formais'. No caso sob análise, não resta dúvida que juridicamente esses adiantamentos não podem ser considerados parte do patrimônio líquido, por faltar formalidade legal para tanto. Considerando-se, entretanto, a essência sobre a forma, e ainda que a devolução desses valores não será exigida pelo Estado do Paraná, melhor seria demonstrá-los como Patrimônio Líquido."

44. Ademais, quando da análise dos balanços patrimoniais da Companhia referente aos períodos sociais encerrados em 31 de dezembro de 2003, 31 de dezembro de 2004 e 31 de dezembro de 2005, a Deloitte concluiu que as demonstrações financeiras representavam adequadamente a posição patrimonial da Companhia e as mutações de seu patrimônio líquido. À mesma conclusão chegou BDO Trevisan Auditores Independentes com relação aos períodos sociais encerrados em 31 de dezembro de 2006, 31 de dezembro de 2007 e 31 de dezembro de 2008.

45. Ante o exposto, por mais que a contabilização do AFAC no Patrimônio Líquido tenha sido, de fato, incorreta, a ausência de posicionamento claro seja do CPC, seja da CVM sobre o tema, as características do caso concreto, bem como o respaldo dos auditores independentes devem ser considerados na análise da reprovabilidade da conduta. Assim, a condenação de Hudson Calefe, na condição de Diretor Financeiro, deve ser revista, para que se aplique **penalidade de advertência**.

IV- DIRETOR DE RELAÇÕES COM INVESTIDORES

Finalmente, passo a analisar a condenação de Geminal Pocá, DRI da Companhia, pela não publicação de fato relevante, em duas situações revisitadas abaixo:

46. No dia 14 de fevereiro de 2003, a Companhia divulgou Fato Relevante informando a decretação de ineficácia do Acordo de Acionistas entre o Estado do Paraná e Dominó, como resultado do Decreto Estadual nº 452/03 de 13/02/2003, que entendeu ser o Acordo ineficaz.

47. No dia 30 de dezembro de 2003, a Companhia divulgou Fato Relevante informando a celebração dos Termos de Resilição, que deram ensejo ao AFAC objeto deste Recurso.

48. Em contrapartida, não foram divulgadas nem a celebração do contrato de remuneração do AFAC de 30.09.2005, nem a decisão do Superior Tribunal de Justiça que anulou o decreto do Estado do Paraná e restituiu a eficácia do Acordo de Acionistas.

49. Com relação a não divulgação do restabelecimento da eficácia do Acordo de Acionistas, em decorrência da decisão do STJ de 25 de setembro de 2007, não tenho dúvidas de que um fato relevante deveria ter sido publicado. O texto expresso da Instrução CVM 358/02, em seu art. 2º, parágrafo único, II, [4] oferece diretriz muito clara sobre a importância de total divulgação de assuntos relacionados a acordo de acionistas. Ainda mais, em um contexto de disputa societária entre signatários do acordo, o que tona a informação ainda mais relevante.

50. Entretanto, o mesmo raciocínio não aplico à possível divulgação de fato relevante relativo à decisão de estipular juros ao AFAC. Primeiramente, essa despesa representava 3,64% sobre o Patrimônio Líquido da Companhia. Embora não desprezível, esperar que uma Companhia divulgue negócios jurídicos dessa magnitude não me parece um manuseio eficiente do arcabouço de comunicação de fatos relevantes e divulgação de informação ao mercado. Tampouco a acusação ou a decisão da CVM elaboraram esse tópico a ponto de me convencer da materialidade desse ponto, à luz da regulamentação aplicável. Não creio que se desincumbiram nesta acusação. Como o mercado já sabia que existia um AFAC registrado no balanço da Companhia, não me parece que a adição da remuneração, nessa magnitude, justificava uma nova publicação.

51. Assim, a condenação de Germinal Pocá deve ser revista para considerar apenas a omissão relativa à eficácia do Acordo de Acionistas, para que se aplique a multa final de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), levando em conta os seguintes atenuantes: (i) publicidade da decisão do STJ; (ii) ampla discussão na imprensa a respeito do contencioso societário entre Estado do Paraná e Dominó; e (iii) ausência de prejuízo manifesto a investidores minoritários, dado que apenas 0,3% do capital da Companhia era detido fora do eixo do Acordo de Acionistas e nenhuma reclamação foi feita nesse sentido.

V - CONCLUSÃO

52. Diante do exposto, voto:

I. Sergio Botto de Lacerda na qualidade de Presidente do Conselho de Administração da Sanepar, e Pedro Henrique Xavier, Rogério Distefano, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Izabel Cristina Marques e Jozélia Nogueira Broliani na qualidade de Conselheiros de Administração: **provimento parcial do recurso e aplicação de pena de advertência**, por terem aprovado a remuneração retroativa do AFAC, conforme o art. 154, caput e § 1º da Lei nº 6.404 /1976;

II. Júlio César da Silva na qualidade de Conselheiro de Administração: **provimento parcial do recurso e aplicação de pena de advertência**, por ter aprovado a remuneração retroativa do AFAC, conforme o art. 154, caput da Lei nº 6.404 /1976.

III. Hudson Calefe, na qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar de 10/03/2003 a 24/5/2012: **provimento parcial do recurso e aplicação de pena de advertência**, pela inadequada contabilização, no período de 01/01/2004 a 30/09/2008, dos valores repassados pelo Estado do Paraná à Sanepar, bem como da remuneração destes valores, em desacordo com o previsto no artigo 177, caput, c/c o art. 180 da Lei nº 6.404/76.

IV. Germinal Pocá, na qualidade de Diretor de Relações com Investidores da Sanepar de 10/03/2003 a 31/12/2008: **provimento parcial do recurso para redução da multa a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)** por não por ter feito publicar Fato Relevante, pelo menos a partir de 25 de novembro de 2007, informando o mercado que o STJ havia reafirmado a eficácia do acordo de acionistas.

É o voto.

Pedro Frade de Andrade – Conselheiro.

[1] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. São Paulo: Atlas. 3v. 3ª ed. 2003. pp. 236 e 237.

[2] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. São Paulo: Atlas. 3v. 3ª ed. 2003. p. 237.

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva **Instituições de direito civil** 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 21ª ed, 2017. pp 244 - 245

[4] "Art. 2º Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: (...) Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes: (...) II - mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;"



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Frade de Andrade, Conselheiro(a)**, em 23/09/2020, às 19:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **10483004** e o código CRC **9EDA8DA5**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CRSFN-CVM 08/2012

Relator: **THIAGO PAIVA CHAVES**

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO SÉRGIO CIPRIANO DOS SANTOS

1 INTRODUÇÃO

1. Esse voto foi estruturado para responder as seguintes questões:
 1. É possível a ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um Processo Administrativo Sancionador (PAS)?
 2. A superação da jurisprudência atualmente vigente no CRSFN é possível?
 3. Em caso de superação da jurisprudência é possível aplicação de eventual modulação?
 4. Para a interrupção do fluxo do prazo para contagem da prescrição intercorrente é necessária a ocorrência de um dos atos previstos no art. 2º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, ou seria suficiente um despacho, nos termos do § 1º no art. 1º da referida lei?
 5. No caso concreto ocorreu prescrição intercorrente antes da instauração do PAS? Em caso afirmativo, como será o tratamento aplicado ao caso?
2. As sessões seguintes desse voto trataram, de forma sintética, cada uma dessas questões.

2 POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ANTES DA INSTAURAÇÃO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

3. Nesse tópico vou detalhar o meu posicionamento no ACÓRDÃO CRSFN 130/2018, onde votei pela possibilidade, em tese, de ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um Processo Administrativo Sancionador (PAS).
4. Como ponto de partida para a verificação da eventual possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS não acho conveniente a discussão sobre o termo "procedimento" utilizado no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. Isso porque essa lei, em particular, não prima pela precisão terminológica, pois ela trata do instituto da decadência, mas o nomina como prescrição^[1]. Muito embora se trate de um caso atípico de decadência pois pode ser interrompida ou suspensa, trata-se ainda assim de uma questão decadencial.
5. O motivo pelo qual me inclino pela possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS é de ordem lógica^[2]. Não me parece possível extrair do texto da Lei nº 9.873, de 1999, outra interpretação.
6. Abaixo eu apresento um quadro com as interpretações mais plausíveis no tocante à aplicação das regras de prescrição previstas na Lei nº 9.873, de 1999:

Opção	Possibilidade de ocorrência da prescrição ordinária		Causas de interrupção da fluência da prescrição ordinária	Possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente		Causas de interrupção da fluência da prescrição intercorrente	Comentário
	Antes da abertura do PAS	Depois da abertura do PAS		Antes da abertura do PAS	Depois da abertura do PAS		

1	Sim	Não	Art. 2º	Não	Sim	Art. 2º	A prescrição de 5 anos existiria antes da abertura do PAS, depois a prescrição seria a de 3 anos, em ambos os casos as causas de interrupção do prazo prescricional seriam as constantes dos incisos do art. 2º. Essa disposição resolve o problema das duas prescrições se sobreporem no tempo, e com isso a questão das causas interruptivas fica mais facilmente referenciada no art. 2º. Todavia isso resulta em uma incongruência com o disposto no § 1º, que define que a prescrição intercorrente seria interrompida com "julgamento ou despacho", e não com os eventos dispostos no art. 2º.
2	Sim	Sim	Art. 2º	Não	Sim	Art. 2º	Aqui a prescrição de 5 anos existe tanto antes como depois da abertura do PAS, mas a prescrição de 3 anos só passa a ocorrer depois da abertura do PAS. A interrupção do fluxo do prazo prescricional em qualquer caso só existe quando da ocorrência de um dos eventos previstos nos incisos do art. 2º. Aqui surge um problema lógico, não haveria sentido na existência da prescrição de 5 anos após o início do PAS, pois se não ocorressem os eventos previstos no art. 2º em três anos, já estaria configurada a prescrição de 3 anos.
3	Sim	Sim	Art. 2º	Não	Sim	Despacho que impulse o processo	Essa opção resolve o problema de lógica apresentado na opção anterior, as prescrições teriam condições interruptivas diferentes, no caso da prescrição de 3 anos bastaria a existência de um despacho que fosse necessário para dar impulso ao processo. O problema é a questão da existência da prescrição de 3 anos unicamente após a abertura do PAS. A priori, não há na lei uma indicação que alguma das prescrições só existe antes ou depois da instauração do PAS. Pode-se

						argumentar que a punição só pode decorrer de um processo e do correspondente contraditório, contudo isso seria limitar o escopo da lei ao período posterior à abertura do PAS, inclusive a prescrição de 5 anos, mas o art. 2º expressamente trata de atos de apuração, que são atos que logicamente precedem a abertura de um processo sancionador. Naturalmente não se pode conceber o argumento de que os atos de apuração previstos no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.873, de 1999, só tenham efeito após a instauração do PAS, naturalmente os atos de apuração são mais importantes antes da instauração do processo punitivo, até porque, diga-se de passagem, em alguns casos simplesmente não existe ato de apuração a ser realizado após a instauração do PAS como, por exemplo, em infrações de conduta claramente configuradas. Nesses casos normalmente não há o que efetivamente se apurar após a instauração do PAS. Por fim, o caput do art. 1º trata da "ação punitiva da Administração Pública Federal", e aqui os incisos do art. 2º seriam utilizados para interromper o curso da prescrição, mesmo antes da abertura do PAS. Assim, de fato, se está considerando que a "ação punitiva da Administração Pública Federal" compreende o período anterior à instauração do PAS. E assim o § 1º, subordinado ao caput do artigo, se aplicaria mesmo antes da abertura do PAS.	
4	Sim	Sim	Art. 2º	Sim	Sim	Art. 2º	Aqui as duas formas de prescrição existem tanto antes como depois da abertura do PAS, tendo como causas interruptivas os incisos do art. 2º. Aqui novamente o problema é a superposição de dois prazos prescricionais diferentes tendo exatamente as mesmas causas interruptivas, assim,

						até o momento em que o Estado passa a deter o conhecimento da irregularidade valeria a prescrição de 5 anos, a partir daí, na prática, só existiria a prescrição de 3 anos, pois se nenhum dos incisos do art. 2º se configurar em três anos, ocorreria a prescrição de 3 anos.
5	Sim	Sim	Art. 2º	Sim	Sim	Despacho que impulse o processo
						Aqui os dois prazos prescricionais coexistem tanto antes como depois da abertura do PAS, mas as causas de interrupção do fluxo do prazo prescricional são diferentes, com isso pode ocorrer qualquer uma das duas formas de prescrição, caso ao longo de cinco anos sejam efetivados diversos despachos necessários ao andamento do processo, não se configuraria a prescrição de 3 anos, mas se nesse lapso de cinco anos não ocorrer nenhum evento dos constantes no art. 2º, ocorreria a prescrição de 5 anos.

7. Assim, do ponto de vista de lógica interna, não consigo visualizar outro entendimento. Ainda assim, não basta a compatibilização interna, é necessário verificar se essa interpretação demonstra coerência lógica com o restante do sistema legal. Para mim aqui basta uma análise do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Lá está previsto que a administração pública obedecerá aos "princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência". Simplesmente não é razoável a noção de que o princípio da eficiência seria atendido caso fosse permitido que um processo investigatório ficasse parado por mais de três anos sem sequer um despacho.

8. Dessa forma, a priori, do ponto de vista lógico a interpretação pela inexistência de prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS se mostraria mais lógica.

3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ANTES DA INSTAURAÇÃO DE UM PAS

9. Apesar de já ter definido a minha posição é importante tratar de alguns argumentos contrários apresentados ao longo desse processo. Não vou abortar todos, mas apenas aqueles que se mostram mais fortes no sentido de afastar a ocorrência da prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS.

10. Em primeiro lugar cito o argumento apresentado pelo Procurador da Fazenda Nacional André Alvim Rizzo no Parecer PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN 038/2018, constante do processo 10372.000380/2016-83, julgado nesta sessão, no qual é argumentado de que a prescrição intercorrente é um "instituto jurídico de natureza estritamente processual". Tal argumento é também utilizado no Parecer Jurídico 430/2019-BCB/PGBC, constante do processo 10372.000380/2016-83, julgado nesta sessão, sendo inclusive um dos principais argumentos constantes em pareceres de outros órgãos citados no parecer da PGBC, neles a questão da prescrição intercorrente é referenciada como um fenômeno interno ao processo.

11. Para defender esse ponto no parecer da PGFN são apresentadas diversas citações de processualistas. Todavia os processualistas estão voltados para o fenômeno do processo no âmbito do Poder Judiciário, e antes da entrada de um processo no âmbito do Judiciário há um vácuo de fato, é verdade que os fenômenos que criaram ou

extinguiram aconteceram antes do processo, mas são alheios ao Poder Judiciário. Isso é verdade mesmo que a origem dos direitos seja uma decisão judicial, isso porque os processos são de modo geral estanques.

12. No âmbito administrativo punitivo o que ocorre é o oposto, o direito a punição decorre de um procedimento anterior que, por mais simples que seja, é gerado dentro da própria administração. É exatamente o oposto, não existe um vácuo, nem pode existir, necessariamente deve haver uma apuração, por mais breve que seja. Então, se é natural no âmbito judicial a desconexão com procedimentos anteriores no tocante a prescrição intercorrente, essa desconexão não tem sentido no âmbito administrativo.

13. No processo judicial a relação entre Poder Judiciário e partes surge efetivamente com o processo, mas no caso da administração a relação entre Estado e supervisionados é anterior à existência do processo, e na verdade o PAS só pode existir em função da existência pregressa de uma relação de supervisão entre Estado e administrado.

14. No referido parecer também existe uma citação à Professora Elody Nassar:

40 A Prof. ELODY NASSAR, em sua obra Prescrição na Administração Pública, 2a ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 235, explicitamente indica a necessidade de haver sido instaurada a relação processual, com citação da parte, para que possa ocorrer a prescrição intercorrente:

"Para a ocorrência da prescrição intercorrente há a necessidade do concurso dos seguintes requisitos: a) início do procedimento administrativo pela citação válida do indiciado ou do acusado; b) paralisação do feito por mais de três anos; c) inoccorrência de 'ato inequívoco que importe apuração do fato'; e d) ausência de julgamento ou despacho.

Como se vê, além das hipóteses relacionadas no par. 1º do art. 1º, devem ser considerados os casos de interrupção elencado no art. 2º, pois este dispositivo não faz qualquer espécie de ressalva no que se refere à prescrição normal ou intercorrente quando determina a sua interrupção" (grifos nossos).

15. Com a devida vênia, esse não me parece o raciocínio correto. Existe uma aglutinação do disposto no §1º do art. 1º com o disposto no art. 2º. De fato existe uma correlação entre os eventos listados nos dois dispositivos, mas ela não é perfeita, como pode ser observado na tabela abaixo:

	Julgamento (§ 1º)	Despacho (§ 1º)
Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)		
I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)	Não	Sim, mas o que seria o despacho é a emissão da notificação ou citação. Contudo, muito embora interrompa a prescrição intercorrente, não interrompe a prescrição ordinária. Essa só é interrompida com o recebimento da notificação ou citação
II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;	Não	Atos inequívocos de apuração normalmente envolvem a requisição de informações. Então o envio de uma requisição de documentos interrompe a prescrição ordinária, e por ser um despacho necessário ao deslinde do processo também interrompe a prescrição intercorrente
III - pela decisão condenatória recorrível.	Sim, aqui obviamente existe uma completa congruência entre as causas de interrupção das prescrições ordinária e intercorrente	Não

	Julgamento (§ 1º)	Despacho (§ 1º)
IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)	Não	Não. Aqui o ato é do acusado, não da administração. Naturalmente em função dessa ação devem seguir-se atos por parte da administração, mas o ato previsto no inciso IV é de autoria do acusado, portanto não se trata de um despacho por parte da administração

16. A relação entre as causas de interrupção previstas no § 1º do art. 1º e no art. 2º podem se mostrar confusas, como demonstrado, contudo, as interpretações incorretas normalmente derivam de algum viés no raciocínio. O Parecer PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN 038/2018 apresenta um exemplo claro disso quando apresenta a citação do um artigo na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais:

41 A Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, sob coordenação de Arnaldo Wald, publicou o artigo Interrupção da prescrição em processos administrativos sancionadores, de autoria dos advogados MARIA ANTONIA DE OLIVEIRA CÂNDIDO e CAETANO DE VASCONCELLOS NETO, do qual colho as seguintes passagens:

"Pela aplicação do princípio enfatizado, não se concebe que outra interpretação, senão a que ressalte o inc. I do art. 2º da Lei 9.873/99, como a única hipótese de causa de interrupção da prescrição do processo disciplinar antes de sua efetiva instauração, quedando as demais ali contidas para os casos de interrupção intercorrente.

(.....)

Entendemos que não. A hipótese de interrupção da prescrição por ato inequívoco de apuração do fato se justifica e se refere, tão-somente, ao prazo prescricional de três anos contemplado no § 1º do art. 1º, hipóteses de preservação de prescrição intercorrente. Portanto, só ocorre depois de instaurado o processo administrativo sancionador.

(.....)

Milita, ainda, a favor desta interpretação a própria cronologia adotada pelo legislador ao enumerar nos incisos do art. 2º as causas de interrupção: primeiro, com a intimação para instauração do contencioso processual; **segundo, após instaurado, atos inequívocos de apuração para neutralizar a regra estatuída no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 9.873**; e, em último lugar, decisão condenatória recorrível.

Neste último caso, dispensáveis maiores ponderações sobre o inc. III do dispositivo quando se refere à interrupção do lapso prescricional pela decisão condenatória recorrível, porquanto só verificável tratando-se de prescrição intercorrente.

Em arremate, de se entender que a interrupção do prazo quinquenal da prescrição em caso de processos administrativos sancionadores se dá com a intimação do acusado; as demais causas de interrupção, a exemplo do direito penal, se referem a modalidade intercorrente, estranhas à fase pré-processual."

(Ano II, 42, outubro-dezembro de 2008, Editora Revista dos Tribunais)

17. Na verdade, os autores estão tentando reduzir os prazos prescricionais ao mínimo, mas para isso cometem uma série de erros de lógica. O inciso I, que trata da citação é indicado como o único que interrompe a prescrição ordinária antes da abertura do PAS. Mas esse inciso quando foi elaborado o artigo tinha a seguinte redação: "I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital". Ora, a primeira vez que o acusado é citado é justamente a abertura do PAS, então não há como esse inciso interromper a prescrição antes da abertura do PAS.

18. O inciso II, que trata dos atos inequívocos de apuração só interromperia a prescrição intercorrente e só seria válido após a abertura do PAS. Todavia, como já apontado, normalmente a maior parte dos atos de

apuração ocorre antes da abertura do PAS, a menos que os autores imaginassem que se poderia intimar alguém sem nenhuma apuração. Na verdade, aparentemente é essa a linha adotada, pois segundo os autores "a favor desta interpretação a própria cronologia adotada pelo legislador ao enumerar nos incisos do art. 2º as causas de interrupção", ou seja, primeiro ocorreria a intimação e depois a apuração dos fatos, o que é obviamente um absurdo.

