

PROCESSO Nº 0202227-8

TIPO: Consulta
ORIGEM: Prefeitura de Panelas
INTERESSADO: Sérgio B. de Miranda
RELATOR: Conselheiro Fernando Correia

I – DO OBJETO

Trata de CONSULTA formulada pelo ilustre prefeito do Município de Panelas, Sr. Sérgio Barreto de Miranda. Traz à baila questões pertinentes à gestão do Regime Próprio de Previdência Social instituído no Município por meio de lei. Após mencionar as principais inovações trazidas no campo previdenciário pela EC Nº. 20 e de relatar as dificuldades de ordem operacional - deficiência de recursos humanos e altos custos administrativos – para implantação do regime próprio de previdência nos pequenos e médios Municípios, indaga especificamente o consulente:

- a) É possível o Município proceder à contratação direta de uma entidade sem fins lucrativos que reúna, associativamente, Municípios do Estado com a finalidade de permitir vantagem técnica e financeira para o erário municipal na administração da gestão de ativos e passivos do fundo previdenciário?
- b) Em caso afirmativo, é possível ao ente contratado transferir por contrato parte das atribuições a entidades especializadas de reconhecida capacidade técnica na administração de ativos e passivos previdenciários?

II – DA ADMISSIBILIDADE

Em preliminar, opino pelo CONHECIMENTO desta consulta, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade exigidos na LOTCE e no RITCE: a matéria é pertinente, o autor possui legitimidade, as questões estão postas em tese e o Município de Panelas possui menos de 50 mil habitantes, o que dispensa a anexação de parecer técnico-jurídico.

III – DO MÉRITO

Tratando-se de tema dos mais importantes, a exigir um debate mais aprofundado no âmbito deste TCE, solicitei à Coordenadoria de Controle Externo – CCE que se manifestasse inicialmente sobre as questões suscitadas pelo consulente (despacho fls. 4). Como de praxe, a CCE anexou aos autos (fls. 5 a 14) um proficiente Parecer da lavra do Auditor das Contas Públicas, Ruy Bezerra de Oliveira Filho. Depois de levantar as principais inovações trazidas pela EC Nº. 20 e dos problemas surgidos especialmente para aqueles pequenos Municípios que optaram pela instituição de regime próprio de previdência, o Auditor, lançando mão de opiniões doutrinárias relevantes, estabelece a dicotomia: gestão do Regime de Previdência versus administração financeira dos ativos e passivos previdenciários. A gestão, por ser atividade-fim, inerente à própria administração pública, é insusceptível de terceirização. Já a administração financeira dos ativos e passivos que compõem o fundo previdenciário, esta poderá ser objeto de terceirização, a qual deverá constanciar-se por meio do devido procedimento licitatório. Ao final, o Parecer levanta a possibilidade dos Municípios instituírem parcerias por meio dos chamados “consórcios administrativos” com objetivo de facilitar a descentralização pertinente à administração financeira dos ativos e passivos previdenciários.

O referido Parecer revela-se assaz preciso e bem fundamentado, de sorte que, para evitar maiores elucubrações, peço vênua para subscrevê-lo integralmente e OPINAR no sentido de que se responda objetivamente ao consulente nos exatos termos propostos às fls. 14, item CONCLUSÃO.

É o Relatório Prévio.
Em 16.4.2003

Valdecir F. Pascoal - Auditor

PROCESSO Nº 0202227-8

TIPO: Consulta
INTERESSADO: Sérgio Barreto de Miranda
Parecer da Coordenadoria de Controle Externo

1. INTRODUÇÃO

Cumprindo solicitação da Coordenadoria de Controle Externo, vimos apresentar parecer técnico jurídico acerca da consulta formulada por Sérgio Barreto de Miranda, Exmo. Sr. prefeito do Município de Panelas, objeto do Processo de Consulta TC n.º 202227-8.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Com o advento da Lei Federal n.º 9717, de 27 de novembro de 1998, e da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, instituiu-se, no Brasil, reforma no sistema previdenciário do País.