19. Continuando a análise de outros argumentos, o Parecer Jurídico 430/2019-BCB/PGBC também argumenta que a aceitar a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS pode comprometer a supervisão. Todavia isso não me parece ser acurado. De fato, o ciclo de supervisão pode ser superior a três anos, mas ele é definido em função do risco apresentado pelas instituições supervisionadas, assim uma instituição problemática, e que poderia apresentar maior risco de incorrer em infrações puníveis através de um PAS tem naturalmente ciclos curtos.

20. No parecer da PGBC também é argumentado que estaria se impondo um regime legal mais grave, onde a prescrição de cinco anos seria substituída pela de três anos. Contudo, como já apresentado, não ocorre uma substituição, mas um convívio das duas espécies. Sendo que a prescrição intercorrente é afastada através de um mero despacho, obviamente desde que esse despacho seja necessário à solução da configuração da infração. Uma consulta ao departamento responsável pela edição da norma para certificar-se do correto entendimento, ou uma consulta à própria PGBC para verificar o adequado enquadramento jurídico afastam a prescrição intercorrente, por exemplo.

21. O argumento de que o prazo de apuração de cinco para três anos é também citado no PARECER n. 00003/2019/PFE - CVM/PFE-CVM/PGF/AGU, constante do processo 10372.000380/2016-83, julgado nesta sessão, quando cita "o julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº 22/94, da relatoria do Diretor Luiz Antônio de Sampaio Campos, em 15/04/2004". Contudo, vale o comentário anterior, não ocorre uma substituição dos dois prazos, eles coexistem, bastando a existência de um despacho para interromper a prescrição intercorrente. Assim um questionamento à Superintendência de Normas Contábeis e de Auditoria (SNC), ou uma consulta à Procuradoria Federal Especializada (PFE) fariam que o prazo de três anos seja zerado.

22. Um outro argumento é citado PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020, de autoria do Procurador da Fazenda Euler Barros Ferreira Lopes, constante do processo 10372.000380/2016-83, julgado nesta sessão. O argumento na verdade foi apresentado no julgamento do Recurso 11.411 pelo Conselheiro Marcos Davidovich:

43. Tais efeitos colaterais dessa tese já foram lapidarmente expostos pelo Cons. Marcos Davidovich quando do julgamento do já referido Recurso 11.411 (j.na 375ª Sessão – 27/01/2015):

“(…)

7. Ademais, não há como fugir do debate acerca da impossibilidade de contagem da prescrição intercorrente em fase pré-processual. Uma primeira leitura pode levar o intérprete à equivocada interpretação no sentido de que a prescrição trienal deveria ser aplicada em qualquer procedimento, ainda que em fase pré-sancionadora. **No entanto, análise mais detida, focada na interpretação sistemática e teleológica, bem como a própria lógica jurídica, não nos permite chegar a essa conclusão.**

8. Estabelece o § 1º do art. 1º da Lei n. 9873/99 a incidência de prescrição em procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho. É o que se chama de prescrição intercorrente. **Embora haja menção na lei a procedimento administrativo – e não processo administrativo –, devemos verificar as consequências de interpretação meramente literal.** Para isso, vamos utilizar um breve exemplo.

9. Vamos supor que dois fatos ilícitos, cometidos pelos mesmos administradores de determinada Companhia aberta, tenham ocorrido em fevereiro de 2010. A existência de um desses fatos, a que chamo de “fato A”, chega ao conhecimento da autoridade reguladora em março do mesmo ano, quando então é iniciada a fase pré-processual, prévia até mesmo ao inquérito administrativo, para verificar a existência de elementos mínimos de autoria e materialidade. O outro fato, embora também de natureza ilícita, a que chamo de “fato B”, continuou desconhecido. Posteriormente, em julho de 2010, por motivos diversos que não cabe aqui apontar, os servidores responsáveis pela investigação prévia referente ao fato A têm que concentrar esforços em outra atividade, motivo pelo qual fica paralisada a investigação prévia, que somente vem a ser retomada em janeiro de 2014. Temos, então,

que a paralisação foi de mais de três anos, sem qualquer documento ou movimentação apta a interromper o prazo.

10. Retomada a investigação, em março de 2014 a Administração Pública detecta a ocorrência do fato B, até então omissa, e obtém elementos suficientes de autoria e materialidade para acusar os responsáveis, por ambos os fatos, sendo elaborado Termo de Acusação datado de julho de 2014. **Nesse caso, a prevalecer a tese de que a prescrição intercorrente aplica-se à fase pré-processual, teríamos que a acusação pelo fato A estaria prescrita, enquanto que a acusação pelo fato B estaria hígida. Ou seja, aquela em que a Administração Pública debruçou-se desde o início estaria prescrita, enquanto que aquela que era desconhecida até o início de 2014 não estaria.**

11. **Admitir tal situação fere a lógica do próprio sistema jurídico. O prazo da prescrição da pretensão punitiva, que é o prazo geral para apuração e eventual acusação, que é de 5 anos, seria reduzido em razão da atuação da Administração. É uma contradição em termos: por ter atuado antes, a Administração Pública poderá ter, a depender do caso, o seu prazo de prescrição reduzido para menos de 5 anos. Ou seja, uma ação da Administração Pública na direção da apuração de irregularidades pode lhe prejudicar no que se refere ao prazo prescricional.** Se aquele procedimento apuratório referente ao fato A jamais tivesse existido, estaria hígida a acusação imaginária aqui proposta como exemplo. Parece-me algo completamente contrária a qualquer lógica jurídica. Ao meu ver, sempre que possível o direito deve ser dotado de uma lógica mínima, embora alguns entendam que não haja tal correlação necessariamente. Exatamente por isso compreende-se a interpretação como processo complexo, que não pode ser exclusivamente ditado pelo exame gramatical do texto normativo, mas também de seu conteúdo teleológico. Aqui, novamente, faço referência à peculiaridade de tramitação dos feitos na CVM que demonstra a completa falta de lógica em admitir-se prescrição intercorrente nessa fase pré-processual.

(...)"

(grifos nossos).

23. Vamos analisar esse caso com um exemplo, que é detalhado no quadro apresentado a seguir:

Data	Irregularidade "a"	Irregularidade "b"
fev/10	A irregularidade é cometida	A irregularidade é cometida
abr/10	A irregularidade é detectada	
nov/10	É aberto PAS	
dez/10	Acusados são intimados	
fev/14	Processo é encaminhado para análise de procuradoria	
mar/14	O processo retorna da procuradoria indicando que pode haver outra irregularidade	
mai/14	É confirmada a existência de outra irregularidade	Irregularidade é detectada
jun/14	O processo referente a irregularidade "a" é arquivado em função da prescrição intercorrente haver se configurado	
out/14		É aberto PAS referente à irregularidade "b"
dez/14		Os acusados pela prática da irregularidade "b" são intimados

24. É exatamente o que o Conselheiro Marcos Davidovich considerou um absurdo jurídico, só com uma diferença, a prescrição intercorrente ocorre após o PAS haver sido aberto. E eu perguntaria ainda se é um absurdo

jurídico? E a resposta é óbvia, não é um absurdo jurídico. Sendo assim também não seria ilógica a ocorrência da prescrição intercorrente se não houvesse a abertura do PAS para a irregularidade "a".

25. Do referido PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020 destaco também os seguintes argumentos:

44. Conforme acima visualizado, caso aplicada a prescrição intercorrente na fase investigatória, **seria mais cômodo para a Administração que nada fizesse ao longo de todo o prazo de prescrição ordinária e só concentrasse todos os seus atos investigatórios no final desse prazo prescricional**. Além de privilegiar um comportamento de inércia com maior lapso prescricional, tal consequência certamente é irrazoável e nociva tanto ao poder público quanto aos administrados.

(...)

50. Outra indevida consequência da adoção dessa tese seria uma indefinição do termo inicial dessa intercorrente na fase investigatória. Como exemplo disso, tem-se o que ocorrido quando do julgamento no CRSFN do Recurso 13.600 (j. na 403ª Sessão – 27/06/2017): enquanto a defesa tinha por termo a quo dessa prescrição intercorrente uma comunicação sua formulada em um processo não-sancionador (inspeção geral), a PGFN e a Conselheira Presidente entenderam que o referido termo inicial era outro, bem posterior, consistente em um correio eletrônico, em que o Banco Central indagava à instituição sobre determinadas operações suas.

51. Essa realidade de processos administrativos não-sancionadores que, eventualmente, potencialmente podem redundar em alguma espécie de ato investigatório, não é realidade exclusiva do Banco Central. Veja-se os procedimentos de verificação de aderência à legislação referidos pelo COAF: quando eles passariam de meros processos de controle para procedimentos investigatórios? Já para a CVM, indaga-se: quando os procedimentos de atualização informações de companhias abertas passariam a ser investigatórias?

52. Tais exemplos só denotam a **elevada carga de subjetivismo que certamente será necessária para se definir o termo inicial dessa prescrição já na fase investigatória** que, como dito, pode se confundir com procedimentos administrativos de outra natureza. Reitere-se aqui o alerta constante do voto proferido pelo Min. Castro Meira quando do julgamento do já referido REsp 1.115.078/RS: “Sob o prisma negativo, **a Lei 9.873/99 não se aplica: (...) (b) às ações administrativas que, apesar de potencialmente desfavoráveis ao interesse dos administrados, não possuem natureza punitiva**, como as medidas administrativas revogatórias, as cautelares ou as reparatórias;” (grifos nossos).

26. Os dois argumentos estão intercalados, no primeiro a administração poderia escolher o momento para iniciar as investigações, e faria isso para reduzir a probabilidade de ocorrência da prescrição intercorrente. No segundo trata de uma eventual subjetividade na determinação do termo inicial para a contagem do prazo de três anos.

27. Para mim é claro que os dois argumentos não são válidos para afastar a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS. Em primeiro lugar a definição do termo inicial para mim é clara, não comporta grande espaço para subjetivismo. O objetivo da prescrição intercorrente é punir a inação por parte da administração pública no tocante à punição pela prática de irregularidades, mas o Estado só pode agir se souber que pode existir uma irregularidade. A partir do momento em que o Estado toma conhecimento de uma possível irregularidade ele passa a ter três anos para praticar atos que interrompam o fluxo da prescrição intercorrente.

28. E como se determina que o Estado passou a ter o conhecimento de uma potencial irregularidade. Pelo recebimento de informação ou pela geração de informação internamente ao órgão. Assim uma comunicação do Ministério Público, ou a denúncia de um investidor representam o recebimento de informação externa, a partir do seu recebimento deve haver alguma movimentação no sentido de averiguar a informação. A geração de informação interna deriva de trabalhos externos (relatórios de fiscalização) ou internos (análises de documentos encaminhados pelos supervisionados).

29. Aqui é importante se fazer uma ressalva. É necessário que ocorra efetivamente a geração de informação para o prazo relativo à prescrição intercorrente passar a fluir. Assim o recebimento de um balanço patrimonial pelo Bacen ou pela CVM não inicia a contagem do prazo. É necessário que tenha ocorrido uma análise do mesmo e tenha se detectado indícios de alguma prática infracional.

30. Isso nos leva à questão levantada no PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020 se a administração pública poderia escolher o momento em que seria iniciada a investigação, sendo possível então diminuir a probabilidade de configuração da prescrição intercorrente. Na prática isso não é possível. Obviamente não é possível quando a informação é externa (MPF, reclamação, etc.), mas mesmo a geração interna segue padrões de seleção de amostras, obviamente considerando o risco de cada fiscalizado, mas a priori não seria possível à administração pública selecionar previamente as análises que poderiam implicar em processos administrativos, pois isso implicaria obviamente em saber que há indícios de irregularidades, e tal conhecimento implicaria no início da contagem do prazo de três anos.

31. Dessa forma a minha conclusão é que os argumentos apresentados não afastam a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente. Todavia eles não inviabilizam a jurisprudência dominante no CRSFN, afirmar que os pontos levantados não afastam a possibilidade de prescrição intercorrente antes do processo administrativo, não implica necessariamente que se deva reconhecer a possibilidade da ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS.

4 SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ATUALMENTE VIGENTE NO CRSFN

32. No tocante aos efeitos da eventual mudança na jurisprudência do CRSFN o PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020 apresentou a seguinte análise:

67. De fato, conforme o CPC-15 (aplicável à esfera administrativa por conta do seu art. 15), não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir “(...) jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1º, IV), sendo igualmente certo que “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, §4º).

33. Esse ponto levantado no PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020 é de vital importância. Ele significa que uma eventual modificação por mudança de entendimento deveria demonstrar a razão para a superação do entendimento vigente com relação ao disposto no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873, de 1999. Todavia não há um motivo definitivo para que o entendimento anterior seja superado. Na verdade, mudar o entendimento representaria adotar uma posição contingente que estaria inevitavelmente atrelada à composição do CRSFN, podendo flutuar em função de alterações dessa composição. Dessa forma a posição adotada pela maioria ACÓRDÃO CRSFN 130/2018 não poderia justificar uma mudança de jurisprudência por parte deste Colegiado.

34. Além disso, a posição adotada pelo CRSFN parece encontrar ressonância nas discussões existentes no âmbito do Poder Judiciário. Após uma rápida consulta à página de pesquisa de jurisprudência do Conselho da Justiça Federal (CJF) e também com consultas a alguns dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) detectei alguns processos onde havia discussão sobre a prescrição intercorrente, como a pesquisa foi rápida não pretendo de maneira alguma esgotar o conjunto de casos, mas apenas gerar uma amostra representativa das discussões no âmbito do Judiciário Federal. No caso foram detectados 186 processos, e foi verificado o momento a que se referia a discussão no tocante à prescrição intercorrente. Esse "momento" poderia ser tanto "depois" como "antes" da instauração do PAS. Os 186 processos são listados a seguir:

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
2003.83.00.008632-1	5ª Região	Depois	16/05/2006	0114802-26.2015.4.02.5001	2ª Região	Depois	05/10/2018
0005376-67.2003.4.03.6102	3ª Região	Depois	24/01/2008	0005976-84.2014.4.02.5050	2ª Região	Depois	26/11/2018

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
2007.82.00.003884-6	5ª Região	Depois	19/02/2009	0000007-12.2013.4.02.5119	2ª Região	Depois	04/12/2018
2007.82.00.002980-8	5ª Região	Depois	21/07/2009	0149420-85.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	17/12/2018
2008.82.00.004420-6	5ª Região	Depois	20/08/2009	0004091-08.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	08/01/2019
2008.83.00.011138-6	5ª Região	Depois	03/09/2009	0000217-81.2015.4.03.6116	3ª Região	Depois	23/01/2019
2007.82.00.002980-8/01	5ª Região	Depois	22/09/2009	0088241-53.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	31/01/2019
2005.81.00.014340-0	5ª Região	Depois	22/04/2010	0002471-97.2012.4.02.5101	2ª Região	Depois	11/02/2019
2007.71.00.047025-8	4ª Região	Depois	28/04/2010	0005788-35.2014.4.02.5101	2ª Região	Depois	12/02/2019
2008.83.08.001586-3	5ª Região	Depois	13/05/2010	0000178-19.2016.4.05.8307	5ª Região	Depois	12/02/2019
0000575-83.2010.4.04.9999	4ª Região	Depois	18/05/2010	0043720-28.2012.4.02.5101	2ª Região	Depois	13/02/2019
2006.81.00.008580-5	5ª Região	Depois	24/08/2010	0127741-29.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	14/02/2019
0009570-82.2010.4.05.0000	5ª Região	Depois	28/09/2010	0500049-44.2016.4.02.5104	2ª Região	Depois	15/03/2019
2006.81.00.007423-6	5ª Região	Depois	30/09/2010	0077925-10.2017.4.02.5101	2ª Região	Depois	01/04/2019
2006.81.00.017187-4	5ª Região	Depois	18/11/2010	0057328-88.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	04/04/2019
0000366-19.2010.4.05.8308	5ª Região	Depois	25/01/2011	0007750-30.2013.4.02.5101	2ª Região	Depois	05/04/2019
0001393-37.2010.4.05.8308	5ª Região	Depois	15/02/2011	0010511-35.2018.4.02.0000	2ª Região	Depois	08/04/2019
2009.83.00.003050-0	5ª Região	Depois	12/05/2011	0138500-18.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	24/04/2019
2006.81.00.001599-2	5ª Região	Depois	07/06/2011	0156803-51.2014.4.02.5101	2ª Região	Depois	24/04/2019
0004910-92.2010.4.05.8100	5ª Região	Depois	07/06/2011	0201019-92.2017.4.02.5101	2ª Região	Antes	25/04/2019
0026900-97.2001.4.03.6100	3ª Região	Depois	30/06/2011	0108315-34.2015.4.02.5003	2ª Região	Depois	03/05/2019
0007350-43.2010.4.05.8300	5ª Região	Depois	02/08/2011	0028374-70.2017.4.02.5001	2ª Região	Depois	23/05/2019
2007.81.00.013228-9	5ª Região	Depois	04/08/2011	0153105-37.2014.4.02.5101	2ª Região	Depois	23/05/2019

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
0024071-75.2003.4.03.6100	3ª Região	Antes	25/08/2011	0012902-61.2012.4.03.6105	3ª Região	Depois	19/06/2019
0009541-66.2003.4.03.6100	3ª Região	Depois	03/11/2011	0080227-80.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	25/06/2019
0006426-50.2010.4.05.8100	5ª Região	Depois	01/12/2011	0000068-81.2014.4.02.5006	2ª Região	Depois	26/06/2019
0013982-22.2011.4.05.0000	5ª Região	Depois	12/01/2012	0092893-16.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	28/06/2019
0000691-57.2011.4.05.8308	5ª Região	Depois	28/02/2012	0012605-47.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	04/07/2019
0057548-32.2011.4.01.0000	1ª Região	Depois	06/03/2012	0139847-86.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	08/07/2019
2005.81.00.011448-5	5ª Região	Depois	08/03/2012	0097859-85.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	23/07/2019
2009.83.00.017486-8	5ª Região	Depois	20/03/2012	5009078-17.2019.4.04.0000	4ª Região	Depois	30/07/2019
0004585-20.2010.4.05.8100	5ª Região	Depois	27/03/2012	0182774-38.2014.4.02.5101	2ª Região	Depois	06/08/2019
0002668-20.2011.4.05.8200	5ª Região	Depois	03/04/2012	0007148-40.2018.4.02.0000	2ª Região	Depois	09/08/2019
0000283-72.2011.4.05.8403	5ª Região	Depois	21/06/2012	5002013-95.2016.4.04.7203	4ª Região	Depois	28/08/2019
2009.83.08.001847-9	5ª Região	Depois	21/06/2012	5007105-69.2016.4.04.7101	4ª Região	Depois	03/09/2019
0001191-60.2010.4.05.8308	5ª Região	Depois	05/07/2012	5042705-46.2018.4.04.0000	4ª Região	Depois	10/09/2019
0001320-55.2011.4.05.8300	5ª Região	Depois	02/08/2012	5028758-13.2014.4.04.7000	4ª Região	Depois	10/09/2019
0014026-41.2011.4.05.0000	5ª Região	Depois	16/08/2012	5021238-65.2015.4.04.7000	4ª Região	Depois	11/09/2019
0000500-52.2010.4.05.8500	5ª Região	Depois	30/08/2012	0012450-46.2010.4.03.6000	3ª Região	Depois	18/09/2019
0002724-78.2010.4.05.8300	5ª Região	Depois	30/08/2012	5020591-79.2019.4.04.0000	4ª Região	Depois	18/09/2019
0000252-80.2010.4.05.8308	5ª Região	Depois	09/10/2012	0013128-15.2009.4.02.5001	2ª Região	Depois	23/09/2019
0000456-56.2012.4.05.8308	5ª Região	Depois	27/11/2012	0019460-47.2013.4.02.5101	2ª Região	Depois	02/10/2019
0000909-28.2010.4.05.8500	5ª Região	Depois	28/11/2012	5001488-48.2018.4.04.7105	4ª Região	Depois	02/10/2019
0012199-58.2012.4.05.0000	5ª Região	Depois	18/12/2012	0139847-86.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	07/10/2019