Com a nova redação dada ao artigo 149 da Constituição da República, permitiu-se, no seu § 1º, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de regimes próprios de previdência e assistência social. Não o fazendo, os seus respectivos servidores públicos permanecerão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Entretanto, para a criação de regimes próprios de previdência social, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, tais entes deveriam obedecer a critérios e requisitos definidos na Lei n.º 9717/98 e na Portaria n.º 4992, de 5 de fevereiro de 1999, do Ministério de Previdência e Assistência Social.

Tais requisitos, porém, foram, de per si, suficientes para inviabilizar a instituição de regimes próprios em quase todos os municípios do Estado de Pernambuco.

Por essa razão, a Associação Municipalista de Pernambuco (AMUPE) impetrou o Mandado de Segurança n.º 99.5847-0, objeto do Agravo de Instrumento n.º 22.808, que obteve decisão favorável na 3ª Vara da Justiça Federal no Estado, senão vejamos:

“Ante o exposto, presentes os requisitos do perigo de lesão grave e de difícil reparação ao equilíbrio financeiro e à própria existência dos sistemas de previdência e assistência social municipais, bem como aos direitos de seus beneficiários, e da relevância da fundamentação da Agravante, nos termos já expostos, exigidos pelo art. 558 caput, do CPC, defiro o pedido de concessão de efeito suspensivo ativo ao presente agravo de instrumento, para suspender a exigibilidade, até decisão final deste recurso, dos créditos tributários já constituídos ou que venham a ser constituídos relativamente a toda e qualquer contribuição previdenciária passível de cobrança pelo agravado aos associados da Agravante em decorrência das restrições contidas no art. 40, § 13, da CF/88, com redação da EC n.º 20/98 e nos arts. 9º, caput, e 11, caput e § 1º da Portaria MPAS 4992/99, bem como para determinar à autoridade coatora que se abstenha da prática de qualquer ato de constrição ou sanção aos associados da agravante pelo não recolhimento desses créditos tributários”.

Dessa forma, abriu-se caminho para que os municípios pudessem iniciar o processo de instituição de seus regimes próprios de previdência.

Não obstante a superação dos impedimentos normativos para a implementação dos regimes próprios, os municípios passaram a enfrentar outras questões, como *“a complexidade da gestão do Fundo de Previdência, aliada à deficiência de recursos humanos tecnicamente habilitados para operar o sistema, além*

do aumento de custos administrativos” (petição da Consulta, fls. 1).

Passou-se, então, a considerar-se a hipótese de terceirizar a gestão dos regimes próprios de previdência social, objeto da Consulta analisada neste Parecer.

3. DA ANÁLISE

A consulta formulada compreende duas questões, a seguir discriminadas.

2.1 “É possível ao Município consulente proceder à contratação direta de uma entidade sem fins lucrativos que reúna, associativamente, municípios do Estado de Pernambuco, com a finalidade de permitir vantagem técnica e financeira para o erário municipal na administração da gestão de ativos e passivos do fundo previdenciário?”

2.2 “Em caso afirmativo, é possível ao ente contratado transferir por contrato, parte das atribuições a (sic) entidades especializadas de reconhecida capacidade técnica na administração de ativos e passivos previdenciários?”

As questões serão respondidas de forma integrada, haja vista que a resposta do segundo item depende diretamente da resposta do primeiro.

O primeiro aspecto a ser analisado refere-se à possibilidade (ou não) de se terceirizar a administração de ativos e passivos do fundo previdenciário.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ao analisar consulta análoga (Consulta n.º 604.214; Relator Conselheiro Fued Dib), formulada pelo prefeito do Município de Santa Luzia, na sessão de 28 de abril de 1999, respondeu nos seguintes termos:

“... A Lei Nacional 9.717, de 27 de novembro de 1998, publicada no Diário Oficial da União de 28 de novembro de 1998, veio dispor sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal, além de dar outras providências.