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
0014254-84.2003.4.03.6100	3ª Região	Depois	18/04/2013	5025448-71.2019.4.04.0000	4ª Região	Depois	09/10/2019
0005569-17.2010.4.03.6109	3ª Região	Depois	08/08/2013	0005742-19.2011.4.03.6105	3ª Região	Depois	17/10/2019
0000119-89.2010.4.05.8000	5ª Região	Depois	20/08/2013	5000713-21.2018.4.04.7012	4ª Região	Depois	30/10/2019
0006075-93.2011.4.05.0000	5ª Região	Depois	27/08/2013	5022087-02.2018.4.04.7107	4ª Região	Depois	30/10/2019
0001364-80.2011.4.05.8104	5ª Região	Depois	10/09/2013	0002010-66.2014.4.02.5001	2ª Região	Depois	11/11/2019
0000344-32.2012.4.05.8100	5ª Região	Depois	28/11/2013	5019267-10.2018.4.04.7107	4ª Região	Depois	12/11/2019
0000224-44.2012.4.05.8502	5ª Região	Depois	17/12/2013	5010597-95.2018.4.04.7005	4ª Região	Depois	12/11/2019
0044198-92.2013.4.05.0000	5ª Região	Depois	11/03/2014	5003875-06.2013.4.04.7204	4ª Região	Depois	27/11/2019
0017434-26.2013.4.03.0000	3ª Região	Depois	13/03/2014	5005457-89.2018.4.04.7002	4ª Região	Depois	03/12/2019
0000484-27.2012.4.05.8307	5ª Região	Depois	13/03/2014	5042705-46.2018.4.04.0000	4ª Região	Depois	04/12/2019
0007360-87.2010.4.05.8300	5ª Região	Depois	01/04/2014	0160974-51.2014.4.02.5101	2ª Região	Depois	05/12/2019
0030135-19.2013.4.03.0000	3ª Região	Depois	24/04/2014	0501771-59.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	11/12/2019
0006425-06.2012.4.05.8000	5ª Região	Depois	24/04/2014	5001041-09.2017.4.04.7101	4ª Região	Depois	11/12/2019
0026232-73.2013.4.03.0000	3ª Região	Depois	27/11/2014	0004947-45.2011.4.02.5101	2ª Região	Depois	13/12/2019
0802628-59.2014.4.05.0000	5ª Região	Depois	11/12/2014	0051778-15.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	16/12/2019
0016994-11.2009.4.01.3400	1ª Região	Depois	10/03/2015	0002122-31.2011.4.02.5101	2ª Região	Depois	16/12/2019
2009.83.05.001387-0	5ª Região	Depois	10/03/2015	0137843-10.2015.4.02.5005	2ª Região	Depois	16/12/2019
006612-39.2011.4.05.8100	5ª Região	Depois	17/03/2015	0003422-58.2018.4.02.0000	2ª Região	Depois	03/02/2020
0000575-68.2012.4.05.8000	5ª Região	Depois	07/04/2015	0003422-58.2018.4.02.0000	2ª Região	Depois	03/02/2020
0800424-65.2014.4.05.8302	5ª Região	Depois	14/04/2015	5004889-89.2017.4.04.7202	4ª Região	Depois	05/02/2020
0006612-39.2011.4.05.8100/01	5ª Região	Depois	14/04/2015	5042216-25.2013.4.04.7100	4ª Região	Depois	08/02/2020

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
0004738-14.2014.4.05.8100	5ª Região	Depois	23/04/2015	5002514-77.2016.4.04.7129	4ª Região	Depois	18/02/2020
0000850-53.2015.4.05.0000	5ª Região	Depois	21/07/2015	5025448-71.2019.4.04.0000	4ª Região	Depois	19/02/2020
0000402-25.2014.4.05.8501	5ª Região	Depois	15/09/2015	0100292-68.2018.4.02.0000	2ª Região	Depois	06/03/2020
0003193-49.2014.4.05.8312	5ª Região	Depois	24/09/2015	5002020-31.2018.4.04.7005	4ª Região	Depois	12/03/2020
0001228-09.2015.4.05.0000	5ª Região	Depois	08/10/2015	0123679-43.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	20/03/2020
0010689-73.2011.4.05.8300	5ª Região	Depois	03/03/2016	0099850-62.2017.4.02.5101	2ª Região	Depois	13/04/2020
0000082-26.2015.4.05.8311	5ª Região	Depois	15/03/2016	5001195-82.2020.4.04.0000	4ª Região	Antes	04/05/2020
0012570-17.2013.4.05.8300	5ª Região	Depois	07/04/2016	5054719-15.2012.4.04.7100	4ª Região	Depois	04/05/2020
0011248-59.2013.4.05.8300	5ª Região	Depois	26/04/2016	5055054-58.2017.4.04.7100	4ª Região	Depois	04/05/2020
0010390-91.2010.4.03.6100	3ª Região	Depois	25/08/2016	0055989-94.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	05/05/2020
0009245-05.2011.4.05.8300	5ª Região	Depois	29/11/2016	0006737-68.2014.4.02.5001	2ª Região	Depois	15/05/2020
2005.81.00.019449-3	5ª Região	Depois	26/01/2017	5002147-84.2019.4.04.7117	4ª Região	Depois	19/05/2020
0001374-16.2016.4.05.0000	5ª Região	Depois	31/01/2017	5032757-03.2016.4.04.7000	4ª Região	Depois	19/05/2020
0009517-76.2005.4.03.6000	3ª Região	Depois	01/02/2017	0016364-19.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	26/05/2020
2007.81.00.012725-7	5ª Região	Depois	07/03/2017	5000428-47.2017.4.04.7017	4ª Região	Depois	01/06/2020
0044433-94.2013.4.03.6182	3ª Região	Depois	05/07/2017	5010462-30.2016.4.04.7110	4ª Região	Depois	01/06/2020
0048879-43.2013.4.03.6182	3ª Região	Depois	02/08/2017	5045943-73.2018.4.04.0000	4ª Região	Depois	01/06/2020
0019987-41.2016.4.03.0000	3ª Região	Depois	06/09/2017	5005274-15.2018.4.04.7101	4ª Região	Depois	01/06/2020
5001188-46.2015.4.04.7217	4ª Região	Depois	06/09/2017	5007791-19.2019.4.04.0000	4ª Região	Depois	01/06/2020
0003281-78.2014.4.03.6102	3ª Região	Depois	28/09/2017	5003580-62.2015.4.04.7118	4ª Região	Depois	03/06/2020
0011505-40.2007.4.03.6105	3ª Região	Depois	30/11/2017	5005516-15.2016.4.04.7013	4ª Região	Depois	08/06/2020

Processo	TRF	Momento	Data Julgamento	Processo	TRF	Momento	Data Julgamento
0007920-82.2004.4.03.6105	3ª Região	Depois	30/11/2017	5047518-68.2018.4.04.7000	4ª Região	Depois	10/06/2020
5001188-46.2015.4.04.7217	4ª Região	Depois	13/12/2017	5002020-31.2018.4.04.7005	4ª Região	Depois	24/06/2020
5050616-46.2017.4.04.0000	4ª Região	Depois	23/12/2017	5038344-60.2017.4.04.7100	4ª Região	Depois	08/07/2020
0000743-38.2017.4.05.0000	5ª Região	Depois	13/03/2018	5001195-82.2020.4.04.0000	4ª Região	Antes	15/07/2020
0017908-54.2009.4.03.6105	3ª Região	Depois	03/05/2018	5032348-81.2017.4.04.7100	4ª Região	Depois	12/08/2020
0010600-57.2013.4.02.5101	2ª Região	Depois	12/09/2018	0144406-23.2015.4.02.5101	2ª Região	Depois	18/08/2020
0028013-78.2016.4.02.5101	2ª Região	Depois	18/09/2018	5000288-20.2019.4.04.9999	4ª Região	Depois	08/07/2020

35. Esses processos derivam de punições aplicadas por diversos órgãos, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). etc. Naturalmente também constam da relação processos originados no Bacen e na CVM.

36. É importante ressaltar que não constam da relação processos oriundos da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, pois segundo o art. 5º da Lei nº 9.873, de 1999, o "disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária".

37. Na relação é marcante o fato de que em apenas 4 casos (2,15% em um total de 186 casos) a discussão envolvia a ocorrência da prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS. Isso poderia indicar que a situação é em boa medida pacificada mesmo entre os supervisionados, dado que não questionam isso rotineiramente no âmbito do Poder Judiciário.

38. Como já colocado, a amostra não pretende ser exaustiva, então obviamente há mais casos onde a discussão envolve a possibilidade de prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS, mas da mesma forma devem existir muito mais casos onde a discussão trata da ocorrência somente após a instauração de um PAS.

39. É verdade que mesmo em casos onde a discussão trata de uma eventual ocorrência da prescrição intercorrente após a instauração do PAS, existe um vislumbre de que poderia se discutir a existência mesmo antes da abertura do PAS. Como exemplo disso eu cito o julgamento do processo 0010600-57.2013.4.02.5101 no TRF da 2ª Região, ocorrido em 12.9.2018 (grifos meus):

Ementa: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E AGRAVO RETIDO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. NEGATIVA DE COBERTURA. MULTA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 1º, §1º DA LEI 9.873/99. PARALISAÇÃO POR MAIS DE TRÊS ANOS. NÃO CONFIGURADA. SUSPENSÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE POR SUSPEITA DE DOENÇA PREEXISTENTE NÃO DECLARADA. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA. LEI 9.656/98. RN 162/2007 DA ANS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados em ação ordinária, objetivando o reconhecimento de nulidades no processo administrativo nº 25789.005344/2005-39, bem como do auto de infração lavrado, com o cancelamento da multa imposta. 2. Preliminarmente, com relação ao agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a produção da prova testemunhal, verifica-se não assistir razão à recorrente, pois ao magistrado, destinatário das provas produzidas em juízo, cabe avaliar a necessidade de realização da prova testemunhal (art. 130 do CPC/73). No caso, o juiz de piso entendeu desnecessário o depoimento da testemunha, tendo em vista que a questão de fundo versa sobre matéria aferível por meio de prova documental (precedente). 3. A controvérsia cinge-se à

verificação da legitimidade da multa aplicada pela ANS por ocasião da lavratura do auto de infração nº 17.205, em virtude da negativa de cobertura para os Procedimentos de Biópsia de Testículo e Exploração Cirúrgica do Deferente, em janeiro/fevereiro de 2003, ao beneficiário Claudenilson Sache, sob o argumento de doença pré-existente, sem o julgamento da ANS e sem comprovação de fraude pelo consumidor, em violação ao disposto no art. 11, § único, da Lei nº 9.656/98. 4. Quanto à violação aos art. 49 da Lei 9.784/99 c/c art. 22 da Resolução Normativa nº 48/2003, que estipulam prazos para a Agência Nacional de Saúde - ANS emitir decisão nos processos administrativos instaurados para apuração de infrações e aplicação de sanções, há de se destacar que os prazos instituídos nos dispositivos mencionados são do tipo impróprio, eis que fixados apenas como parâmetro, já que seu descumprimento não gera nenhuma consequência jurídica. Tal conclusão decorre do fato de que não há a previsão de qualquer penalidade pela mora da autoridade julgadora. **5. O art. 1º, §1º da Lei 9.873/99 - que cuida da sistemática da prescrição da pretensão punitiva no âmbito do poder de polícia sancionador da Administração Pública Federal - prevê a ocorrência da prescrição intercorrente, no curso do processo administrativo instaurado, diante da inércia da Administração Pública por 3 (três) anos ininterruptos. 6. Em análise dos autos, verifica-se que o processo administrativo teve os seguintes andamentos processuais: denúncia ao Disque ANS (11/02/2003); pedido de encaminhamento de documentos e informações à apelante (18/07/2003); resposta da apelante (25/07/2003); lavratura do auto de infração (17/05/2005); defesa da apelante (03/06/2005); certificado de regularidade formal (16/06/2005); parecer técnico da ANS (11/06/2008); decisão administrativa condenatória de 1º grau (11/06/2008); recurso administrativo (16/07/2008); juízo de admissibilidade recursal (31/05/2011); lavratura do acórdão (22/01/2013) e encaminhamento da decisão e notificação da apelante para pagamento de multa (21/02/2013). 7. Assim, considerando as datas que constam dos carimbos de protocolos administrativos, conclui-se não ter havido, em momento algum, a paralisação do procedimento por mais de 3 (três) anos, devendo ser rejeitada, portanto, a incidência da prescrição intercorrente prevista no art. 1º, §1º da Lei 9.873/99. 8. Em obediência ao disposto no art. 11 da Lei nº 9.656/98, na hipótese de recusa de cobertura da operadora de plano de saúde, sob a alegação de doença preexistente, compete à operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do beneficiário, sendo vedada a suspensão da assistência à saúde do beneficiário até a efetiva comprovação em processo administrativo. In casu, não houve prova cabal de ciência prévia do usuário quanto à preexistência da doença no ato da contratação. 9. No caso de suspeita de doença preexistente, cabe à operadora comunicar o usuário da suspeita de omissão da informação na declaração de saúde. Somente após a comunicação ao beneficiário de alegação de omissão de informação na Declaração de Saúde por ocasião da assinatura contratual ou da adesão ao plano privado de assistência à saúde, a operadora poderá encaminhar a documentação pertinente à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, requerendo abertura de processo administrativo para verificação da sua procedência ou não. Ademais, não será permitida, sob qualquer alegação, a negativa de cobertura assistencial, assim como a suspensão ou rescisão unilateral de contrato, até a publicação pela ANS do encerramento do processo administrativo. 10. Na hipótese em tela, tendo a operadora negado cobertura para realização dos procedimentos (conforme relatório de esclarecimento), sob alegação de doença preexistente, sem prévio comunicado ao usuário e julgamento da ANS, conclui-se que a apelante procedeu à suspensão do atendimento de assistência médica sem a conclusão do trâmite necessário, razão pela qual afigura-se legítima a lavratura do auto de infração e respectiva condenação em processo administrativo no âmbito da ANS. 11. Em suma, mesmo que o beneficiário tivesse omitido a informação de doença preexistente, enquanto o processo não for apreciado em caráter definitivo, a mera suposição de fraude contratual não pode ensejar negativas de cobertura, tal como ocorreu no caso em apreço. 12. Agravo retido e recurso de Apelação conhecidos e desprovidos.**

40. Uma análise dos acórdãos demonstra também que mesmo quando existe um questionamento do supervisionado no sentido da existência da prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS, o tribunal pode decidir considerando que ela só pode existir após a abertura do PAS. Um exemplo disso é a decisão do TRF da 3ª Região no AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0024071-75.2003.4.03.6100/SP, datada de 25.8.2011. Dessa decisão eu destaco os seguintes trechos da ementa:

3 - Argúi a ocorrência de prescrição intercorrente - ante a paralisação do processo administrativo por mais de 3 anos, nos termos do artigo 4º da Lei n. 9.873/99, uma vez que em 02/12/1996 o representante legal da apelante recebeu a primeira intimação relativa ao processo, para a apresentação de boletos e comprovantes de liquidação financeira e moeda nacional, e que somente em 24/07/2001 o Banco Central do Brasil movimentou o processo, onde foi determinada a intimação para a apresentação de defesa em 03/11/2007. Além disso, a apelante alega a ocorrência de prescrição, considerando o tempo transcorrido entre a verificação da ocorrência dos fatos e a efetiva aplicação das penalidades.

(...)

15 - Também não há o que se falar em prescrição intercorrente, uma vez que, deste contexto, depreende-se que não houve a paralisação do processo administrativo por mais de 3 anos, nos termos do artigo 4º da Lei n. 9.873/99. O Processo Administrativo PA DECIF-2001/0101098622 foi instaurado em 2001, com a publicação da intimação de fls. 136/138 da apelante, por edital (fl. 155).

41. Apesar de se questionar a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente antes da instauração do PAS, a decisão só considera a possibilidade de ocorrência dessa prescrição após a abertura do PAS.

42. Com relação à preocupação externada sobre uma eventual redução do prazo prescricional de cinco para três anos, como comentado acima, em tese, um mero despacho, desde que necessário ao andamento do processo, deveria bastar para interromper a prescrição intercorrente. Todavia existem decisões que exigem conteúdo decisório, como exemplo eu cito duas decisões do TRF da 5ª Região nos processos 0000402-25.2014.4.05.8501 e 006612-39.2011.4.05.8100 (grifos meus):

EXECUÇÃO FISCAL. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 1º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI N. 9.873/99. OCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Apelação interposta contra a sentença que extinguiu a execução fiscal ajuizada em desfavor da apelada, sob o fundamento de ocorrência da prescrição intercorrente. 2. Em 2006 ocorreu a prática do ato ilícito pela executada, ora apelada, qual seja o transporte irregular de passageiros, sem autorização da ANTT, que ensejou a multa administrativa, com prazo de defesa até 22.09.2006, não tendo sido apresentada. 3. Em novembro de 2007, foi encaminhado à exequente, ora apelante, o processo administrativo instaurado sem conteúdo decisório. 4. Em 19.10.2010, foi proferida a decisão definitiva no processo administrativo, com intimação da executada para a realização do pagamento da multa, não tendo havido defesa. 5. Interessa a transcrição da prescrição mencionada no parágrafo 1º, do art. 1º, da Lei n. 9.873/99, deliberando que "Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso". 6. Verifica-se que decorreu o referido lustro prescricional, uma vez que da análise do procedimento administrativo instaurado, que ensejou a CDA nº. 3449/2014, entre o prazo para a defesa da executada, até 22.09.2006, e a decisão da Administração, proferida em 19.10.2010, o processo administrativo ficou paralisado por mais de três anos, sem qualquer providência de cunho decisório, caracterizando a inércia da exequente em promover a apuração da infração administrativa. 7. **"O mero encaminhamento dos autos à ANTT não possui conteúdo decisório apto a interromper a prescrição intercorrente."** 8. **Tendo o procedimento administrativo permanecido parado na espera de julgamento por prazo superior ao triênio legal previsto no dispositivo supracitado, impõe-se manter a sentença recorrida que reconheceu, de ofício, a ocorrência da prescrição intercorrente administrativa.** 9. Apelação improvida.

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. ANP. PARALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCALIZATÓRIO POR MAIS DE 3 ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 1º, PARÁGRAFO 1º DA Lei nº 9.873/99. 1. Nos termos do parágrafo 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/99 (que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta ou indireta), restando paralisado o processo administrativo durante o período superior a 3 (três) anos, pendendo de julgamento ou despacho, resta configurada a prescrição intercorrente. 2. Com efeito, a interrupção da prescrição ora debatida é prevista na mesma Lei que, em seu artigo 2º, inciso II, dispõe que a prescrição só será interrompida se houver qualquer ato inequívoco que importe apuração do fato. 3. **No presente caso, não se pode atribuir ao despacho de fl. 156 (do processo administrativo), que remete os autos do processo do setor de fiscalização para o setor de análise e julgamento, conteúdo de "apuração do fato". Assim, não se pode dizer que a mera transferência dos autos de setor é um ato suficiente para interromper a prescrição.** 4. Destarte, tem-se que desde a data da apresentação de defesa administrativa pela parte embargante (26 de junho de 2001), até o despacho da ANP às fls. 168/169 (datado de 30 de setembro de 2004), transcorreram mais de três anos sem que houvesse se demonstrado a existência de justificativa, realização de ato ou ocorrência de fato a dar ensejo a essa paralisação. Daí o acerto da sentença que reconheceu, no caso, a prescrição intercorrente administrativa, nos termos do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei nº 9.873/99. 5. Apelação e remessa oficial improvidas.

43. Essas decisões demonstram que o temor de que, na prática, exista a redução do prazo prescricional é legítima. Destaco que no TRF da 4ª Região a vinculação do § 1º do art. 1º aos incisos do art. 2º da Lei nº 9.873, de 1999 é algo consolidado. Como exemplo cito a ementa do acórdão proferido em 19.5.2020 no julgamento da APELAÇÃO CÍVEL Nº 5002147-84.2019.4.04.7117/RS:

ADMINISTRATIVO. IBAMA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DO PRAZO.

Meros despachos de encaminhamentos, apresentação de relatórios e/ou qualquer ato burocrático praticado não podem ser confundidos com 'inequívoco' ato apuratório de fatos ou de impulsionamento processual visando à apuração de fatos, razão pela qual são inaptos a interromper a prescrição, sob pena de desvirtuamento da norma.

44. Na mesma linha o acórdão referente à APELAÇÃO CÍVEL Nº 5022087-02.2018.4.04.7107/RS, datado de 5.2.2020:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AMBIENTAL. PARALISAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR PERÍODO SUPERIOR A TRÊS ANOS. JUNTADA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE AGRAVAMENTO. INÉRCIA CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA.

A prescrição intercorrente caracteriza-se pela simples ausência de movimentação do feito por mais de três anos consecutivos, a teor do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99.

Os atos de mero impulso do procedimento não são aptos a interromper a fluência do prazo prescricional, exigindo-se, para tal fim, a prática de medida voltada efetivamente ao exercício da pretensão punitiva.

A certidão negativa de agravamento não pode ser considerada ato de julgamento ou despacho, nos termos da lei, por se tratar de mera certidão atestando a inexistência de outras infrações cometidas pelo autuado.