A referida lei contém critérios importantes de observância obrigatória para todos os entes políticos da Federação no que toca à criação de regimes próprios de Previdência, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial.

O conjunto das obrigações previstas na Lei Nacional 9.717/98 não pode, a meu sentir, ser transferido a terceiros mediante contrato, já que a administração e o gerenciamento do instituto constituem tarefas típicas e inerentes à própria existência do regime previdenciário e atividade-fim da Administração Pública.

...

Ora, a contratação de empresa privada para o gerenciamento e administração do sistema previdenciário municipal, ainda que em regime de co-gestão, como assinala o consulente, não se coaduna com o texto normativo em questão que impõe a responsabilidade pela gestão do instituto a seus dirigentes, bem como na hipótese de constituição de um fundo previdenciário, com estrutura técnico-administrativa e autonomia financeira – instituição facultada pelo art. 6º da referida lei, quando confere essa responsabilidade aos membros de seus conselhos administrativo e fiscal.

Releva observar que a gestão do regime próprio de previdência dos entes estatais tanto poderá ser feita por órgão da estrutura municipal quanto por entidade, que deverá ter personalidade de direito público, podendo o ente político optar, ainda, pela criação de um fundo gestor, conforme prevê o art. 6º. Em todas as hipóteses é importante destacar que a disciplina jurídica sobre a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos é complexa e rígida, devendo os municípios interessados na criação de sistema próprio verificar se estão aptos ao atendimento de todos os requisitos legais exigidos na mencionada Lei Nacional.

...

Isto posto, com esses esclarecimentos, importa concluir, em primeiro lugar, que **a administração e gerenciamento do sistema de previdência social, inerente ao próprio funcionamento do sistema previdenciário, não pode ser confiada, através de contrato, à empresa privada, fora do aparelho estatal**, porquanto administrar e gerenciar diz respeito à manutenção das atividades típicas e inerentes ao órgão, ente ou fundo previdenciário, concernentes à própria atividade administrativa.

Impõe-se considerar, por outro lado, que não se

quer pretender, com esse entendimento, que o Município esteja proibido de se valer de trabalho de assessoria técnica **em área específica onde a Administração não pode contar com servidor qualificado para prestar-lhe o assessoramento eficaz**. Poderá, por exemplo, formalizar contrato com terceiros nos casos de trabalhos de avaliação atuarial inicial, serviços de auditoria realizados por empresas privadas, como apoio ao controle interno, assessorias técnicas especializadas na revisão do plano de custeio e benefícios etc., todas consistindo em atividades eventuais e periódicas, com prazos determinados, para as quais exigir-se-á estrita observância aos ditames da Lei de Licitações 8.666/93.

Neste sentido, reportando-me à indagação formulada, a Administração deverá, sempre que possível, nos casos de contratos de assessoria técnica, com prazo determinado, realizar prévio procedimento licitatório, a menos que comprove o enquadramento da futura contratação nas hipóteses de inexigibilidade-contempladas no art. 25 da Lei 8666/93, quando for materialmente impossível realizar a licitação, ou, então, demonstre, mediante processo formal – art. 26 da mesma Lei, tratar-se de dispensa de licitação, previsto no art. 24, incisos I a XX, da Lei 8666/93, o que será avaliado por este Tribunal, diante de cada fato concreto.

Cabe lembrar também a possibilidade de se valer o Município do instrumento de convênio com órgãos e entes públicos, visando à formação e treinamento dos funcionários que atuarão no sistema previdenciário.

...

Com estes fundamentos, e por arremate, concluo em síntese:

- a) **a administração e o gerenciamento do sistema próprio de previdência social dos servidores públicos municipais, a ser criado com estrita observância da Lei Nacional 9.717, de 27 de novembro de 1998, não podem ser transferidos a terceiros pelo órgão, ente ou fundo gestor.**
- b) **o órgão, ente ou fundo gestor previdenciário poderá celebrar contrato com terceiros de prestação de serviços temporários de assessoria técnica, não podendo, em hipótese alguma, deixar de cumprir as disposições da Lei Nacional de Licitações, Lei 8.666/93.**

APROVADO NOS TERMOS DO VOTO DO SR. CONSELHEIRO RELATOR, POR UNANIMIDADE”; (grifos nossos).

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco já decidiu que *“A contratação direta sem licitação, de entidade para realização de estudo atuarial e posterior administração de fundos previdenciários (contratação direta dessas entidades), pode revelar-se possível desde que atendidos os pressupostos estabelecidos nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações”* (Decisão n.º 247/00; Processo de Consulta TC n.º 9903796-8; Município de Goiana; Relator: Auditor Carlos Maurício Cabral Figueiredo).

A leitura de tal decisão pode levar o intérprete à seguinte linha de conclusão: a) o TCE admitiu a hipótese de dispensar ou inexigir licitação para contratação de entidade para administração de fundos previdenciários municipais; b) se admite dispensa ou inexigibilidade, admite contratação; c) se admite contratação, admite terceirização.

Entretanto, vale observar as considerações do Relator do processo, na oportunidade da sessão de julgamento, constantes das notas taquigráficas:

“Quanto ao mérito, Sr. Presidente e Srs. Conselheiros, na realidade, toda Consulta, entendo eu, com relação à possibilidade de contratação direta sem licitação, deve receber, por parte deste Tribunal, uma resposta genérica, uma vez que os casos de dispensa de inexigibilidade elencados nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações, para sua correta identificação, devem ser apreciados de acordo com o caso concreto. Verificado o caso concreto, se verifica se ele atende a todos os requisitos dos arts. 24 e 25, para que este Tribunal possa opinar se é ou não caso de dispensa de inexigibilidade”.

Depreende-se, pois, que tal Consulta obteve uma resposta genérica, que não se deteve na análise dos aspectos anteriores à contratação direta ou por licitação, qual seja, a possibilidade de terceirizar tais serviços.

Dessa forma, não se pode considerar que esta Corte autorizou, implicitamente, a terceirização da administração dos fundos previdenciários municipais.

É sabido que o instituto da terceirização não é admitido em caso de atividade fim da administração, entendimento já consagrado por este Tribunal em diversos julgados, figurando com caráter meramente exemplificativo as Decisões n.º 566/01, 571/02, 1433/01, 1645/01 e 260/02.

Na questão sob exame, pergunta-se se o Município pode contratar diretamente uma entidade sem fins lucrativos, reunindo-se, associativamente, “*com a finalidade de permitir vantagem técnica e financeira para o erário municipal na administração da gestão de ativos e passivos do fundo previdenciário*”.

A administração desses ativos e passivos, provavelmente, integra o rol das atividades-fins do fundo municipal regularmente instituído por lei, havendo, pois, à primeira vista, um óbice jurídico à sua terceirização.

Ocorre, entretanto, que a Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2652, de 23 de setembro de 1999, dispõe sobre as aplicações dos recursos dos fundos com finalidade previdenciária, estipulando em seu artigo 4º, inciso I:

“Art. 4º As aplicações de recursos previstas no art. 3º, incisos II, alínea b, e III, devem ser efetuadas com observância das seguintes condições:

- I– *é necessária a seleção de instituição(ões) financeira(s) responsável(eis) pela aplicação dos recursos – instituição(ões) administradora(s) – obedecida a legislação pertinente, devendo ser considerados como critérios mínimos de escolha a solidez patrimonial, o volume de recursos administrados e a experiência no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros”.*

Assim, a administração financeira dos recursos pode ficar a cargo de uma (ou mais de uma) instituição financeira. Não é o caso, porém, da administração do sistema como um todo.

Dessa forma, o Município poderá terceirizar a administração financeira dos ativos e passivos, devendo, guardar para si, porém, a gestão do sistema, tendo em vista a previsão de responsabilização administrativa por infração à Lei 9717/98.

Nesse caso, é questionável o papel de uma entidade, mesmo que sem fins lucrativos, interposta entre o

Município e a instituição financeira, visto que a gestão geral do sistema não pode ser transferida, e a administração financeira dos recursos ficaria, de fato, a cargo de uma instituição financeira.