45. Também é verdade que o TRF da 2ª Região tem uma posição diferente, adotando a visão similar à apresentada no tópico 3 deste voto. Como exemplo cito as ementas nos julgamentos dos processos 0006737-68.2014.4.02.5001, julgado em 15.5.2020, e 0099850-62.2017.4.02.5101, julgado em 13.4.2020 (grifos meus):

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPORTAÇÃO. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. BANCO CENTRAL DO BRASIL. PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO TRIENAL INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. MULTA. LEI Nº 9.817/99. ULTRATIVIDADE. LEIS 10.755/03 E 11.196/2005. APLICAÇÃO. MANUTENÇÃO DA SANÇÃO. 1. Mantém-se a sentença que rejeitou embargos à execução fiscal de multa pelo não pagamento de importações no prazo do art. 1º, IV, da Lei nº 9.817/99, afastando a prescrição intercorrente no procedimento administrativo e concluindo pela legalidade da multa imposta pelo Banco Central do Brasil. 2. **Qualquer ato de impulso do processo administrativo, inclusive parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, necessário à apuração do fato ilícito, afasta a inércia da Administração e, consequentemente, a consumação da prescrição intercorrente do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99. Feita a autuação pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional - CRSFN em 21/8/2007, o processo foi remetido em 30/8/2007 à PGFN, que emitiu parecer em 14/7/2010 e, em 1/8/2010, distribuiu-se o feito no CRSFN, sobrevivendo o julgamento em 22/2/2011. No processo administrativo punitivo - diferentemente do que ocorre com os despachos e decisões dos processos judiciais -, não apenas a autoridade julgadora impulsiona o feito. Diversos setores da Administração praticam atos e emitem pareceres técnicos tendentes à apuração do fato. Precedentes da Corte.** 3. São impróprios os prazos estabelecidos na Lei nº 9.784/99, art. 42, e Decreto nº 1.935/96, art. 11, para emissão de pareceres da PFN; seu eventual descumprimento, por si só, não gera consequência jurídica ao pedido ou recurso. Precedente. 4. Intimada a apresentar defesa pelo não-pagamento de importações no prazo do art. 1º, IV, Lei nº 9.817/99, vigente à época da infração, aplica-se à apelante a multa prevista no art. 1º da Lei nº 10.755/2003, alterado pelo art. 126 da Lei nº 11.196, de 2005 e regulamentado pela Circular nº 3.308, de 2006. 5. As leis cambiais, ultrativas quanto aos desdobramentos punitivos, aplicam-se a fatos praticados durante sua vigência e produzem seus efeitos mesmo após sua alteração ou revogação, mormente quando ressaltados pela lei posterior, tal como o fez a Lei nº 10.755/2003, que expressamente manteve, no art. 4º, a eficácia das multas

aplicadas com base na lei anterior. Precedente do STJ. 6. As Leis nºs 10.755/2003 11.196/2005, ao manter, em essência, a mesma multa da Lei nº 1 9.817/99, incidente por atraso no pagamento de importação registrada em Decreto-lei, não promoveu qualquer anistia: ao contrário, sem nada alterar no mundo jurídico acerca da existência de ilícitos em importações, concentrou no art. 1º da Lei nº 10.755/2003 as punições, pretéritas e futuras. No único dispositivo revogador (art. 133, V, da Lei nº 11.196/2005), a lei nova apenas modificou a forma de cálculo das multas ainda não aplicadas, extinguindo o sistema de fixação da pena pecuniária sob a forma de encargo financeiro diário originalmente instituído pelo art. 1º da Lei nº 9.817/99, e até então mantido pelo art. 4º da Lei nº 10.755/2003. 7. A norma do art. 6º da Lei nº 11.371/2006 não retroage para beneficiar o infrator, por ter restringido expressamente sua eficácia a fatos posteriores a 4/8/2006, não se lhe aplicando, por isso, a regra geral do art. 5º, XL, da Constituição. Precedente da Corte. 8. Apelação desprovida.

DIREITO ADMINISTRATIVO. IBAMA. PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO DE DÉBITO. PLATAFORMA MARÍTIMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO. DESCARTE IRREGULAR DE ÁGUA CONTAMINADA COM ÓLEOS E GRAXAS NO MAR. RESOLUÇÃO CONAMA 393/2007. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO AFASTADAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. 1. A apelante pretende a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do auto de infração lavrado pelo IBAMA. 2. A apelante narra que pretende a desconstituição da multa no valor de R\$ 90.000,00, que lhe foi imposta pelo IBAMA, em decorrência de suposto descarte no mar de água contaminada com óleos e graxas em quantidade acima do limite máximo diário permitido pela Resolução CONAMA nº 393/07. A conduta constitui infração aos artigos 70 e 72, II, da Lei n. 9.605/98, aos artigos 3º, II e 66, do Decreto nº 6.514/08 e aos artigos 5º e 15 da Resolução CONAMA nº 393/2007. 3. Apenas as questões relativas à legalidade do procedimento AI nº 511.972-D serão analisadas, em razão da desistência para fins de inclusão no PRD, descabendo discutir o valor devido pela apelante (§5º do art. 1º da Lei 13.494/17). 4. A alegação de cerceamento é genérica e não aponta, especificamente, qual documento desconhecia ou suscitava prejuízo à defesa de suas teses. A PETROBRAS foi notificada de todos os atos administrativos decisórios e pôde apresentar sua defesa, fato que afasta o argumento de limitação ao seu direito. 5. A Lei nº 9.873/99, no art. 1º, estabelece o prazo de 5 anos para que a Administração Pública Federal apure o cometimento da infração e proceda ao lançamento. Este é o prazo de prescrição administrativa (decadência). Precedentes: STJ/AgInt no REsp 1.735.081/CE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/12/2019; e STJ/REsp 1.115.078/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 06/04/2010. O ilícito administrativo imputado à apelante também é tipificado como crime ambiental (art. 60 da Lei nº 9.605/98), o que não lhe favorece. Seja qual for o prazo abstratamente considerado, a contagem da prescrição administrativa será interrompida nas hipóteses dispostas no art. 2º da Lei nº 9.873/99. 6. No caso dos autos, a infração teria ocorrido em 09/10/2009, quando a empresa apresentou a Comunicação de Não-Conformidade quanto ao descarte da água produzida na plataforma. Lavrado o auto de infração em 16/10/2009, a notificação da autora se deu em 20/10/2009, interrompendo o prazo da prescrição administrativa (decadência). 1 7. **Os despachos de movimentação do processo, assim como as manifestações produzidas pelas partes, são suficientes para afastar a ocorrência da prescrição intercorrente. A Administração só pode ser penalizada diante de sua inércia absoluta. Sobre o tema, vale conferir os seguintes precedentes do STJ: REsp nº 1.803.137/RJ, DJ-e 06/09/2019; REsp nº 1.702.487/RJ, DJe 28/11/2017, SEGUNDA TURMA, todos da lavra do Ministro Herman Benjamin.** 8. A PETROBRAS manifestou-se em todas as fases do processo, que teve sua primeira decisão em 06/01/2014 e a decisão final do recurso em 28/06/2016. 9. A apelante foi autuada após a conduta inadequada da Plataforma UEP-P-26, pelo descarte de água produzida com concentração de óleos e graxas de 43 mg/L, acima do limite diário permitido. A conduta descrita está em conformidade com os artigos indicados no auto de infração. 10. A atividade de exploração de plataformas marítimas de petróleo é potencialmente lesiva e sujeita as empresas do ramo às regras de proteção do meio ambiente (art. 225, §3º, da Constituição Federal). 11. Para essas empresas a jurisprudência consagrou que a responsabilidade é objetiva, informada pela teoria do risco integral, e a conduta infratora deve ser considerada à luz do princípio da precaução que impõe à autuada a demonstração de que não houve dano (AgInt no ARESp nº 1373360/PR, rel. Min. GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJ-e 17/10/2019; e REsp nº 1.374.284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 5/9/2014). 12. O lançamento de substâncias poluentes (óleo e graxas) em quantidade maior que o admitido pressupõe a lesão à biodiversidade marinha. A PETROBRAS não se desincumbiu do ônus que lhe competia. 13. A resolução revogada conferia à autoridade competente a possibilidade de concessão mediante preenchimento de requisitos. A Resolução CONAMA nº 393/2007 não ofertou qualquer prazo para a adaptação aos níveis de poluentes tolerados, estando tal concessão fora do âmbito discricionário da Administração. 14. Pedido de abrandamento da punição administrativa, de multa para a atribuição de mera advertência (art. 72, I, da Lei nº 9.605/98), não analisado. Descabe ao Judiciário agir como

substituto do administrador nas hipóteses em que não se verifica a violação aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Confirmam-se os seguintes precedentes sobre tal orientação: STF/ARE 978754 AgR, rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJ-e 25/10/2016; e STJ/AgInt no REsp 1.271.057/PR, rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/05/2017. 15. A multa no valor de R\$ 90.000,00, imposta pelo IBAMA, está dentro dos limites previstos no art. 66 do Decreto nº 6.514/08. 16. Sentença mantida. Verba honorária majorada em 1%, a teor do art. 85, § 11, do CPC/2015. 17. Apelação conhecida e desprovida.

46. Dessa forma uma eventual alteração do entendimento não só se estaria indo em sentido contrário à jurisprudência consolidada no CRSFN, como também estaria em sentido contrário ao que aparenta ser uma consolidação de entendimento detectada no âmbito do Poder Judiciário. E isso seria baseado em uma visão contingente que depende da composição do colegiado. Assim, hipoteticamente, após eventual adoção desse novo entendimento dezenas de processos poderiam ser arquivados pela ocorrência da prescrição intercorrente, e apenas meses depois o CRSFN voltar a adotar o posicionamento pela impossibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS. Assim, me parece, que adotar essa mudança seria temerário.

47. Obviamente jurisprudências podem sofrer alterações, como no caso da reforma da Súmula 263 do STJ, que possuía a seguinte redação: "A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação". Essa súmula derivava de um entendimento incorreto da legislação aplicável às operações de arrendamento mercantil financeiro, em parte as aproximando do *leasing* operacional. Esse erro foi corrigido, a súmula cancelada e foi editada a Súmula 293 do STJ: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil". Então em caso de erro é não admissível, mas necessária a correção da jurisprudência.

48. Outro ponto importante é que a discussão da "superação de precedente" trai a noção de que estamos emulando o direito norte-americano, mas os precedentes dentro da *common law* tem uma tendência maior de congelar o direito. O direito de origem romana como o nosso tem menos risco nesse tocante, pois a produção legislativa vai adaptando o direito à novas realidades mais rapidamente, claro que não se desconsidera a importância da *statutory law* no âmbito do direito americano.

49. No caso brasileiro o problema seria o oposto, a combinação de uma grande produção de leis, em sentido lato, com uma jurisprudência administrativa e judicial instável gera um ambiente de incerteza. Assim é importante a manutenção de jurisprudências estáveis, a menos que elas se mostrem efetivamente erradas, que não é caso aqui. Mesmo sendo um adepto da tese de que é possível a ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração de um PAS, reconheço que a opção oposta se mostra igualmente válida.

50. Assim, como no caso em discussão não se trata de indicar que a jurisprudência anterior era errada, trata-se apenas de uma interpretação contingente do sentido do texto da lei, algo que naturalmente depende do intérprete, não considero que seja possível alterar jurisprudência consolidada do CRSFN^[3].

5 POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO

51. Nesse tocante acompanho a posição adotada no ACÓRDÃO CRSFN 126/2020, que tomou por base a Declaração de Voto da Conselheira Presidente Ana Maria Melo Netto Oliveira, pois considero também que a modulação não é só possível, mas necessária.

6 QUAIS ATOS INTERROMPEM O FLUXO DO PRAZO PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

52. Como já colocado no item 3 desse voto, entendo que despachos necessários ao andamento do processo interrompem o fluxo da prescrição intercorrente.

A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO CASO CONCRETO

53. Entendo que no caso concreto se configurou um período superior a três anos sem movimentação, contudo, como indicado no item 5, deve haver a modulação do novo entendimento deste Conselho. Então não deve ser reconhecida a prescrição pois a CVM atuou de forma coerente com a jurisprudência consolidada então vigente.

MÉRITO

54. No mérito acompanho o Voto Vista do Conselheiro Pedro Frade de Andrade.

É o voto.

Sérgio Cipriano dos Santos – Conselheiro

[1] No Recurso Especial 1.115.078-RS o Ministro Castro Meira destacou que a Lei nº 9.873, de 1999, apresenta prazos decadenciais e prescricionais:

Em resumo, a Lei 9.873/99, modificada pela Lei 11.941/09, determinou a observância de três prazos:

- (a) cinco anos para a constituição do crédito por meio do exercício regular do Poder de Polícia - **prazo decadencial**, pois relativo ao exercício de um direito potestativo;
- (b) três anos para a conclusão do processo administrativo instaurado para se apurar a infração administrativa - prazo de "prescrição intercorrente"; e
- (c) cinco anos para a cobrança da multa aplicada em virtude da infração cometida - prazo prescricional.

....

Feitas essas breves considerações, podem ser resumidos os prazos da Lei 9.873/99 da seguinte forma:

- (a) é de cinco anos o prazo decadencial para se constituir o crédito decorrente de infração à legislação administrativa;
- (b) esse prazo deve ser contado da data da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado e será interrompido:
 - (b.1) pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
 - (b.2) por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
 - (b.3) pela decisão condenatória recorrível; e
 - (b.4) por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal;
- (c) o prazo decadencial aplica-se às infrações cometidas anteriormente à Lei 9.873/99, devendo ser observada a regra de transição prevista no art. 4º;
- (d) é de três anos a "prescrição intercorrente" no procedimento administrativo, que não poderá ficar parado na espera de julgamento ou despacho por prazo superior, devendo os autos, nesse caso, serem arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada;
- (e) é de cinco anos o prazo prescricional para o ajuizamento da ação executória;
- (f) o termo inicial desse prazo é a constituição definitiva do crédito, que se dá com o término do processo administrativo de apuração da infração e constituição da dívida;
- (g) São causas de interrupção do prazo prescricional:
 - (g.1) o despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;
 - (g.2) o protesto judicial;
 - (g.3) qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
 - (g.4) qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor;
 - (g.5) qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

[2] No PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 109/2020 é apresentado o seguinte comentário:

27. Nesse Recurso 14.400, o voto condutor do Cons. Sérgio Cipriano reiterou os fundamentos por ele utilizados no seu voto do já referido Recurso 7.543 (j. na 389ª Sessão - 29/03/2016).

Todavia, apesar haver comentado sobre a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente antes da abertura de um PAS no Recurso 7.543, não analisei a fundo essa questão, até porque naquele processo houve a ocorrência de prescrição ordinária depois de instaurado o PAS. Somente no Recurso 14.400 analisei a fundo a questão. Dessa forma o fundamento apresentado para a minha posição só se encontra no voto que apresentei no Recurso 14.400, não tendo nenhuma relação com o Recurso 7.543.

[3] Importante destacar que mesmo a posição de que a atual interpretação é errada, pois não existe como se extrair essa interpretação da lei de maneira lógica e sistemática, não se mostra suficiente para afastar a jurisprudência atual, pois a interpretação de que existiria eventualmente um erro depende do intérprete, portanto, também é contingente e atrelada a cada determinada composição do CRSFN.

Documento assinado eletronicamente por **Sérgio Cipriano dos Santos, Conselheiro(a)**, em 15/09/2020, às 12:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de](#)

[outubro de 2015.](#)

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **10260523** e o código CRC **13B143A9**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CVM 08/2012

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

RECORRENTES:

GERMINAL POCA
HUDSON CALEFE
IZABEL CRISTINA MARQUES
JOZÉLIA NOGUEIRA
JÚLIO CESAR DA SILVA
MARCOS VINICIUS FERREIRA MAZONI
PEDRO HENRIQUE XAVIER
ROGÉRIO DISTEFANO
SERGIO BOTTO DE LACERDA

RECORRIDO:

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

RELATOR:

THIAGO PAIVA CHAVES

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO ANTONIO AUGUSTO DE SÁ FREIRE FILHO

1. Apesar de entender que existe possibilidade de ocorrer prescrição intercorrente antes da instauração do processo administrativo, no presente Recurso entendo que o assunto deve ser avaliado com cautela, pois envolve mudança de posicionamento que pautava a atuação das equipes de supervisão e de condução dos processos administrativos.
2. Dessa forma, ressaltando que o entendimento que prevalecia neste CRSFN, na CVM e no BCB à época da apuração era pela impossibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente antes da instauração do processo administrativo, entendo que deve ser aplicada a interpretação à época das investigações, conforme demanda das Procuradorias da CVM e do BCB.
3. Além disso, tomo os fundamentos do Voto da Conselheira Ana Maria Melo Netto Oliveira no **ACÓRDÃO CRSFN 126/2020**, quanto à prescrição intercorrente, inclusive quanto à superação de precedentes e à regra de transição.

4. Quanto aos demais temas acompanho o voto do Conselheiro Pedro Frade de Andrade.

É o voto.

Antonio Augusto de Sá Freire Filho – Conselheiro.



Documento assinado eletronicamente por **Antonio Augusto de Sá Freire Filho, Conselheiro(a) Relator(a)**, em 15/09/2020, às 10:44, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2079466** e o código CRC **6354171C**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Recurso 14226

Processo 10372.000204/2016-41

Processo na primeira instância CRSFN-CVM 08/2012

Relator: **THIAGO PAIVA CHAVES**

Ementa: RECURSO VOLUNTÁRIO. Não divulgação de Fato Relevante e a contabilização inadequada de valores no balanço da Sanepar. Não ocorrência de prescrição intercorrente e provimento do Recurso com pena de Advertência para os Recorrentes: Germinal Pocá (DRI), Hudson Calefe (Diretor Financeiro), Izabel Cristina Marques (Conselheira), Jozélia Nogueira (Conselheira), Júlio Cesar da Silva (Conselheiro), Marcos Vinicius Ferreira Mazoni (Conselheiro), Pedro Henrique Xavier (Conselheiro), Rogerio Distefano (Conselheiro) e Sergio Botto de Lacerda (Presidente do Conselho de Administração).

DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO ÁLVARO AFFONSO MENDONÇA

Trata a presente Declaração de Voto do Recurso Voluntário apresentado por Germinal Pocá, Hudson Calefe, Izabel Cristina Marques, Jozélia Nogueira, Júlio Cesar da Silva, Marcos Vinicius Ferreira Mazoni, Pedro Henrique Xavier, Rogerio Distefano e Sergio Botto de Lacerda, referente à não divulgação de Fato Relevante e a contabilização inadequada de valores no balanço da SANEPAR, Companhia de Saneamento do Estado do Paraná, no período de 01/01/2004 a 30/09/2008. A condenação imposta pela CVM foi devida a infrações à Lei 6.404/76.

Da condição preliminar de prescrição intercorrente

Com relação à alegada ocorrência prescrição intercorrente antes da instauração do Processo Administrativo, reitero o meu posicionamento exposto na Declaração de Voto do Processo SEI 10372.000380/2016-83, onde reconheço a possibilidade de ocorrência da prescrição intercorrente antes da instauração do PA, bem como os argumentos para a superação dos precedentes. No entanto, de acordo com o referido voto, reconheço a necessidade de uma regra de transição, que foi apresentada e a necessidade da modulação do novo entendimento. Nesses dois itens, acompanhei o voto da Ilustre Conselheira Presidente do CRSFN, Dra. Ana Maria Melo Netto Oliveira.

Conforme o entendimento exposto acima, julgo ter ocorrido prescrição intercorrente no presente PA, em virtude do mesmo ter ficado inerte por um período superior a 3 anos – entre 26/08/2009 e 23/10/2012 – durante a fase anterior à instauração do Processo Administrativo.

Acompanhando o princípio constitucional de eficiência da Administração Pública e o disposto no §1º do art. 1º da Lei 9.873/99, que prevê a prescrição sem tecer qualquer vinculação ao fato do Processo Administrativo ter sido ou não instaurado.

Como pode muito bem ser observado neste processo, o entendimento sobre a aplicação do critério da necessidade de instauração do PA para que fosse atendida a indicação de manutenção do conceito de eficiência da Administração Pública se considerou 3 períodos distintos:

- a. O primeiro referente ao período em que poderia ser caracterizada a prescrição ordinária pela ausência de iniciativa da administração pública, que foi devidamente atendido pela CVM em demonstração de eficiência.
- b. O segundo referente entre o momento em que é tomada a iniciativa de investigação da provável irregularidade, até o momento em que ocorre a instauração do PA, período em que, pelo entendimento da CVM, não existiria a aplicação da prescrição intercorrente e que, portanto, não seria necessário apresentar um comportamento identificado com o princípio constitucional da eficiência, que é exigida pela Lei 9.873/99. Neste período a CVM deixou as investigações que resultaram no PA inertes por mais de 3 anos.
- c. O terceiro referente ao período posterior à abertura do PA, quando o processo fluiu sem a ocorrência de prescrição intercorrente.

Neste caso, o meu entendimento é que a regra constitucional e o §1º do art. 1º da Lei 9.873/99 são suficientemente claras para não acatar o interstício onde seria admitida a ineficiência da Administração Pública.

Não sendo esse entendimento consolidado no âmbito dos julgamentos de recursos do CRSFN apresentei o meu entendimento de forma a colaborar na formação de um entendimento majoritário sobre o assunto. No entanto, ao considerar a necessidade de preservação da segurança jurídica, já que a CVM à época apresentava entendimento de que seria necessária a abertura do Processo Administrativo para a contagem do prazo para a prescrição intercorrente, propus, nas Seções III (Da Modulação) e IV (Da Regra de Transição), a adoção de uma regra de transição que prevê a adoção do entendimento declarado pela entidade da Administração Pública Recorrida.

Desta forma, considerando o critério para a regra de transição constante do meu voto e aprovado majoritariamente pelo CRSFN na Sessão de Julgamento 440, julgo não ser cabível considerar a alegada prescrição intercorrente no presente Recurso Voluntário.

Com relação à alegada perda de objeto do presente processo, por conta de um acordo de acionistas firmado antes da instauração do processo, acompanho o entendimento do Relator.

Do mérito

A condenação dos Recorrentes pela CVM ocorre em função de uma decisão tomada em 2005, pelo Conselho de Administração da SANEPAR, de realizar retroativamente a remuneração com juros o aporte realizado em 1998. Os recursos foram aportados pelo Governo do Estado do Paraná, sócio controlador da SANEPAR, e foram oriundos de um empréstimo internacional voltado à realização de obras de saneamento pela companhia.

Considerando o posicionamento da D. PGFN, em Parecer elaborado pelo D. Procurador da Fazenda Nacional, Dr. André Alvin de Paula Rizzo, que de forma muito clara demonstrou a inexistência de qualquer ilegalidade na ação dos Recorrentes na aprovação da AFAC, demonstrando inclusive que a medida foi adotada de forma a evitar o

risco da empresa futuramente ser questionada para realizar um pagamento que resultasse a remuneração deste aporte por taxas de juros mais elevadas dos que a TJLP, o que levaria a valores mais elevados.

Um ponto importante é que não está sendo analisada a operação de financiamento levada a efeito pelo Governo do Estado do Paraná e que causava uma distorção relevante no balanço, mas a decisão de corrigir tal distorção. Também afasto as considerações que a decisão do Conselho de Administração para empregar a TJLP na remuneração do mútuo seria inadequada, pois essa taxa vem sendo amplamente empregada em projetos de longo prazo e em projetos de infraestrutura no país, sendo meu entendimento ter sido uma escolha adequada.

Desta forma, a ação do Conselho de Administração teria vindo em socorro da companhia, evitando que a AFAC se tornasse ainda mais custosa. Para solucionar o problema a deliberação em prejuízo para a empresa ou para os seus acionistas, fato que foi muito demonstrado de forma muito competente pela nobre defesa em sua manifestação.

Com relação à forma de atuação dos membros de Conselho de Administração, julgo não terem sido adotadas todas as medidas de suporte decisório necessárias à boa solução, apesar de serem demonstrados nos autos um confuso desenrolar dos fatos. Neste caso, a solicitação de pareceres técnicos que pudessem auxiliar a decisão do Conselho de Administração seria uma providência mais conservadora e capaz de proteger a empresa e os próprios conselheiros.

Relativamente à divulgação do Fato Relevante pelo DRI da Sanepar, Sr. Germinal Pocá, concordo com o posicionamento da CVM de ter ocorrido uma falha relevante de comunicação com os acionistas e com o mercado.

No que tange às demonstrações financeiras, julgo que o Recorrente, Sr. Hudson Calefe contabilizou de forma inadequada a operação de repasse de recursos feita pelo Governo do Estado do Paraná, durante o período de 01/01/2004 a 31/08/2008, embora reconheça que a infração chegou a causar distorções nos resultados.

Assim sendo, venho, com a devida vênia do ilustre Relator, apresentar um voto divergente, considerando que os Recorrentes seguiram, como foi citado pela defesa e pela procuradoria, uma orientação jurídica, que a decisão do conselho de administração foi analisada pela procuradoria da empresa de onde recebeu parecer e, finalmente, que resultou em uma solução com amparo na Lei e também nas regras e orientações da Secretaria da Receita Federal.

VOTO

Assim sendo, meu voto acompanha o relator nas condições preliminares, afastando a alegação de prescrição intercorrente, mas dá provimento aos recursos da seguinte forma:

Ao Recorrente Sr. **Germinal Pocá**, na qualidade de DRI da Sanepar, convolar a pena de multa de R\$300.000,00 em **ADVERTÊNCIA**, pela falha na divulgação de Fato Relevante.

Ao Recorrente Sr. **Hudson Calefe**, na qualidade de Diretor Financeiro da Sanepar voto em **ADVERTÊNCIA** da pena de multa de R\$100.000,00, imposta em primeira instância.

À Recorrente Sra. **Izabel Cristina Marques**, na qualidade de Conselheira de Administração da Sanepar, eu voto por convolar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

À Recorrente Sra. **Jozélia Nogueira**, na qualidade de Conselheira de Administração da Sanepar, eu voto por convolar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

Ao Recorrente Sr. **Júlio Cesar da Silva**, na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eu voto por convolar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

Ao Recorrente Sr. **Marcos Vinicius Ferreira Mazoni**, na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eu voto por convolar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

Ao Recorrente Sr. **Pedro Henrique Xavier**, na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eu voto por convolar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

Ao Recorrente Sr. **Rogério Distefano**, na qualidade de Conselheiro de Administração da Sanepar, eu voto por convocar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

Ao Recorrente Sr. **Sergio Botto de Lacerda**, na qualidade de Presidente do Conselheiro de Administração da Sanepar, eu voto por convocar a pena de multa de R\$300.000,00, imposta em primeira instância em pena de **ADVERTÊNCIA**.

É o voto.

ÁLVARO AFFONSO MENDONÇA – Conselheiro.



Documento assinado eletronicamente por **Álvaro Affonso Mendonça, Conselheiro(a)**, em 17/09/2020, às 08:36, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **10464757** e o código CRC **78624E74**.



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Processo 10372.000204/2016-41

DECLARAÇÃO DE VOTO DA CONSELHEIRA ANA MARIA MELO NETTO OLIVEIRA

1. No presente caso, a sequência de atos e movimentações destacadas pelo Relator demonstram a ausência de qualquer movimentação processual por mais de 3 anos entre 26/08/2009 e 23/10/2012, antes da instauração formal do processo administrativo por meio da citação válida dos acusados.
2. Em que pesem os respeitáveis argumentos do voto do Relator, e também os fundamentos do PARECER/PGFN/CAF/NUCAF/CRSFN Nº 113/2020, venho manifestar divergência, reiterando o posicionamento que manifestei por ocasião do julgamento do recurso 10372.000380/2016-82, julgado na 440ª sessão, de 18/08/2020, no sentido de que o prazo da prescrição intercorrente flui durante a etapa apuratória ou inquisitorial que antecede a instauração formal do processo administrativo com a citação do acusado, e no sentido da possibilidade de que o CRSFN module os efeitos de sua decisão, adotando regra de transição, com esteio na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e também no Código de Processo Civil.

1. FLUÊNCIA DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ANTES DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

3. Início manifestando integral concordância com os votos dos Conselheiros Antonio Augusto e Sérgio Cipriano proferidos no processo 10372.000380/2016-83 na parte em que defendem a tese da incidência da prescrição intercorrente na etapa pré-processual.

4. Já tive oportunidade de me manifestar favoravelmente à incidência da prescrição intercorrente mesmo antes de instauração do processo administrativo (recursos 10372.000057/2016-18 e 10372.000403/2016-50), filiando-me ao posicionamento defendido no voto do Conselheiro Francisco Satiro no julgamento do Recurso 11256, julgado em 25.11.2014, que consignara:

“(…)

14. Por isso, quando a Lei 9.873/99 estabelece que a prescrição intercorrente (trienal) Incide “...no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos...” não me parece haver dúvidas de que mesmo na fase pré-processual, uma vez instaurado o procedimento administrativo (ainda que de apuração), incide prescrição em caso de paralização. Não se trata de possível equívoco ou descuido do legislador ao cunhar o texto da Lei. Destaco que a mesma referencia a “procedimento” é encontrada no art. 32 do Decreto 4942, publicado mais de quatro anos depois da publicação da MP 1708/98, aplicando essencialmente o mesmo instituto para os processos administrativos no Sistema de Previdência Complementar.

15. Afinal, mesmo em fase pré-processual (mesmo investigatória) a administração atua dentro do princípio da legalidade estrita. Logo seus atos são vinculados pelas regras do procedimento administrativo. E de mais a mais, não reputo possível excepcionar o alcance do dispositivo aplicando-o em sentido contrário à sua redação expressa e à sua estrutura.

16. Recorde-se que, diferentemente do caso da prescrição ordinária (quinquenal) em que as causas de interrupção são expressas (art. 2º da Lei 9.873/99), no caso da intercorrente este Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional já definiu, com fulcro na interpretação do STJ, que por paralisado deve entender-se o processo não desenvolve-se em direção ao seu fim.

17. Qualquer ato procedimental é suficiente para interromper a contagem do prazo trienal desde que signifique uma evolução de fase no procedimento: diligências, o encaminhamento dos autos para a PGFN, o recebimento pelo Conselheiro relator, a inclusão na Pauta, ou uma petição da parte envolvida são exemplos disso.

18. A hipótese é verificada objetivamente, através dos elementos constantes dos autos: isso significa que ocorrendo o evento, reinicia-se automaticamente a contagem do prazo.

19. Várias são as necessárias consequências dessas premissas.

20. Inicialmente, fica afastada de pronto a afirmação de que a incidência da prescrição intercorrente na fase pré-processual poderia prejudicar a apuração dos fatos. Nada há que justifique um procedimento investigatório paralisado por 3 anos. Se informações foram solicitadas, cabe à autoridade cobrar da fonte o fornecimento tempestivo. Isso significa que a investigação pode até levar mais do que 3 anos sem que incida a prescrição; mas para isso é preciso que a autoridade mantenha-se em constante diligência, buscando incessantemente a apuração dos fatos.

21. A administração não pode aguardar infinita e passivamente o retorno de informações solicitadas a outras instâncias; ou que finalmente um servidor tenha tempo para dedicar-se ao processo em razão do acúmulo de serviços. O limite trienal não impõe um prazo absoluto de 3 anos para conclusão das investigações. Mas, determina, isso sim, que o procedimento não pode ficar paralisado quando havia medida passível de execução e que, por qualquer razão, não foi tomada.

22. Em nenhuma fase, deve-se tomar mais tempo do que razoavelmente se espera de um procedimento. Afinal, se a questão é relevante a ponto de exigir uma atitude do regulador, não deve ficar anos em prateleiras aguardando um andamento. E se não é importante para tanto, não deve tomar o tempo – precioso – que a administração pública poderia dedicar a outros casos relevantes.

23. Em resumo, a prescrição, sob esse aspecto, atua em benefício da administração pública. Isso porque, se assumidamente tempo e recursos são limitados, a prescrição possibilita a extinção de procedimentos que a administração pública considerou – ainda que tacitamente - desimportantes a ponto de mantê-los paralisados por mais de 3 anos”.

5. A doutrina jurídica preocupa-se insistentemente em distinguir procedimento de processo. Admite-se o primeiro como marcha e o segundo como relação jurídica^[1]. É o processo que inaugura o vínculo entre os

sujeitos e o exercício do contraditório. Portanto, quando a norma emprega uma ou outra expressão – ou ambas, como é o caso -, está a exigir do intérprete que se dedique a desvendar seus significados, se constituem sinônimos plenamente intercambiáveis, ou se foram utilizados em suas acepções estritas e consequentemente distintas.

6. A escolha do vocábulo “procedimento” no §1º do art. 1º não me parece de forma alguma acidental. Assim como não é acidental que a lei se refira à constituição definitiva do crédito tributário após o término regular do “processo” administrativo.

7. A norma inscrita no art. 5º da Lei nº 9.873/99 não deixa dúvidas de que o legislador não ignorava a distinção entre processo e procedimento e que empregou cada um dos termos de forma consciente e deliberada, tanto assim que, no citado artigo, alude a ambos, nos seguintes termos: “*O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos **processos e procedimentos** de natureza tributária*”.

8. A Lei n. 9.873, de 23 de novembro de 1999, foi promulgada após sucessivas reedições da MP n. 1.708, de 30 de junho de 1998, disciplinando o regime de prescrição nos processos administrativos sancionadores. Seu advento, visando a instituir e a uniformizar o regramento da prescrição no âmbito da Administração Pública Federal, ocasionou a revogação expressa de outros dispositivos legais que continham regimes específicos para contagem de prazos prescricionais, a saber, o art. 33 da Lei n. 6.385/1976, com a redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997, que previa prescrição ordinária de 8 anos e ainda que prescrição intercorrente fulminaria *inquéritos* paralisados por prazo superior a 4 anos, bem como o art. 28 da Lei n. 8.884/94, que continha reduzidas e inespecíficas hipóteses de interrupção do prazo prescricional.

9. Posteriormente à edição da Lei n. 9.873/99, novas leis que tratavam de processos administrativos especiais trouxeram disciplina específica sobre a prescrição, sempre compatível com o regime geral da 9.873/99. Como bem atentou o voto do Conselheiro Francisco Satiro supra transcrito, os diplomas legais posteriores à edição da Lei n. 9.873/99 que trataram da matéria prescricional mantiveram o uso do mesmo vocábulo.

10. A Lei nº 12.529/2011 que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê diferentes espécies de *procedimentos* administrativos, distinguindo aqueles de natureza inquisitorial e processual, a saber:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

IV - processo administrativo para análise de ato de concentração econômica;

V - procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica; e

VI - processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

11. Essa mesma Lei trouxe um capítulo específico sobre a prescrição, que estabelece:

Art. 46. Prescrevem em 5 (cinco) anos as ações punitivas da administração pública federal, direta e indireta, objetivando apurar infrações da ordem econômica, contados da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito.

§ 1º Interrompe a prescrição qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração da infração contra a ordem econômica mencionada no caput deste artigo, bem como a notificação ou a intimação da investigada.

§ 2º Suspende-se a prescrição durante a vigência do compromisso de cessação ou do acordo em controle de concentrações.

§ 3º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 4º Quando o fato objeto da ação punitiva da administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

12. Ora, se a própria Lei 12.529/2011, que se preocupou em distinguir espécies de procedimento e de processo administrativo de forma expressa, empregou o termo “procedimento” no §3º do art. 46, há de se interpretar essa escolha como indicação inequívoca do legislador de que incide a prescrição intercorrente em qualquer das espécies de procedimento disciplinados pela Lei, inclusive aqueles de natureza apuratória ou inquisitorial.

13. O que tais textos normativos evidenciam, a meu ver, é que existe uma intenção clara do legislador pátrio de atribuir à Administração Pública o dever de impulsionar tempestivamente suas apurações, independentemente de estar diante de um processo formalmente instaurado, sujeito ao contraditório, ou de uma etapa anterior, de natureza inquisitorial.

14. Como revelaram as diligências juntadas a esses autos, esse entendimento tem sido adotado pela SUSEP, embora não o seja pelo BCB, pela CVM ou pelo COAF. Também é esse o entendimento consolidado do CADE, que admite a possibilidade de incidência da prescrição intercorrente na fase inquisitorial que, ao tempo da Lei nº 8.884/94, revogada pela Lei nº 12.529/2011, era denominada “averiguação preliminar” (art. 30), a ser promovida pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão competente pelas investigações, sempre que os indícios de infração fossem insuficientes para a instauração imediata de processo administrativo.

15. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em julgamento ocorrido na 416ª Sessão Ordinária, de 27/08/2008, reconheceu a incidência de prescrição intercorrente em averiguação preliminar, repise-se, de natureza inquisitorial, nos seguintes termos:

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR Nº 08012.005106/2001-61

Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado de São Paulo – SINCOFARMA-SP

Advogados: Paulo Humberto Fernandes Bezerra, Karina Prado Franchini Bizerra e Daniela Campos de Abreu Serra

Representada: Unimed de Jaú/SP Advogados: não consta

Relator: Conselheiro Luís Fernando Rigato Vasconcellos

Redator para o Acórdão: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado

Manifestou-se o Procurador-Geral Substituto do CADE, ratificando o parecer anteriormente proferido pela Procuradoria do CADE. Manifestou-se o representante do Ministério Público Federal junto ao CADE, Dr. José Elaeres, retificando seu parecer anteriormente proferido, no sentido de considerar ter ocorrido a prescrição intercorrente no presente caso.

Decisão: O Plenário, por unanimidade, conheceu do presente Recurso de Ofício em Averiguação Preliminar, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento do processo, que por maioria o fez em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, nos termos do voto do Conselheiro Prado, o qual redigirá o acórdão. Vencido o Relator que entendia não ter ocorrido a prescrição intercorrente no presente caso, nos termos de seu voto.

EMENTA: Recurso de Ofícios em Averiguação Preliminar. Suposta prática de preços predatórios. Mercado relevante de comércio varejista de medicamentos na cidade de Jaú/SP. Pareceres pelo arquivamento devido à ocorrência de prescrição intercorrente da ProCADE e MPF. Reconhecimento de prescrição intercorrente. Provimento negado. Manutenção do arquivamento.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam a Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – 75 CADE, por unanimidade, conhecer do presente Recurso de Ofício, negando-lhe provimento, mantendo o arquivamento do processo, que por maioria o fez em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, nos termos do voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Vencido o Relator que entendia não ter ocorrido a prescrição intercorrente do presente caso, nos termos do seu voto. Participaram do julgamento a Presidente Elizabeth Maria Mercier Querido Farina e os Conselheiros Ricardo Villas Bôas Cueva, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Paulo Furquim de Azevedo e Fernando de Magalhães Furlan. Presentes o Procurador-Geral Substituto, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, e o representante do Ministério Público Federal, José Elaeres Marques Teixeira. Ausente, justificadamente, o Procurador-Geral Arthur Badin. Brasília – DF, 27 de fevereiro de 2008

(data do julgamento, 416ª Sessão Ordinária de Julgamento). Publicação do Acórdão: DOU de 09.04.2008 (<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2008/relatorio-de-gestao-resumo-de-casos-julgados-ano-base-2008-3.pdf>, págs. 74 e 75).

16. Também o Poder Judiciário já teve a oportunidade de se manifestar sobre a fluência da prescrição intercorrente, inclusive na etapa anterior à promoção da averiguação preliminar, etapa esta que hoje é denominada na Lei 12.529/2011 como "procedimento preparatório para a instauração do inquérito administrativo". Vejamos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR SIGILOSA. EMPRESAS DE INFORMÁTICA. LICITAÇÕES NA ÁREA DE INFORMÁTICA. ÍNDICIOS DE FORMAÇÃO DE CARTEL. INFRINGÊNCIA DA LEI Nº 8.884/94. MEDIDA CAUTELAR. BUSCA E APREENSÃO. LEI Nº 8.884/94, ART. 35-A. LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DO CPC QUE REGEM AS AÇÕES CAUTELARES. PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECÍFICA. PRECEDENTE DO STJ (MC 12748/SP). PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA E SÚMULA VINCULANTE Nº 14. INOCORRÊNCIA. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. PRESENTES. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES NA SDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Consta dos autos que Secretaria de Direito Econômico instaurou em 06 de março de 2009 Averiguação Preliminar Sigilosa para apurar a existência de cartel no mercado de aquisição de serviços de tecnologia da informação no Distrito Federal. Segundo o apurado pela SDE, um conjunto de empresas e um sindicato teriam um papel chave na implementação dos acordos ilícitos: Politec, Policentro, Poliedro, CTIS e SINDESEI - Sindicato das Empresas de Serviços de Informática do Distrito Federal. 2. Estabelece a Lei nº 8.884/94 (art. 14, III e VI), que compete à Secretaria de Defesa Econômica - SDE proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, as averiguações preliminares para instauração de processo administrativo, bem como instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica, em consonância com o disposto no art. 173, § 4º, da CF/88. 3. (...) 6. Inocorrência da prescrição estabelecida no parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei nº 9.873/99, que prevê a sua incidência quando o procedimento administrativo ficar parado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, porquanto a Administração Pública desde a apresentação da denúncia pelo Ministério da Educação praticou atos que impulsionaram o procedimento administrativo até a instauração da averiguação preliminar. (...) (TRF1. AG 0019324-93.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.153 de 03/07/2009.)

17. Trocando em miúdos, no processo antitruste, há duas etapas que antecedem a instauração do processo administrativo, quando os indícios de irregularidade não forem suficientes para que seja instaurado imediatamente: o procedimento preparatório e a averiguação preliminar (hoje denominada inquérito administrativo). A SDE havia recebido uma denúncia do Ministério da Educação comunicando indícios de cartel no mercado de tecnologia e iniciou a coleta de elementos na fase de procedimento preparatório, que posteriormente resultou na promoção de averiguação preliminar, isto é, de inquérito. Ao reconhecer que desde a apresentação da denúncia a SDE praticou atos que impulsionaram o procedimento administrativo até a instauração da averiguação preliminar, o TRF1 reconheceu que a prescrição intercorrente pode incidir na fase apuratória mais embrionária, que antecede inclusive a etapa inquisitorial!

18. Retomando o exame do §1º do art. 1º da Lei n. 9.873/99, não verifico no texto nenhum elemento que possa conduzir à conclusão de que a norma quer se referir a processos administrativos em sentido estrito e não a procedimentos adotados em qualquer fase. *Pender de despacho ou julgamento* não é atributo exclusivo de processos administrativos. Quando inicia um procedimento de apuração, a Administração tem a obrigação de movimentá-lo – o que faz por meio de despacho – ou de arquivá-lo, o que também fará por meio de despacho, ou até mesmo de julgamento, como exemplifiquei acima, colacionando acórdão do CADE que determinou arquivamento de averiguação preliminar (inquérito) em virtude da prescrição

19. Entendo que a lei mais uma vez empregou vocábulos - julgamento e despacho - para reafirmar a orientação de que a prescrição intercorrente ocorreria em qualquer fase, inclusive pré-processual. Se estivéssemos no universo exclusivo dos processos administrativos, bastaria dizer que não podem ficar paralisados os feitos pendentes de julgamento, uma vez que essa será a situação de todos os processos administrativos punitivos a partir do momento de sua instauração. Ao prever que a prescrição intercorrente se aplicaria também aos feitos pendentes

de “despacho”, a norma atinge exatamente a situação dos procedimentos, que, embora não estejam pendentes de julgamento, estão pendentes de despacho.