Considerando que essa entidade administraria recursos públicos de municípios associados, para, em seguida, transferir tal administração a instituições financeiras, estaria havendo uma burla à regra da licitação, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Ressalte-se, ainda, que, com relação à responsabilidade administrativa, prescreve a Lei Federal n.º 9717/98, em seu artigo 8º:

“Art. 8º Os dirigentes do órgão ou da entidade gestora do regime próprio de previdência social dos entes estatais, bem como os membros dos conselhos administrativo e fiscal dos fundos de que trata o art. 6º, respondem diretamente por infração ao disposto nesta Lei.

Parágrafo único. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, em que se assegure ao acusado o contraditório e a ampla defesa, em conformidade com diretrizes gerais”.

Discorrendo sobre o assunto, os autores Carlos Maurício Figueiredo, Leovegildo Mota, Marcos Nóbrega e Ricardo Souza, na obra *Previdência Própria dos Municípios*, escrevem:

“O dever de eficiência e de boa gestão aplica-se inclusive nos casos em que a Administração adote um modelo com o maior nível de terceirização possível, porquanto, sendo o regime previdenciário a prestação de um direito constitucional (art. 6º, da CF), sua responsabilidade é indelegável.

Em última instância, o que se pretende afirmar é que o ente federado, ao optar por constituir ou manter regime próprio, não poderá prescindir de manter regime próprio, não poderá prescindir de manter em

seus quadros profissionais qualificados para a gestão previdenciária, seja para a execução da estratégia de gestão previdenciária seja para exercer o controle sobre a gestão terceirizada”.

Concluindo, os autores afirmam que:

“Em princípio, para os Estados e grandes Municípios, o caminho da constituição do regime próprio tende a ser o mais vantajoso. Geralmente, a simples comparação da contribuição para um RPPS com a sua contribuição para o RGPS já demonstra a vantagem do regime próprio. Pode, ainda, ocorrer que, imediatamente, o custo da contribuição para o regime próprio seja maior que para o RGPS, contudo, os custos futuros da compensação financeira e da complementação para garantir a integralidade e a paridade tendem a tornar o RGPS mais caro.

Quanto aos municípios de menor porte, dificilmente se poderão manter isolados em seus regimes próprios. Desse modo, ou será mais vantajosa (e segura) a vinculação ao RGPS, visto que o município não assume os riscos e os custos de gerir ou fiscalizar o regime próprio, ou deverão buscar a aglutinação, sob os rigores da lei”.

Assentimos com as considerações transcritas; restam aos pequenos municípios do Estado duas opções: aderir ao regime geral ou unir-se.

Para a segunda opção, o procedimento cabível, no nosso entendimento, é a celebração de consórcio administrativo entre os municípios, sem que seja necessária a interposição de outra entidade, mesmo que sem fins lucrativos.

Com natureza semelhante à de um convênio, o instituto do consórcio administrativo corresponde a um acordo celebrado entre entidades estatais de mesma espécie ou nível administrativo, que tem como finalidade a consecução de objetivos de interesse comum.

No tocante à operacionalização do consórcio entre os municípios, assim ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

“Quanto a se criar uma sociedade, civil ou comercial, com o fim específico de administrar o consórcio, não há fundamento legal no direito brasileiro se essa entidade for privada. Estaria havendo uma terceirização da gestão pública. Ora, se o consórcio administra serviços públicos e se utiliza de bens do patrimônio público, não há como fugir ao regime jurídico publicístico, especialmente no que diz respeito à observância dos princípios constitucionais pertinentes, como exigência de licitação para celebração de contratos e concurso público para seleção de pessoal.

...

A melhor solução é a de criar-se uma Comissão Executiva que vai administrar o consórcio e assumir direitos e obrigações (não em nome próprio, já que a Comissão não tem personalidade jurídica), mas em nome das pessoas jurídicas que compõem o consórcio e nos limites definidos no instrumento do consórcio.