20. Sobre esse aspecto, transcrevo julgado do TRF da 1ª Região:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MULTA ANP. GLP. APRESENTAÇÃO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DESPACHO OU JULGAMENTO POR MAIS DE TRÊS ANOS. PRESCRIÇÃO. LEI N. 9.873, ART. 1º, § 1º. INVERÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Discute-se nos autos legitimidade de AI lavrado pela ANP pelo descumprimento de normas próprias relativamente à comercialização de GLP, trazendo-se, paralelamente, alegação de prescrição da pretensão punitiva estatal. A sentença, de improcedência, considerou hígida a autuação. 2. Tendo sido autuado por infração à legislação específica em 12.05.1997, o apelado apresentou defesa em 17.06.1997, houve despacho em 11.07.1997 e somente em 05.09.2002 foi proferida decisão para apresentação de alegações finais. 3. O legislador, ao enunciar que “incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho”, prestigia o princípio da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII). 4. Por “despacho” ou “julgamento”, há de se reputar o ato oficial que implique verdadeiro impulsionamento do processo a fim de se chegar a uma solução (decisão) final. “Os despachos são pronunciamentos meramente ordinatórios, que visam impulsionar o andamento do processo, sem solucionar a controvérsia” (STJ/T4, REsp 351.659/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Não faz suas vezes simples certidão ou movimentação física dentro da repartição administrativa. 5. Não tendo havido despacho ou decisão em três anos, de rigor reconhecer-se prescrita a pretensão punitiva da Administração, conforme disposto pelo art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.873/99. 6. Sentença reformada, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, conforme art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.873/99, com inversão do ônus da sucumbência. 7. Apelação provida.

(Apelação Cível 2007.34.00.016855-4 / DF. TRF1, Quinta Turma, Relator 2007.34.00.016855-4 / DF. Julgado em 09/03/2016. Publicado em 15/03/2016).

21. Parece-me, portanto, que as manifestações administrativas e judiciais que acolhem a tese da incidência da prescrição intercorrente na fase pré-processual são mais contundentes do que as interpretações que, a despeito da letra da lei, do princípio da eficiência administrativa e da segurança jurídica – que deve servir preponderantemente ao indivíduo- defendem o ponto de vista contrário.

22. Finalmente, há uma questão relevante, que entendo pertinente destacar. Tanto o Banco Central do Brasil quanto a Comissão de Valores Mobiliários (e também a SUSEP e o COAF) são órgãos que exercem atividades rotineiras de supervisão e fiscalização dos mercados e agentes sujeitos a sua regulação, próprias de suas atribuições institucionais.

23. Assim, embora os fundamentos aqui expostos evidenciem minha defesa enfática da possibilidade de incidência de prescrição intercorrente antes da instauração do processo administrativo, entendo que o prazo trienal só iniciará seu curso quando a atuação da do ente administrativo tiver claro conteúdo de apuração, que não deve se confundir com o exercício regular do poder de fiscalização e de supervisão que compete a essas entidades. Para o caso específico da CVM, a existência de um ato formal de instauração de inquérito (art. 3º da Deliberação 538/2008 e art. 8º da Instrução 607/2019) tende a tornar mais evidente que a atuação passou a dirigir-se à apuração de irregularidade.

2. EXISTÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO CRSFN NO SENTIDO DA NÃO INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA ETAPA PRÉ-PROCESSUAL

24. O Parecer PGFN, atenta e detalhadamente, apoiando-se em Nota Técnica da Secretaria Executiva deste Conselho, compilou os precedentes do CRSFN que adotaram o entendimento da impossibilidade da prescrição intercorrente na fase pré-processual (fase investigativa), a saber:

Recurso	Sessão de Julgamento	Votação da questão
Recurso 6.284	287ª – 29/07/2008	Unânime
Recurso 12.203	327ª – 31/05/2011	Unânime
Recurso 12.981	329ª – 26/07/2011	Unânime
Recurso 11.345	330ª – 30/08/2011	Majoria (6x2)

Recurso 11.710	330 ^a – 30/08/2011	Maioria (5x2)
Recurso 11.355	338 ^a – 16/04/2012	Unânime
Recurso 11.380	338 ^a – 16/04/2012	Unânime
Recurso 12.166	338 ^a – 16/04/2012	Unânime
Recurso 12.171	338 ^a – 16/04/2012	Unânime
Recurso 12.206	338 ^a – 16/04/2012	Unânime
Recurso 11.855	340 ^a – 12/06/2012	Unânime
Recurso 12.111	340 ^a – 12/06/2012	Unânime
Recurso 13.368	340 ^a – 12/06/2012	Unânime
Recurso 12.661	345 ^a – 25/11/2012	Unânime
Recurso 10.517	355 ^a – 31/07/2013	Unânime
Recurso 12.356	355 ^a – 31/07/2013	Maioria (7 x 1)
Recurso 12.799	355 ^a – 31/07/2013	Unânime
Recurso 12.786	358 ^a – 30/10/2013	Unânime
Recurso 12.072	358 ^a – 30/10/2013	Unânime
Recurso 11.411	375 ^a – 27/01/2015	Maioria (voto de qualidade)
Recurso 13.600 (processo 10372.000057/2016-18)	403 ^a – 27/06/2017	Maioria (5 x 3)

25. O Parecer também destaca 6 precedentes que enfrentaram expressamente (seja em *obiter dictum*, seja em tese) a tese da possibilidade de prescrição intercorrente na fase pré-processual (fase investigatória), registrando não existir qualquer precedente do CRSFN que, ao adotar essa tese, tenha efetivamente deliberado *in concreto* o arquivamento por incidência da prescrição intercorrente (Lei 9.873/99, art. 1º, §1º):

Recurso	Sessão de Julgamento	Votação da questão
Recurso 11.256	373 ^a – 25/11/2014	<i>obiter dictum</i>
Recurso 13.300 (10372.000570/2016-09)	388 ^a – 23/02/2016	votação conjunta-inocorrência de intercorrente <i>in concreto</i>
Recurso 7.543	389 ^a - 29/03/2016	<i>obiter dictum</i>
Recurso 13.414 (10372.000278/2016-88)	408 ^a – 21/11/2017	votação conjunta-inocorrência de intercorrente <i>in concreto</i>
Recurso 14.373 (10372.000437/2016-44)	413 ^a – 22/05/2018	votação conjunta-inocorrência de intercorrente <i>in concreto</i>
Recurso 14.400 (10372.000403/2016-50)	414 ^a – 26/06/2018	maioria (6 x 2) na admissão da intercorrente “em tese” -unânime na inocorrência da intercorrente <i>in concreto</i>

26. Há de ser reconhecida, diante desse histórico, a existência de jurisprudência dominante (art. 927, §3º do CPC) ou de orientação geral (art. 24 da LINDB) do CRSFN no sentido da não fluência da prescrição intercorrente na fase que antecede a instauração formal do processo administrativo, em que pese nem sempre os julgamentos tenham sido unânimes.

27. Dessa orientação geral que por muitos anos vigorou pacificamente, surgiu a legítima expectativa dos órgãos de primeira instância no sentido de que, ao conduzirem as apurações e inquéritos, antes de consumada a citação, deveriam monitorar unicamente o prazo da prescrição ordinária, mas não o da prescrição intercorrente.

3. DA MODULAÇÃO DE EFEITOS

28. Nos tópicos acima, expus meu entendimento no sentido de que a prescrição intercorrente flui durante a etapa pré-processual, admitindo, no entanto, que a orientação prevalecente nesse Colegiado firmou-se no sentido de que a prescrição intercorrente apenas incide após a instauração do processo administrativo pela citação dos acusados.

29. Há de se reconhecer assim, na esteira do Parecer PGFN, que estamos claramente diante de entendimento sedimentado, cuja superação há de ser feita segundo os limites e critérios ditados pela norma.

30. O novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, trouxe específica disciplina (art. 927) tratando da modificação de jurisprudência dominante ou pacificada, destacando a necessidade de motivação adequada e específica, introduzindo, no processo civil, a possibilidade expressa de modulação de efeitos da decisão, para preservar o interesse social e a segurança jurídica, técnica que já se adotava largamente no esfera do controle de constitucionalidade.

31. Pouco mais de 2 anos depois, a Lei n. 13.655, de 25/05/2018, promoveu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente para “*incluir disposições sobre segurança jurídica... na aplicação do direito público*”, introduzindo, desta feita também no campo do Direito Administrativo, o **dever** de prever regime de transição sobre nova interpretação de norma (art. 23) e a **vedação** a que, com base em mudança posterior de interpretação, se declarem inválidas situações plenamente constituídas (art. 24).

32. Essa coincidência temporal em que editadas as duas normas, a meu ver, constituem uma clara sinalização do legislador pelo enaltecimento do princípio da segurança jurídica - motivada por razões de ordem tanto econômica quanto social – que, pela edição de leis de larga aplicação e de observância geral, determinou a seu aplicador (i) que observe os entendimentos reiterados (b) que bem fundamente a decisão que superá-los (c) que explicita modulação/regime de transição para preservar a segurança jurídica e a proteção da confiança. Sobre essa confluência, observou-se:

Os arts. 23 e 24 tratam da modulação dos efeitos de certas decisões. Essas regras não são novas. Por primeiro, foram adotadas pela Suprema Corte como fruto de construção jurisprudencial. Depois, foram previstas em lei (Art. 27, da lei 9.868/99) e, mais recentemente, no Código de Processo Civil (art. 927, § 3º). A primeira, aplicável pelo STF no âmbito das ações de controle da constitucionalidade. A segunda, novidade do CPC, estendeu a modulação às questões infraconstitucionais em julgamentos perante os demais tribunais do país.

Agora, com a alteração da LINDB, deu-se um passo além. A modulação dos efeitos foi transportada para o âmbito do processo administrativo e para o dos processos judiciais de instâncias inferiores.

Ou seja, por razões de segurança jurídica, podem essas autoridades deliberar a modulação dos efeitos das decisões que correspondam a uma orientação que imponha um novo dever ou condicionamento de direito.

É intuitiva, portanto, a preocupação do legislador com a segurança das relações jurídicas estabelecidas, valor que se coloca em risco quando se decide por considerar irregular algum ato ou contrato considerado regular à época em que foi praticado ou celebrado. Com efeito, em ambiente civilizado, o que os agentes públicos e privados mais valorizam é a previsibilidade, como forma de evitar surpresas na atuação estatal. (Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. [Lei que alterou a LINDB criou balizas para a segurança jurídica de atos e decisões](#))

33. Dispõe a LINDB:

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

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

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

34. Sobre esses dispositivos, anota Theresa Arruda Alvim ([Um olhar sobre modulação a partir da Lei 13.655/2018](#)):

A redação dos seus dispositivos não é das mais claras. É, exageradamente, permeada de conceitos vagos, apresentando, portanto, a potencialidade de gerar profundas discrepâncias interpretativas.

Entretanto, nos artigos 23 e 24, a nova lei diz algo de extrema relevância e quanto à alteração de posição da jurisprudência. O artigo 23 estabelece que a decisão, a respeito do tema X, que adota orientação diferente daquela que vinha sendo adotada pelas decisões anteriores do mesmo órgão, deve conter, em si mesma, regime de transição quanto à incidência dos efeitos que dela decorrem, quando isso for indispensável para concretização do princípio da confiança e da segurança jurídica.

O artigo 23, cujo conteúdo foi resumido acima, usa expressões ambíguas e não usuais, ao menos na linguagem dos processualistas. Faz, também, uma distinção que seria dispensável: diz que a regra se aplica quando a nova interpretação recair sobre norma de “conteúdo indeterminado”. Provavelmente, o que o legislador quis dizer é que as normas que ensejam alterações interpretativas, cujos efeitos devem ser modulados, seriam apenas aquelas que contêm conceitos vagos. Todavia, sabe-se que a indeterminação dos conceitos envolve graus: quase todos os conceitos têm certa dose de vaguedade. Basta-se pensar na palavra “mãe”, que pode abranger a mãe natural, a mãe adotiva, a mãe biológica etc., dependendo do contexto em que se encontre. A nova regra, óbvia e evidentemente, não se aplica “apenas” aos casos em que as normas, cuja interpretação foi alterada, contenham conceitos vagos. O legislador, portanto, disse menos do que queria.

O artigo 24, por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser efetivamente atribuído ao instituto da modulação. Diz que, quando o Judiciário [ou a esfera administrativa] revê certo ato, contrato, ajuste etc., que tenha se completado à luz de “orientações gerais da época”, para se verificar da sua validade, devem-se levar em conta, como parâmetro, exatamente as orientações urgentes à época da ocorrência do ato, do contato etc., e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior.

No parágrafo único desse mesmo dispositivo, consta que estas “orientações gerais” compreendem a “jurisprudência judicial” [ou administrativa]. Parece-nos, portanto, que este dispositivo significa que, aquele que agiu reiteradamente com base em orientação pacificada dos tribunais, a respeito do sentido de certa norma jurídica, quando tem seus atos avaliados pelo Judiciário, quanto à sua validade, faz jus a que seja julgado à luz dos parâmetros existentes à época em que a conduta se realizou, ainda que a orientação deste mesmo tribunal tenha sido alterada.

Portanto, apesar dos sérios problemas de redação apresentados por esta lei, inclusive nos dois dispositivos aqui mencionados, a nosso ver, duas relevantes dimensões do instituto da modulação foram abarcadas pelos artigos 23 e 24: (i) tanto a possibilidade de que não se rescinda sentença proferida com base em orientação jurisprudencial superada, quando era esta a predominante na época da prática do ato ou da conduta sub judice; (ii) quanto a necessidade de que a regularidade dos atos ou das condutas das partes sejam avaliadas em conformidade com as normas jurídicas existentes à época em que praticados. Quando nos referimos, aqui, à norma jurídica, queremos significar a lei interpretada pelos tribunais, de acordo com a doutrina.

35. Com todas as ressalvas da articulista sobre os termos vagos e atécnicos empregados na LINDB, vejo suas disposições como perfeitamente aplicáveis à hipótese que se examina.

36. Estamos diante de decisão administrativa que pretende estabelecer *nova interpretação* sobre a norma do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99, que importará um *novo dever* - aos órgãos de origem para que monitorem o prazo da prescrição intercorrente antes da citação - e um *novo condicionamento do direito* de punir - a condição é que não haja paralisação do procedimento administrativo por prazo superior a 3 anos em qualquer de suas etapas. O suporte fático para a aplicação do art. 23, a meu ver, está completamente configurado. Assim, origina-se o dever de prever regime de transição, indispensável para que o novo dever seja cumprido sem prejuízo dos interesses gerais, que aqui se traduzem como o interesse à devida apuração e punição das infrações contra o sistema financeiro e o mercado de capitais, que são de inegável interesse social.

37. Também vejo como plenamente configurado o suporte fático para incidência do art. 24. O que se discute nesse julgamento é a *revisão, na esfera administrativa, da validade de ao e processo administrativo cuja produção se completou na vigência do entendimento anterior*, que é exatamente a tradução do caput desse artigo. O reconhecimento da prescrição intercorrente pela paralisação do feito antes da instauração do processo teria o efeito de declará-lo inválido para o fim a que se destina, isso é, para exercício da pretensão punitiva. O que se completou

na vigência da orientação anterior foi a etapa apuratória ou inquisitorial, concluída ao tempo em que vigia o entendimento tanto em primeira quanto em segunda instâncias de que não haveria, nessa etapa, a prescrição intercorrente.

38. Assim, quer pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, quer pela incidência dos artigos 23 e 24 da LINDB, além das disposições do Decreto n. 9.830/2019, parece-me inescapável a *necessidade* de prever a modulação de efeitos da decisão que, como a que defendo no presente caso, supera jurisprudência pacificada. A meu ver, nem mesmo se trata da faculdade, como pode fazer crer o art. 927 do §3º do CPC. Trata-se do cumprimento de uma exigência legal, como explica a doutrina reproduzida no item 99 do Parecer PGFN, com seus destaques [2]:

“(…)

*Cuida-se de um característico intrínseco à segurança jurídica. Nesse quadrante, Luciano Ferraz aponta que **duas principais diretrizes impostas ao Poder Público, com o desiderato de proteger a esfera jurídica dos administrados, em face dos efeitos produzidos pela retroatividade dos atos estatais, são, justamente: (i) a irretroatividade das leis e demais atos estatais, bem assim de interpretações já realizadas pelos órgãos administrativos e judiciais acerca da legislação aplicável; e (ii) o dever de o Estado dispor sobre regras transitórias em razão de alterações abruptas de regimes jurídicos setoriais** (v.g., ordem econômica, exercício profissional, servidores públicos).*

*Ambas as vertentes são disciplinadas pelos arts. 23 e 24 da Lei nº 13.655/2018, que ora se comentam. O primeiro dispositivo, como visto, **impõe o dever de o Poder Público instituir um regime de transição, que propicie que o particular possa se adaptar aos efeitos jurídicos produzidos pela nova interpretação. E o segundo, que ora se comenta, interdita que a interpretação retroaja para o efeito de servir à análise da validade de atos jurídicos**”.*

39. Ainda sobre a observância cogente dos dispositivos da LINDB, considero importante destacar, haja vista a interpretação que vem sendo dada por outros tribunais administrativos, que sua aplicação é ostensiva, não se limitando aos órgãos de controle[3]. Ora, a Lei n. 13.655/2018 alterou o Decreto-Lei 4.657/1942, nele incluindo novos dispositivos. Tratando-se da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*, designação dada pela Lei 12.376/2010 à antiga “Lei de Introdução ao Código Civil”, exatamente para explicitar o caráter de regra geral para a aplicação do direito em todos os seus campos, não me parece fazer qualquer sentido limitar sua eficácia aos órgãos de controle. Essa interpretação não resiste sequer ao confronto com a literalidade da norma, que diz:

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

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

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

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

40. Sobre a abrangência do âmbito de aplicação também anotou a PGFN, citando doutrina:

“100. Especificamente quanto ao art. 23 da LINDB (com a redação dada pela Lei 13.655/2018), cumpre destacar que, ainda segundo Floriano Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, seu âmbito de aplicação abrangeria “(...) *qualquer decisão exarada no âmbito do poder extroverso estatal que inove a interpretação ou orientação sobre outra norma de conteúdo indeterminado*”, devendo abranger não só as decisões (esferas judicial, administrativa ou de controle) que resolvam conflitos, mas também os atos administrativos de caráter normativo e integrativo: “*Decisão deve ser entendida como deliberação que produza efeitos jurídicos diretos e indiretos*”[4]. Para Itiberê Rodrigues, o referido normativo teria abrangência decisão administrativa como sinônimo da atuação típica da Administração Pública e de decisão judicial aquelas que apliquem direito público.”[5]

41. A PGFN, em que pese tenha indicado a necessidade de se adotar nos casos que examinam a incidência da prescrição intercorrente na fase pré-processual todas as cautelas determinadas pelo CPC e pela LINDB para modificação de jurisprudência pacificada, acabou, ao final, por considerar a impossibilidade de aplicar modulação de efeitos no caso concreto, sob o fundamento de que estaria excluído do âmbito de aplicação do art. 23 da LINDB o direito criminal, e de que o comando do art. 23 estaria limitado às mudanças de orientação que impliquem em agravamento da situação do administrado, o que não é o caso.

42. Quanto ao primeiro ponto, que trata da impossibilidade de modulação prospectiva em matéria penal quando o novo precedente seja favorável ao réu e por isso deva ser aplicado imediatamente por força da retroatividade da norma mais benéfica, acredito que a jovialidade das alterações promovidas na LINDB ainda demandará maior escrutínio judicial para corroborar esse ponto.

43. Todavia, em sede de controle de constitucionalidade difusa e concentrada, o STF teve não raras oportunidades de tratar do tema, lançando mão da modulação da decisão a fim de conservar atos processuais já praticados e situações cujo desfecho se deu na vigência de entendimento anterior.

44. Parodiando o Ministro Sepúlveda Pertence, *sem saber nadar, não me aventurarei nas águas procélicas* da interpretação constitucional, mas trago uma síntese de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que servem para ao menos indicar que não há de ser tão peremptória a impossibilidade de se adotar modulação na esfera penal.

45. O primeiro destaque é para a ADI 4414/AL (Rel. Ministro Luiz Fux), que examinou dispositivo de lei estadual que criou varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas, definiu o conceito de organização criminosa, instituiu mandato para magistrados de tais varas, estatuiu como regra o sigilo de inquéritos, cuja constitucionalidade foi questionada por alegadamente violar a competência da União sobre a matéria penal e processual penal, e por ofender os princípios constitucionais do juiz natural e da publicidade. O STF considerou nula por inconstitucionalidade apenas parte da norma, e modulou seus efeitos, consignando:

23. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente pelo Plenário para declarar a nulidade, com redução de texto, dos seguintes dispositivos e termos da Lei estadual de Alagoas no 6.806 de 2007: (a) as palavras “*todos indicados e nomeados pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, com aprovação do Pleno, para um período de dois (02) anos, podendo, a critério do Tribunal, ser renovado*”, no art. 2º; (b) o art. 5º, *caput* e seu parágrafo único; (c) o art. 7º e o art. 12, que violam o princípio do juiz natural ao permitir os poderes de avocação e de comissão; (d) o art. 8º; (e) o art. 9º, parágrafo único e respectivos incisos, bem como a expressão “*crime organizado, desde que cometido por mais de dois agentes, estabelecida a divisão de tarefas, ainda que incipiente, com perpetração caracterizada pela vinculação com os poderes constituídos, ou por posição de mando de um agente sobre os demais (hierarquia), praticados através do uso da violência física ou psíquica, fraude, extorsão, com resultados que traduzem significativo impacto junto à comunidade local ou regional, nacional ou internacional*”; (f) o art. 10; (g) os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 11, preservado o seu *caput*; (h) a expressão “*e procedimentos prévios*”, no art. 13.

24. Ação Direta de Inconstitucionalidade parcialmente procedente, ainda, para o fim de conferir interpretação conforme à Constituição: (a) ao art. 1º, de modo a estabelecer que os crimes de competência da 17ª Vara Criminal da Capital são aqueles praticados na forma do art. 1º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/01; (b) ao art. 3º, com o fito de impor a observância, pelo Presidente do Tribunal, na designação de juiz substituto, de critérios objetivos, apriorísticos e impessoais, nos termos do quanto decidido pela Corte nos autos do MS no 27.958/DF; (c) ao art. 9º, inciso I, para excluir da competência da Vara especializada o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida.

25. Modulação dos efeitos temporais da decisão, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, para que os dispositivos objurgados não produzam efeitos sobre os processos com sentenças já proferidas e sobre os atos processuais já praticados, ressalvados os recursos e *habeas corpus* pendentes que tenham como fundamento a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Estadual ora em exame, ressaltando-se, ainda, que os processos pendentes sem prolação de sentença devem ser assumidos por juízes designados com a observância dos critérios constitucionais, nos termos do presente aresto, fixado o prazo de noventa dias para o provimento dos cargos de juízes da 17ª Vara Criminal da Capital. (grifei)

46. O segundo caso destacável é o do HC 127.900/AM (Rel. Ministro Dias Toffoli), no qual se discutiu a aplicação, aos processos penais da justiça militar, da nova redação do art. 400 do CPP, dada pela Lei 11.719/08, que fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prática que, por ser benéfica à defesa, deveria prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei no 1.002/69. Esse entendimento já havia se firmado na Primeira Turma do Tribunal (HC 121.907/AM), mas não na Segunda, em que dominava o entendimento pela prevalência do regime penal militar, diante do princípio da especialidade (HC 122.673). A discussão foi elevada ao Pleno no julgamento do HC 127.900, que ratificou o entendimento da Primeira Turma, aplicando-se a modulação da decisão, nos seguintes termos:

“4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

5. Por ser mais benéfica (**lex mitior**) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei no 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal.

6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14.

7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.” (grifei)

47. O terceiro é o do HC 82.959-7/SP (Rel. Ministro Marco Aurélio). Após 16 anos afirmando constitucional a regra do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que estabelecia que a pena privativa de liberdade para crimes hediondos seria cumprida integralmente em regime fechado, o STF reviu seu posicionamento e declarou inconstitucional o dispositivo, por violar o princípio da individualização da pena. Conquanto a votação pela inconstitucionalidade tenha se dado por apertada maioria de 6x5, a declaração da irretroatividade dos efeitos da nova interpretação obteve votação unânime, assim ementada:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, §1º, DA LEI No 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, incidenter *tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos o ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. **O Tribunal, por votação unânime explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.** (grifei)

48. Com a alusão a todos esses precedentes, não pretendo traçar qualquer paralelo entre a disciplina da Lei 9.868/1999 e os artigos 23 e 24 da LINDB ou a nova disposição do CPC, até porque, repito, estaria nadando em águas tormentosas. O único propósito foi contestar a assertividade da afirmação de que em matéria penal não se admitiria a limitação de efeitos da decisão. Os precedentes citados, todos de matéria penal, adotaram modulação

para não apenas obstar sua retroação a processos já julgados, mas também para conservar atos processuais já praticados ou fases processuais já superadas. O paralelo que pretendo traçar aqui é o de que me parece possível - e necessário, diante do art. 24 da LINDB - construir regra de transição que se aplique apenas aos processos cuja etapa inquisitorial ainda não tenha se esgotado ou cuja paralisação tenha ocorrido antes da mudança de posicionamento pelo CRSFN. Essa, a meu ver, seria técnica semelhante à adotada pelo STF no julgamento dos precedentes anteriores, respaldada pelo art. 24 da LINDB e pelo art. 5º, §1º, do Decreto n. 9.830/2019, que vedam desconstituir tal ato/processo plenamente constituído com o fundamento em mudança posterior dessa orientação geral, conforme ressaltou o Parecer da PGFN.

49. Para a situação que o CRSFN tem diante de si, no entanto, talvez mais importante do que a digressão jurisprudencial sobre a possibilidade de modulação em matéria penal seja prospectar a natureza da Lei n. 9.873/99. A PGFN, enxergando raiz comum entre o direito penal e o direito administrativo sancionador (com o que concordo), parece entender que a referida norma possui natureza penal, e que por isso não comportaria modulação de efeitos pro futuro.

50. Entendo, contrariamente, que não: a Lei n. 9.873/99 não tem natureza de norma penal, e por isso sequer estaria sujeita ao princípio da retroatividade mais benéfica. E para alicerçar essa convicção, louvo-me dos precedentes judiciais que afastaram a aplicação retroativa (porque mais benéfica) da Lei 9.873/99 a processos que lhe eram anteriores, reconhecendo a impossibilidade declarar a prescrição intercorrente em processos paralisados por mais de 3 anos antes da edição da Lei. Vejamos, com meus destaques:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. MULTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. REGULARIDADE DAS INTIMAÇÕES. MOTIVAÇÃO. DIVERGÊNCIA DE PARECERES E JURISPRUDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NULIDADE. DESCABIMENTO. PREJUDICIAL DE MÉRITO AFASTADA.

I – Na espécie dos autos, não restou caracterizada a prescrição, uma vez que, à época da instauração do processo administrativo (25/03/1993), não havia regramento legal específico que dispusesse a respeito da prescrição da pretensão punitiva no caso de infrações à ordem econômica, sendo aplicável a regra geral do Código Civil. **Não há que se falar também, em face da irretroatividade da lei, na incidência da Lei nº 9.873/99, que estabelece prazo para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal.** De igual forma, não prospera a pretensa aplicação do prazo previsto no Decreto nº 20.910/32 ao caso dos autos, na medida em que tal diploma legal disciplina o prazo prescricional para a cobrança de dívidas passivas da União Federal. Prejudicial rejeitada.

II – Não prospera a alegação de nulidade do processo administrativo ante a comprovação de que houve a regular intimação da parte por meio de publicação no Diário Oficial da União. Ademais, afigura-se válida a decisão proferida em sede administrativa, que imputou ao recorrente multa por infração à ordem econômica, consistente em prática de concorrência desleal, uma vez que as opiniões de pareceres ou a existência de jurisprudência em determinado sentido não são vinculantes para o órgão julgador, que fundamentou de forma consistente sua decisão divergente.

III – Apelação desprovida. Sentença confirmada.

(APELAÇÃO CÍVEL NA AÇÃO ORDINÁRIA Nº 2004.34.00.010270-4/DF. Relator Desembargador Souza Prudente. TRF1, Quinta Turma. Julgado em 21/10/2015. DJU em 11/11/2015)

XXXXXXXXXX

ADMINISTRATIVO. MÁ GESTÃO. DECURSO DE TEMPO ENTRE A INFRAÇÃO E A APLICAÇÃO DA MULTA. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NA LEI 9.873/1999. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – DECRETO 20.910/1932.

1. Em obediência ao Princípio da Irretroatividade das Leis, não se mostra possível a aplicação da prescrição administrativa prevista na Lei 9.873, de 23/11/1999, uma vez que os fatos descritos no processo são anteriores à edição da mencionada Lei.

2. Em homenagem à regra da prescribibilidade, ausente previsão expressa sobre o assunto, a prescrição das ações judiciais em que a Fazenda Pública busca a cobrança de multa administrativa ocorre em cinco anos, nos moldes do art. 1º do Decreto 20.910/1932 (princípio da simetria). Precedentes.

3. Apelação do Banco Central a que se nega provimento.

(TRF1, 8ª turma, Rel para o acórdão Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, maioria, julgado em 28/09/2007)

XXXXXXXXXX

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN. PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CONTRATOS DE CÂMBIO. FRAUDE. SANÇÃO. MULTA. DEZESSEIS MILHÕES DE DÓLARES. LEI 4.131, DE 1962, ART. 23, § 2º.

‘[...] Inocorrência da prescrição intercorrente, no processo administrativo em estudo. Inaplicabilidade da Lei 9.873, de 1999, a fatos anteriores à sua publicação e a da medida provisória que a originou [...]’.”

(AC 2000.34.00.029459-3/DF, Des. Tourinho Neto. Julgado em 27/04/2003. DJ 30/08/2004, p. 97.)

51. Outro fator relevante favorável à modulação de efeitos ainda que em tema complexo como a prescrição é o precedente do próprio STF, que aplicou o overruling, isto é, a eficácia prospectiva da decisão em caso de superação de precedente em processo que tratava da aplicação de prazos prescricionais. Extraí-se da nota de rodapé 29 do Parecer PGFN:

(...) no ARE 709.212/DF (Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 13/11/2014), superou-se o entendimento anterior de que a prescrição do FGTS seria trintenária para se afirmar que esse prazo seria quinquenal, mas esse novo entendimento só seria aplicável aos lapsos prescricionais iniciados após a data do referido julgamento (para os prazos prescricionais já em curso, dever-se-ia aplicar o que ocorresse primeiro: 30 anos contados do termo inicial ou 5 anos a partir do citado julgamento). Essa mesma questão da prescrição do FGTS foi novamente objeto do RE 522.897/DF (Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 16/03/2017) quando se definiu um novo critério de modulação: o novo entendimento da prescrição quinquenal só seria aplicável aos processos ajuizados após o referido julgamento.

52. E sobre a impossibilidade de aplicação retroativa de nova regra de contagem de prazo prescricional, também já se manifestou o STF (ARE 951.533, Rel para o acórdão Ministro Toffoli):

"Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, urge reconhecer-se eficácia à iniciativa tempestiva tomada por seu titular nesse sentido, pois isso é resguardado pela proteção à confiança. 3. **Impossibilidade de aplicação retroativa de nova regra de contagem de prazo prescricional às pretensões já ajuizadas e em curso, por força do primado da segurança jurídica.** 4. Agravo regimental provido para, conhecendo-se do agravo no recurso extraordinário, dar-se provimento ao apelo extremo, a fim de se restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região."

53. E por último, favoravelmente à adoção da modulação, temos a constatação do parecer PGFN de que não há impeditivo à modulação em favor do poder público. Diz a PGFN, com suporte na doutrina [6]:

“Enfim, são levantados diversos argumentos para sustentar o posicionamento de que não é possível a utilização da modulação de efeitos em favor dos entes estatais.

Nenhum dos fundamentos apontados acima é uma justificativa plausível para impedir a modulação da eficácia temporal dos precedentes em favor dos entes públicos. Foi destacado, no primário capítulo (tópico 1.3.2.1), a inadequação tanto da afirmativa de que os entes públicos não podem ser sujeitos ativos da segurança jurídica e também acerca da titularidade dos direitos fundamentais. Tudo se resolve sob o prisma do suporte fático. Se, em determinado caso, o ente público preenche os requisitos para a aquisição de determinado direito fundamental, é inegável que ele poderá requerer a sua tutela jurisdicional.

Quanto à impossibilidade de proteção do ente estatal pelo princípio da proteção da confiança, no segundo capítulo, já houve o debate sobre esse tema para demonstrar que essa não é, de forma alguma, uma característica dessa norma jurídica. Ele apenas tem relação com o fato de que, em situações de desigualdade, a parte prevalente tem o domínio da relação jurídica e, por isso, em geral, não teria uma confiança legítima a ser tutelada.

Muito embora não se admita nesse trabalho a utilização do princípio da irretroatividade das leis para utilização na modulação de efeitos, é relevante debater a fundamentação apresentada pela tributarista Misabel Derzi. O raciocínio por ela utilizado, a partir do entendimento do STF, não é adequado. O raciocínio da súmula é aplicável no plano legislativo, porque o domínio da situação é completo por parte do ente estatal. A ele cabe produzir, de forma unilateral, os textos legais. A proteção da

confiança tem por objetivo tutelar alguém que seja surpreendido, “em sentido negativo, pelo comportamento de outra pessoa”. No caso da legislação, esta é criada pelo próprio ente público. Não seria possível a alegação de que foi surpreendido por uma aplicação retroativa, pois ela teria domínio sobre a relação jurídica criada.

No caso da modulação de efeitos perante o Poder Judiciário, a situação é diversa. A base para a utilização da segurança jurídica não é o texto normativo editado pelo ente público, mas sim uma decisão que aponta a interpretação a ser adotada pelos jurisdicionados e que foi adotada pelo Poder Judiciário. Ao requerer a proteção da confiança legítima em caso de superação daquele entendimento, a base da confiança utilizada pelo ente público não é o texto normativo, mas o posicionamento jurisprudencial. Inexiste uma relação de causalidade entre o seu comportamento e a mudança ocorrida. Há, inequivocamente, uma surpresa para o ente estatal, que confiou no sentido do posicionamento jurisprudencial para adotar suas condutas”. (grifos da PGFN).

54. E arremata a PGFN, *sob o prisma do suporte fático*, demonstrando que, no caso, a proteção da confiança deveria tutelar a justa expectativa dos entes que conduziram suas atividades fiando-se na tradicional interpretação do CRSFN:

“115. Ou seja, do mesmo modo como pode ocorrer no exemplo acima (modulação a favor de ente público perante o Judiciário), Banco Central, CVM e COAF não tinha domínio da relação jurídica ora em debate (entendimento do CRSFN no sentido de descabimento de prescrição intercorrente na fase investigatória). Confiaram e se orientaram no sentido da tradicional jurisprudência do CRSFN nesse ponto e, justamente por isso, têm legítima confiança a ser tutelada. Como bem sumariado por Ravi Peixoto [Z]:

“A injustiça pela não modulação quando há violação da confiança legítima e da segurança jurídica atingem igualmente as esferas jurídicas de particulares e do poder público. Não há aqui um suposto menor prejuízo ao poder público, inclusive porque uma perda financeira do poder público acaba por atingir indiretamente todos os cidadãos.”

55. Nesse ponto, entendo irretocável o parecer. No desenho institucional vigente, em que a segunda instância recursal é exercida pelo CRSFN, ente diverso daquele que conduz o processo originário, as mudanças de entendimento do Conselho podem representar, inequivocamente, uma surpresa para entes de primeira instância que confiaram no posicionamento jurisprudencial tradicional deste Colegiado ao conduzir a etapa pré-processual mirando exclusivamente o prazo da prescrição ordinária.

56. Ainda sobre esse ponto, importa reconhecer que, *sob o prisma do suporte fático*, o pêndulo da proteção à confiança aponta para os órgãos de supervisão, e não para o administrado, pois para ele nunca foi gerada legítima expectativa de ver declarada a prescrição intercorrente antes da instauração do processo administrativo pelo Banco Central, pela CVM ou pelo CRSFN, uma vez que essa interpretação jamais havia encontrado ressonância. E assim sendo, a proteção da confiança deverá resguardar as situações já materializadas que se consumaram na vigência da interpretação anterior, não apenas por exigência do princípio da segurança jurídica, mas também pela preponderância do interesse público a que servem os órgãos supervisores na apuração das infrações contra o SFN e o mercado de capitais. E é exatamente nas situações que demandam a preservação da segurança jurídica e do interesse “social” ou “geral” que tanto o §3º do art. 927 do CPC quanto o art. 23 da LINDB impõem ao julgador a modulação de efeitos da decisão que alterar entendimento dominante.

57. Por todos esses fundamentos, entendo que o CRSFN, ao firmar novo entendimento declarando a incidência da prescrição intercorrente quando a paralisação ocorrer antes da instauração do processo administrativo, **não só pode, como deve**, estabelecer modulação/regra de transição prevendo que o novo entendimento não alcançará os processos administrativos cuja etapa apuratória tenha se encerrado sob a vigência do entendimento anterior. Mais uma vez, cito Thereza Arruda Alvim:

Se se quer, realmente, prestigiar o princípio da confiança e da segurança jurídica, a modulação é instrumento que se presta a fazê-lo de forma extremamente satisfatória. (...)

Com a modulação, entretanto, pode-se fazer mais. Não se trata de instituto cuja função é, apenas, a de evitar rescisórias. A modulação é porta aberta para que se estabeleça que a alteração de posição adotada por certo tribunal venha a atingir apenas os processos derivados de fatos que ocorreram já à luz do novo entendimento.

Assim, se evita o indesejável efeito retroativo da mudança da jurisprudência nos casos em que haja valores que recomendem que a situação anterior seja mantida.

4. REGRA DE TRANSIÇÃO

58. No julgamento do recurso 10372.00380/2016-83 na 440ª sessão, em que prevaleceu, por maioria de votos, a tese da incidência da prescrição intercorrente na fase pré-processual, diante de todos os fundamentos que expus até aqui, apresentei para a deliberação do Colegiado, mediante voto vista proferido naquele recurso, proposta de regra de transição para aplicação da nova interpretação do CRSFN sobre o art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99 nos seguintes termos:

A nova interpretação do CRSFN acerca da incidência do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99 à etapa pré-processual se aplicará a processos em que se verificar, antes da citação dos acusados, intervalo igual ou superior a 3 anos entre a prática de atos subsequentes de movimentação processual, apenas quando o termo final da prescrição intercorrente, isto é, o dia em que se completarem os 3 anos de paralisação for posterior à data em que a publicação do acórdão que consubstanciou o novo entendimento do CRSFN tiver completado um ano.

59. Para o presente caso, cujo julgamento se iniciou também na sessão 440, entendo que deva ser aplicada a mesma regra de transição já aprovada pelo Conselho, pelos fundamentos que apresentei no voto vista no recurso 10372.00380/2016-83, que reprovou a seguir, *in verbis*:

"61. A decisão que externa nova interpretação de norma, superando orientação geral ou jurisprudência reiterada, exige a satisfação de ônus argumentativo específico, em observância ao Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou os artigos da LINDB incluídos pela Lei n. 13.655/2018. A PGFN ressalta adicionalmente a necessidade de que sejam demonstrados os motivos e fundamentos pelos quais o novo entendimento seria melhor ou mais adequado que o anterior, para atender o art. 927, §4º do novo CPC. A essa tarefa me dedicarei neste capítulo.

62. A despeito de entender que a LINDB contém disciplina exaustiva e suficiente sobre a superação de precedentes e adoção de modulação/regime de transição, sendo desnecessário recorrer subsidiariamente às disposições do CPC, não me furtarei a atender ao ônus argumentativo da norma processual, embora seja até indelicado com a hermenêutica afirmar que uma interpretação é "melhor" do que outra. Para suavizar a blasfêmia, recorrerei à erudição de Larenz[8], citado no inspirador voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 82.959/SP, muito embora aqui não estejamos questionando a constitucionalidade da norma inscrita no art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99:

"O preciso momento em que deixou de ser 'correcta' é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um 'tempo intermédio' podem ser 'plausíveis' ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição."

63. A prescrição intercorrente assume relevância na persecução processual do Estado em face do indivíduo, a quem a Constituição assegura, inclusive como direito fundamental, a razoável duração do processo, como já pronunciado pelo STJ:

"1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.'

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade." (Recurso Especial no 1.138.206, apreciado em sede de Recurso Repetitivo. Relator o Min. Luiz Fux)

64. A exposição de motivos da MP nº 1.708, de 30 de junho de 1998, posteriormente convertida na Lei 9.873/99, já trazia como justificativa de relevância a necessidade de não submeter os administrados a

embaraços decorrentes da prolongada exposição ao *jus puniendi* da Administração. Assim, consignava:

"A presente proposta contém sugestão de edição de Medida Provisória disciplinando a chamada prescrição administrativa no âmbito do Poder Público Federal.

A previsão de prescrição no âmbito administrativo tem por objetivo dar fim aos embaraços a que são submetidos os administrados quando, em razão da ausência de norma legal que preveja a extinção do direito de punir do Estado, são indiciados em inquéritos e processos administrativos iniciados muitos anos após a prática de atos reputados ilícitos.

Neste sentido, com as regras que hora são apresentadas a Vossa Excelência, será possível promover a estabilidade das relações jurídicas, na medida em que passam a ser previstos prazos prescricionais que irão delimitar a ação do Estado na apuração e repressão de ilícitos administrativos."

65. Conquanto possa ser interrompida por qualquer ato de movimentação necessária, sucessivas vezes ao longo de qualquer etapa processual, é a prescrição intercorrente que poderá coibir a atuação disciplicente da Administração Pública que deixe dormir o processo, sem qualquer impulso, por mais de 3 anos.