Também é possível, à semelhança do consórcio de empresas, indicar um dos partícipes como líder, hipótese em que ele pode (desde que previsto no consórcio e autorizado por lei) instituir uma entidade (autarquia ou fundação) para gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Outra alternativa é a instituição de um fundo constituído com verbas dos vários partícipes, que funcionaria vinculado a órgão de um dos entes integrantes do consórcio.

Seja quem for que administre o consórcio, ele estará gerindo dinheiro público e serviços públicos. Por isso mesmo, suas contratações de pessoal dependem de concurso público e os contratos de obras, serviços, compras e alienações dependem de licitação. Se o Município executor do consórcio for apenas um, que atue como líder (tal como no consórcio de empresas), ele pode, desde que previsto no instrumento do consórcio, instituir uma entidade (autarquia ou fundação) que vai gerir os assuntos pertinentes ao consórcio. Todavia, essa entidade será criada mediante autorização legislativa e integrará a Administração Pública

indireta." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas: 3ª edição; São Paulo: Atlas, 1999.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, entendemos, salvo melhor juízo, em resposta à consulta formulada por Sérgio Barreto de Miranda, Ex.mo. Sr. prefeito do Município de Panelas, objeto do Processo de Consulta TC n.º 202227-8, que:

- a) A partir do advento da Emenda Constitucional n.º 20/98, da Lei Federal n.º 9717/98 e da Portaria n.º 4992/99, do Ministério de Previdência e Assistência Social, permitiu-se aos municípios a criação de regimes próprios de previdência;
- b) Instituído o seu regime próprio de previdência, o Município poderá, com fulcro na Resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2652/99, terceirizar, com fiel observância à Lei Federal n.º 8666/93 (Lei de Lici-

tações e Contratos Administrativos), a administração financeira dos ativos e passivos do fundo previdenciário, devendo guardar para si, no entanto, a gestão do sistema como um todo, haja vista a previsão de responsabilização administrativa por infração à Lei 9717/98;

- c) O Município, conforme explanado, com o objetivo de obter maior vantagem técnica e financeira na instituição e operacionalização do regime próprio de previdência, poderá unir-se a outros municípios do Estado, por meio de consórcio administrativo, terceirizando, **apenas**, em seguida, na forma do item anterior, a **administração financeira** dos ativos e passivos.

É o parecer.

Recife, 10 de abril de 2003.

Ruy Bezerra de Oliveira Filho

Auditor das Contas Públicas - mat. 954

PROCESSO Nº 0202227-8

TIPO: DECISÃO T.C. Nº 595/03
INTERESSADO(S): SÉRGIO BARRETO DE MIRANDA, PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PANELAS
ADVOGADO(S):
RELATOR(A): CONSELHEIRO FERNANDO CORREIA
ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

Decidiu o Tribunal de Contas do Estado, à unanimidade, em sessão ordinária realizada no dia 7 de maio de 2003, responder ao consulente nos seguintes termos:

- a) A partir do advento da Emenda Constitucional nº 20/98, da Lei Federal nº 9717/98 e da Portaria nº 4992/99, do Ministério da Previdência e Assistência Social, permitiu-se aos municípios a criação de regimes próprios de previdência;
- b) Instituído o seu regime próprio de previdência, o Município poderá, com fulcro na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2652/99, terceirizar, com fiel observância à Lei Federal nº 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), a administração financeira dos ativos e passivos

do fundo previdenciário, devendo guardar para si, no entanto, a gestão do sistema como um todo, tendo em vista a previsão de responsabilização administrativa por infração à Lei nº 9717/98;

- c) O Município, conforme explanado, com o objetivo de obter maior vantagem técnica e financeira na instituição e operacionalização do regime próprio de previdência, poderá unir-se a outros municípios do Estado, por meio de consórcio administrativo, terceirizando, apenas, em seguida, na forma do item anterior, a administração financeira dos ativos e passivos.

PUBLICADA NO DOE DE 15/5/2003