66. Não se ignora que a carência de recursos humanos e materiais torne árdua a tarefa da Administração de impulsionar tempestivamente os procedimentos apuratórios. Mas há de se reconhecer que, mesmo na condição de investigado ou indiciado - e não apenas quando formalmente acusado ou "processado"-, o indivíduo já estará sob constrangimento e sofrerá a angústia de ver um desfecho para sua situação. Para as pessoas jurídicas, o constrangimento pode representar grandes perdas, financeiras e reputacionais, especialmente quando estão obrigadas a reportar ou registrar em documentos públicos ou publicizáveis o fato de estarem sob investigação, em qualquer etapa. E para isso a Constituição assegura *a todos* a duração razoável do processo, cuja concretização depende de que o procedimento administrativo esteja em constante evolução, destinada a sua conclusão. A prescrição intercorrente é então o mecanismo que estimula a agilidade do poder público, sob pena de que venha a perder o poder de punir.

67. Mas não é apenas para a proteção do administrado que se volta a prescrição intercorrente. É também para a proteção do interesse público tutelado pelo processo sancionador. A gravidade de determinadas infrações administrativas tem sido reconhecida pelo legislador, que tem instituído penalidades cada vez mais graves para seu cometimento. Assim é que as legislações mais recentes, como a 12.529/2011 e a 13.506/2017 têm a previsão de patamares de multa que alcançam até 2 bilhões de reais. O dinamismo das relações e das operações no universo econômico-financeiro exigem atuação cada vez mais ágil do fiscalizador, para possibilitar a tempestiva coleta e identificação de provas e indícios, e a constrição dos potenciais efeitos deletérios da irregularidade. Muitas vezes, para o tipo de irregularidade que não se comete à luz do dia, é apenas na etapa inquisitorial conduzida sob sigilo que determinadas provas podem ser produzidas. Assim, sob o ponto de vista do êxito da instrução probatória, não me parece fazer qualquer sentido que se aplique o gatilho da prescrição intercorrente para conferir agilidade à etapa posterior à citação, mas não à etapa anterior.

68. Para esses desideratos - assegurar a duração razoável do processo e resguardar o interesse público pela devida e tempestiva apuração das infrações administrativas -, é que se deve garantir a impulsão constante do processo em qualquer etapa, observando o prazo de prescrição intercorrente, pois é ela que contribui para fulminar a concepção da prestação jurisdicional-administrativa eterna, por meio de um processo que não tenha fim.

69. É assim que justifico que o entendimento aqui defendido, de que a prescrição intercorrente incide também antes da citação, é mais adequado do que o entendimento anterior predominante no CRSFN.

70. Avançando agora à fundamentação exigida pelo Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou a LINDB, é necessário primeiramente identificar qual dos dispositivos incide sober a hipótese em exame.^[9]

71. O art. 4º trata da decisão que decreta a invalidação de processo. Por tudo o que expus nos tópicos anteriores, e diante da dicção do art. 5º, §1º que *veda a declaração de invalidade de situação plenamente constituída devido à mudança posterior de orientação geral*, entendo que não é o caso de

se declarar inválido o presente processo, haja vista que a etapa apuratória anterior à citação foi concluída na vigência do entendimento consolidado pelo CRSFN pela não fluência de prescrição intercorrente nessa etapa. Assim, não considero que seja hipótese de aplicação do caput do art.4º.

72. O caput do art. 5º, aparentemente, constitui apenas uma particularização da regra geral insculpida no art. 4º, que é a invalidação por mudança de orientação geral. Pelas mesmas razões acima, não considero aplicável o caput do art. 5º porque a conclusão do presente voto é pela validade do processo, em que pese a mudança de orientação, e não por sua invalidade.

73. O art. 6º é o que me parece incidir sobre o caso, pois o que se está a defender é nesse voto é o estabelecimento de nova interpretação sobre norma, que imporá novo dever e novo condicionamento de direito. Diz a norma:

Motivação e decisão na nova interpretação de norma de conteúdo indeterminado

Art. 6º A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§1º A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

§2º A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§3º Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.

Regime de transição

Art. 7º Quando cabível, o regime de transição preverá:

I - os órgãos e as entidades da administração pública e os terceiros destinatários;

II - as medidas administrativas a serem adotadas para adequação à interpretação ou à nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado; e

III - o prazo e o modo para que o novo dever ou novo condicionamento de direito seja cumprido.

74. Para propor regime de transição atendendo ao ônus argumentativo estabelecido pelos 2º, art. 3º ou art. 4º, nos termos exigidos pelo §1º do art. 6º, resta-me indicar (i) as consequências práticas da decisão e (ii) a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

75. Sobre esse tópico - e afirmo de que se possa cotejar a razoabilidade e proporcionalidade da alternativa proposta - considero relevante reproduzir parte das manifestações dos entes de primeira instância, coligidas a partir da diligência promovida pelo CRSFN para atender o requisito da "não surpresa", exigido pelo CPC para superação de precedentes.

76. O Banco Central do Brasil manifestou-se por meio de sua Procuradoria, que exarou o Parecer Jurídico 430/2019-BCB/PGBC, que consigna:

"54. Como visto, existe em pleno funcionamento uma complexa malha de procedimentos de supervisão no BCB, que foram elaborados e são executados levando-se em conta a orientação, até há pouco, pacífica do CRSFN. Não é nem sequer possível avaliar, nesse estágio, qual o impacto a retrospecção dos efeitos causaria nas medidas de controle de riscos do SFN. Portanto, além de imponderáveis, poderiam ser agravados pelas características estruturais desse setor, sensível a impactos que se propagam sistemicamente. Nesse sentido, também se manifestou o componente técnico desta Autarquia, conforme itens 16 e 17 do documento anexo.

55. A impossibilidade de se avaliar, de antemão, as consequências na nova interpretação – de que se inferem, ainda, os reflexos do interesse público – recomenda, se for o caso, a

mitigação dos efeitos do julgamento do incidente suscitado pelo CRSFN, nos termos do art. 7º, III, do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019³¹, e do art. 23 do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB), razão por que se postula a fixação de marco temporal prospectivo para os efeitos de eventual decisão desfavorável ao serviço de fiscalização. Considera-se necessário por isso, e nesse caso, que sejam postergados para prazo razoável, além da data de publicação do acórdão que, eventualmente, forme o novo precedente do órgão recursal de segunda instância, dando chance a que os impactos sejam mapeados, a ponto de se implementar algum tipo de reparo de contenção. A título de sugestão: propõe-se que o prazo da prescrição intercorrente passe a correr, por inteiro, a partir da publicação do aludido acórdão, possibilitando a tomada das medidas administrativas cabíveis."

77. Da mesma forma, a Comissão de Valores Mobiliários se manifestou por meio do PARECER N. 00003/2019/PFE-CVM/PFE-CVM/PGF/AGU, propugnando que "caso a jurisprudência do CRSFN seja modificada, no sentido de aplicar o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99 também à fase pré-processual administrativa sancionadora, que seus efeitos sejam modulados, para que atinjam os procedimentos que se iniciarem após a data em que for publicada a decisão que criar a nova jurisprudência".

78. Iniciando pela perspectiva consequencialista, a confirmação do entendimento do CRSFN no sentido da aplicação do art. 1º, §1º, da Lei nº 9.873/99 também à fase pré-processual administrativa sancionadora importará necessidade de que se dê andamento aos procedimentos administrativos, também antes da citação, de modo que entre os atos de movimentação não decorra prazo superior a 3 anos.

79. A aplicação retroativa desse entendimento teria como consequência obstar a punição das infrações apuradas nos recursos administrativos ainda pendentes de julgamento em que se verificasse, na esfera recursal, intervalo superior a 3 anos entre a prática de 2 atos e de movimentação, frustrando não apenas a proteção à confiança dos órgãos de primeira instância que se fiaram na interpretação então vigente, como também o interesse público na punição das irregularidades.

80. Sua aplicação imediata tumultuaria a atividade persecutória dos órgãos de primeira instância, que teriam de adotar providências apressadas para a movimentação de procedimentos administrativos nos quais a citação ainda não tenha se efetivado, não se podendo dimensionar, nessa etapa, o impacto lesivo sobre os procedimentos em curso e sobre a atividade de supervisão. Também aqui, pelas mesmas razões, a proteção à confiança e o interesse público estariam desamparados.

81. A adoção de regra de transição, com a fixação de marco temporal prospectivo, é a única opção que, a meu ver, resguarda a proteção da confiança e o interesse público, e atende a dicção art. 5º, §1º do Decreto 9.830/2019.

82. A proposta da CVM e do Banco Central de que o novo entendimento seja aplicado apenas a procedimentos que se *iniciarem* após a data da publicação da decisão que confirmar o novo entendimento, a meu ver, não atende o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, na medida em que retira a efetividade da nova orientação, cujo objetivo é dar maior concretude ao princípio da duração razoável do processo, fomentando uma atuação mais ágil da Administração.

83. Por outro lado, a fixação de prazo inferior a um ano, contado a partir da publicação da decisão que confirmar o novo entendimento, poderia ser insuficiente para que fossem adotadas quaisquer providências de movimentação nos procedimentos em curso, a fim de que futuros recursos submetidos ao CRSFN não sejam atingidos pela nova interpretação.

84. Assim, conjugando as necessidades de dar efetividade ao novo entendimento do CRSFN e de garantir tempo suficiente para que sejam adotadas as medidas necessárias nos procedimentos já em curso, voto no sentido que seja adotada seguinte regra de transição:

A nova interpretação do CRSFN acerca da incidência do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99 à etapa pré-processual se aplicará a processos em que se verificar, antes da citação dos acusados, intervalo igual ou superior a 3 anos entre a prática de atos subsequentes de movimentação processual, apenas quando o termo final da prescrição intercorrente, isto é, o dia em que se completarem os 3 anos de paralisação for posterior à data em que a publicação do acórdão que consubstanciou o novo entendimento do CRSFN tiver completado um ano.

85. Vale dizer que, prevalecendo o novo entendimento, este deverá ser adotado pelo CRSFN, a fim de declarar a prescrição intercorrente fulminando o processo administrativo em julgamento, sempre que os 3 anos de paralisação na fase pré-processual se consumarem após um ano da publicação do citado acórdão.

86. Exemplifico, para tentar conferir a maior clareza possível à regra de transição aqui proposta: considerando, hipoteticamente, que a publicação do acórdão paradigma para definir o novo posicionamento se dê em 30 de setembro de 2020, será declarada a prescrição intercorrente nos recursos apreciados pelo CRSFN quando a paralisação de 3 anos nas etapas que antecederem a citação se consumir após 30 de setembro de 2021. Para a paralisação que se consumir até 30 de setembro de 2021, incidirá o entendimento até então dominante, de não fluência da prescrição intercorrente na etapa pré-processual, não se declarando a prescrição no processo respectivo.

87. Tal regra de transição valerá apenas para as paralisações observadas na etapa pré-processual, isto é, que anteceder a citação válida. Instaurado o processo, valerá a orientação pacificada no sentido da incidência da prescrição intercorrente no processo sancionador instaurado.

88. Não menos importante, entendo relevante reafirmar o entendimento de que a prescrição intercorrente é interrompida por qualquer ato ou movimentação necessário ao curso do procedimento, e não apenas diante das hipóteses previstas no art. 2º da Lei n. 9.873/99.

89. A fim de cumprir os comandos do art. 7º do Decreto 9.830/2019, há de se assinalar que a regra de transição se destina a todos os órgãos e entes da Administração Pública que tenham processos administrativos sancionadores julgados, em segunda instância, pelo CRSFN, aos quais se recomenda atentar para a necessidade de movimentação dos procedimentos que estejam na fase pré-processual, bem como diligenciar para que os autos processuais estejam instruídos com todos os documentos e registros que permitam ao julgador de segunda instância aferir a inexistência de paralisação.

90. Pode-se discutir, quanto à eficácia desta decisão, que um dos limitadores a que o CRSFN lance mão dessa regra de transição é o fato de que suas decisões não vinculam as instâncias de origem, o que se mostra absolutamente verdadeiro. Ainda assim, considero que esse deve ser o modelo de sinalização do CRSFN sobre a partir de quando poderá decidir efetivamente de acordo com seu novo entendimento, caso prevalecente."

60. Assim voto por reconhecer a paralisação superior a 3 anos durante a etapa pré-processual no presente caso, deixando de declarar a ocorrência da prescrição intercorrente pela aplicação da seguinte regra de transição, aprovada por unanimidade pelo Colegiado no julgamento do recurso 10372.00380/2016-83: A nova interpretação do CRSFN acerca da incidência do art. 1º, §1º, da Lei n. 9.873/99 à etapa pré-processual se aplicará a processos em que se verificar, antes da citação dos acusados, intervalo igual ou superior a 3 anos entre a prática de atos subsequentes de movimentação processual, apenas quando o termo final da prescrição intercorrente, isto é, o dia em que se completarem os 3 anos de paralisação for posterior à data em que a publicação do acórdão que consubstanciou o novo entendimento do CRSFN tiver completado um ano.

61. No mérito, acompanho o voto divergente proferido pelo Conselheiro Pedro Frade, no sentido de dar provimento parcial aos recursos, reduzindo a penalidade de multa aplicada ao recorrente Germinal Pocá de R\$300.000,00 (trezentos mil reais) para R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e convolvando a penalidade de multa aplicada aos demais recorrentes para advertência.

É como voto.

Ana Maria Melo Netto Oliveira – Conselheira

[1] Na lição de Egon Bockman Moreira:

“Cremos que eventual diferenciação entre processo e procedimento não reside na litigiosidade e/ou caráter acusatório da sequência de atos a ser praticada pela Administração. Tal somente seria possível caso houvesse disciplina de direito positivo assim o definindo. Defendemos a ideia paralela à do direito processual (teoria geral, civil e penal) – a de que o termo ‘processo’ requer a existência de relação jurídica própria e o termo

‘procedimento’ designa unicamente a sequência de atos nela contida. Isso, em face do direito administrativo, pode ser concebido da seguinte forma: há duas espécies de exercício das atividades administrativas, expressadas em duas locuções, pertinentes a um mesmo regime jurídico-administrativo: ‘função administrativa’ e ‘relação jurídico administrativa’. Não são termos opostos, mas continente e conteúdo (parcial). A função administrativa pode ser exercitada pontual e internamente à Administração, mas a relação jurídico administrativa é caracterizada pela conexão natural que existe entre dois ou mais sujeitos (públicos e privados). Ora, se o termo ‘processo’ designa inequivocamente uma relação jurídica, sempre que houver tal relação haverá processo. Caso contrário é exercício natural da função administrativa.” (Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.874/1999. Malheiros, 3ª edição, 2007, pág. 51)

[2] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 90.

[3] O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), analisando questão de ordem nos Acórdãos 9202-006.996, 9202-007.145, 1401-003.017 e 1401-002.292, afastou a aplicação do art. 24 aos processos administrativos fiscais, sob o argumento de que a LINDB seria dirigida apenas ao administrador público e aos órgãos de controle.

[4] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 76.

[5] RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Comentários ao art. 23. In DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (coord.). Segurança Jurídica na Aplicação do Direito Público: Comentários à Lei 13.655/2018. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 100-101 e 102.

[6] PEIXOTO, Ravi. Superação de Precedente e Segurança Jurídica. 3ª ed. rev. amp. at., Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 394-395.

[7] PEIXOTO, Ravi. Superação de Precedente e Segurança Jurídica. 3ª ed. rev. amp. at., Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 396.

[8] Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito, 3a. Edição, Lisboa, 1997.

[9] A Exposição de Motivos Interministerial do Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, auxilia a compreensão de sua finalidade. Colaciono o trecho que se relaciona ao tema em discussão nesse processo:

"A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que inclui os artigos 20 a 30 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), foi pensada para dar segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. A proposta de minuta de Decreto para regulamentá-la - apresentada a seguir - foi pensada primeiramente a partir da premissa de que os novos artigos 20 a 30 que foram incorporados à LINDB por esta lei são eminentemente principiológicos, o que, de resto, é a linha da própria lei onde foram inseridos. Ou seja, tratam-se de dispositivos naturalmente repletos de conceitos jurídicos indeterminados, o que demandará, por anos, uma natural e desejável discussão hermenêutica que irá conformar a lei aos princípios constitucionais, notadamente aos princípios da Administração Pública. A definição, pelo Poder Executivo, dos conceitos jurídicos indeterminados presentes expressamente na referida lei irá facilitar sua aplicação pelos órgãos, entidades e agentes da Administração Direta e Indireta e irá, sem dúvida, ajudar na condução das futuras interpretações sobre a lei que serão feitas pelos demais Poderes e Entes da Federação.

A proposta de Decreto ora apresentada é fruto de um trabalho inicial feito pela Controladoria-Geral da União e que foi lapidado e melhorado pela Advocacia-Geral da União, pelo extinto Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Casa Civil da Presidência da República. Tal minuta busca trazer, ao longo do seu texto, interpretações e aplicações claras dos dispositivos da nova lei (respeitando seus conteúdos principiológicos), de molde a deixar evidente que o Poder Executivo não admitirá afronta ao princípio da moralidade administrativa.

Nesta linha, a minuta de decreto ora apresentada, ao regulamentar os novos dispositivos inseridos na LINDB, buscou superar as várias críticas que foram feitas a ela pelo Ministério Público, Tribunal de Contas da União e diversos autores que escreveram sobre ela, deixando claro que os medos ali apresentados não se concretizarão. Esta estratégia pareceu muito importante, pois evitará que os argumentos levantados pelos críticos das mudanças na lei sejam acatados pelo Poder Judiciário face ao fato de o Poder Executivo já os ter enfrentado em decreto regulamentar, preservando uma norma jurídica que poderá fazer muito bem à eficiência da Administração Pública.

A minuta ora apresentada também procurou atender ao que estava previsto originalmente nos dispositivos que foram vetados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, corrigindo, evidentemente, os excessos e

equivocos que justificaram os vetos (sem, é claro, desbordar do texto da lei sancionada). Mesmo porque muitas das ideias ali contidas eram boas e necessárias e só foram integralmente vetadas em razão da impossibilidade legal de realizar vetos parciais em dispositivos de lei.

Fique claro, noutro giro, que a presente minuta, s.m.j., não contém nenhum dispositivo que desborde das alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 na LINDB ou que não esteja embasado em outra lei ou numa interpretação da Constituição conforme o princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade.

Cumprir destacar que alguns conceitos como o de interesse geral, valores jurídicos abstratos, dolo e culpa não foram aqui tratados para que possam ser melhor desenvolvidos. (...)

Primeiramente a minuta procurou ser didática e facilitar a interpretação e aplicação da legislação. Assim, ela se apresenta com diversas subdivisões que buscam abarcar todo o conteúdo da lei. A distribuição topográfica dos artigos apresenta uma estrutura em que, após se delimitar o escopo do decreto, surge o Capítulo II, que contém os artigos sobre a decisão, com explicitação do conteúdo da lei em relação à motivação das decisões, requisito que os agentes públicos decisores precisam observar com rigor. Neste Capítulo, há uma seção geral sobre a motivação das decisões, na qual acabamos por inserir aquilo que a boa doutrina e a jurisprudência falam sobre o que deve conter uma boa motivação e também parâmetros para a avaliação da decisão, para que se possa dar segurança ao gestor de que, se cumprir aquelas orientações, não precisará temer reprimendas.

Depois temos uma seção sobre a motivação das decisões baseadas em valores jurídicos abstratos. Este ponto é muito caro ao legislador, o qual pretendeu que decisões baseadas em princípios, muito mais do que decisões baseadas em meras regras objetivas, devem ser não apenas fundamentadas, mas deve ser demonstrado que foram levadas em conta na decisão as suas consequências práticas.

A terceira seção trata da motivação de decisões que invalidam ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, a qual o legislador determinou que deverá indicar de modo expresso as suas consequências jurídicas e administrativas. Nesta seção houve a preocupação de deixar claro (até para apaziguar algumas críticas) que o decisor não precisará fazer exercícios de futurologia nem ser obrigado a prever consequências raras ou que não estejam ao alcance das suas atribuições e competências funcionais. Também se deu enfoque à clássica relação que deve existir entre adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para que medidas restritivas de direito possam vir a ser adotadas. Outrossim, também se previu a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que invalida atos administrativos e que, muitas vezes, pode causar resultados injustos para o interesse geral. Neste ponto, se especificou que não poderão ser invalidadas decisões que foram baseadas em orientações gerais da época da decisão. Aqui se optou por definir o que seria o conceito de orientação geral. A propósito, no caso do conceito de interesse geral, que consideramos muito complexo e ainda indefinido, entendemos ser necessário maior tempo para melhor delineá-lo, pois, por enquanto, só podemos concluir que ele, aparentemente, é mais abrangente do que o conceito de interesse público.

Há ainda uma Seção IV que trata do regime de transição que deve haver quando há uma nova interpretação acerca de normas de conteúdo indeterminado. (...)"



Documento assinado eletronicamente por **Ana Maria Melo Netto Oliveira, Conselheiro(a) Presidente**, em 15/09/2020, às 19:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **9991891** e o código CRC **F47B873F**.