



” (...) em meu entendimento, a norma permitiu, com base no princípio da eficiência, que os gestores do Sistema Público de Previdência buscassem no mercado, aí incluindo evidentemente o setor privado, as melhores taxas para a remuneração dos recursos financeiros, devendo ser observados os limites e condições de proteção e prudência (...)”

Conselheiro Aluisio Gama
Processo 224.304-8/03

CONSULTA

Trata o presente processo de Consulta formulada pela Diretora Superintendente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Resende, Sra. Greice A. P. A. Vieira Barros, o qual apresenta os questionamentos descritos a seguir que, em linhas gerais, referem-se à possibilidade de aplicação dos recursos financeiros do Instituto através de instituições financeiras e bancárias privadas:

“ 1) Seriam os Regimes Próprios de Previdência Social – RPPSs, por conseguinte, compelidos a aplicarem seus recursos tão-somente em Instituições Bancárias Estatais?

2) Qual seria a legislação que regulamenta esta específica matéria?

3) A Resolução do Conselho Monetário Nacional de nº 2.652, de 23 de setembro de 1999, em seu art. 4º, I, determina as características das instituições financeiras responsáveis pela aplicação dos recursos. Esses mesmos critérios de escolha apontados pelo CMN, excluem as instituições/bancos privados?

4) As aplicações financeiras, limitadas aos bancos estatais, não iriam de encontro aos preceitos preconizados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no que tange a previsão de possibilidade de participação de quaisquer empresas em processos licitatórios, respeitadas as exigências legais para tal?”

A Inspeção Regional procedeu a análise do mérito sem se pronunciar quanto ao atendimento aos pressupostos de admissibilidade da consulta, previstos nos artigos 1º, 2º e 4º da Deliberação TCE-RJ nº 216/00. Após examinar os questionamentos formulados com base na legislação vigente sobre o tema – a Lei Federal nº 9.717/98, a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 2.652/99 e a Lei Municipal de Criação do Instituto nº 2.325/01 – apresentou às fls. 6 a seguinte conclusão:

“(…) Com relação às questões de nºs 1 e 2, entendemos que a legislação federal, acima citada, respeitados os limites percentuais fixados quanto à distribuição dos recursos nas diversas modalidades de aplicações, não exige que os mesmos sejam integralmente aplicados em “Instituições Bancárias Estatais”, bem como a Lei Municipal nº 2.325/01 permite a aplicação de recursos do RESENPREVI através de instituição financeira privada, desde que o Governo Federal nela tenha participação acionária, de acordo com o artigo 27, inciso IV, acima transcrito.

Quanto à questão nº 3, entendemos que os critérios mínimos, listados no

inciso I do artigo 4º da Resolução nº 2.652/99 do Conselho Monetário Nacional, que deverão ser considerados na seleção, não excluem as instituições ou bancos privados, e sim visam dar maior segurança ao gestor público na escolha da instituição financeira que irá administrar as aplicações dos recursos da entidade previdenciária.

Já para a questão de nº 4, não vemos relação do presente assunto com a Lei nº 8.666/93, cuja finalidade encontra-se definida em seu art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Complementando a manifestação da 2ª IRE, às fls. 04/07, após reexame efetuado, a SUM assim se manifestou:

“(…) Dispõe o artigo 164, § 3º, da Carta Magna, que as disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central do Brasil; a dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

A regra geral da Constituição Federal é de que as disponibilidades dos entes da federação devem estar depositadas em instituições financeiras oficiais, exceto se lei dispor de forma diferente.

Assim, conforme já citada pela instrução precedente, a Lei nº 9.717/98 estabeleceu que a aplicação de recursos do regime próprio de previdência social seria definida pelo Conselho Monetário Nacional. Esta, então, baixou a Resolução nº 2.652/99, disciplinando os critérios para aquela aplicação. Tal resolução não cita explicitamente que as aplicações podem ocorrer em instituições privadas, todavia, diante dos diversos dispositivos que limitam a concentração dessas aplicações numa única instituição financeira em decorrência do percentual máximo estabelecido, do peso dos recursos sob o valor da cota ou sob o patrimônio do fundo, e ainda diante dos critérios de escolha das instituições financeiras (artigo 4º), entendemos que as aplicações para os recursos do regime próprio de previdência social podem ser feitas em instituições financeiras oficiais e privadas que atendam as exigências de solidez patrimonial, o volume de recursos administrados e a experiência no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros, obedecida a legislação pertinente, neste caso, também a legislação local, desde que, logicamente, não contrarie regras da referida Resolução.

Quanto à dúvida suscitada no item 4, entendemos que a questão perdeu sua razão de ser, face o posicionamento pela possibilidade de aplicação em bancos privados dos recursos previdenciários (...)

Diante do informado pela Inspeção Regional e do reexame efetuado pela Subsecretaria de Controle Municipal – SUM, a Secretaria Geral de Controle Externo – SGE, após verificar o atendimento aos requisitos de admissibilidade da consulta, acompanhou integralmente o entendimento, em tese, manifestado, sugerindo o seu conhecimento e o posterior arquivamento, depois de ter sido dada ciência ao consulente do inteiro teor da resposta à Consulta formulada.

A Procuradoria-Geral do Tribunal – PGT, às fls. 18/41, discordou do posicionamento do Corpo Instrutivo em relação às questões formuladas pela Diretora Superintendente do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Resende, conforme seu parecer parcialmente transcrito a seguir:

“(...) O art. 6º, inciso IV, da Lei 9.717/98, apenas confere competência normativa do Conselho Monetário Nacional para disciplinar a aplicação de recursos pelos diversos fundos previdenciários da federação. A Resolução nº 2.652/99 do CMN, por sua vez, não estabelece fim algum. Ao contrário, traz ela minucioso regramento sobre como devem ser aplicados os recursos financeiros dos fundos previdenciários, quase sempre privilegiando interesses próprios da União Federal. As prescrições contidas nessa Resolução são perfeitamente determinadas. Trata-se, portanto, inequivocamente, de regras e não de princípios. Desse modo, não há como referido aparato normativo ser considerado como norma geral de direito previdenciário.

Merece ser ressaltado que a discussão ora travada tem íntima ligação com a autonomia dos entes federativos, corolário do princípio federativo (cláusula pétrea segundo o art. 60, §4º, inciso I, da nossa Constituição).

Seria flagrantemente contrário à autonomia dos entes federativos que a União Federal, através de Resolução do Conselho Monetário Nacional (!!!), pudesse determinar, com detalhes, como deve ser feita a gestão dos recursos financeiros integrantes de seus fundos previdenciários.

Não há, certamente, impedimento algum que o Estado e os Municípios, com prudência e responsabilidade, escolham como devam gerir os recursos de seus próprios fundos previdenciários, como decorrência do próprio princípio federativo.

Exorbita, ademais, a Lei nº 9.717/98, em seu art. 6º, inciso IV, dos limites da

delegação legislativa permitida pela Constituição. Não se pode admitir, como pretende fazer a citada Resolução, que o Conselho Monetário Nacional, apêndice da União Federal, passe a emanar ordens de obediência obrigatória para os entes federativos.

A Resolução do CMN chega ao cúmulo, identificado pelo Corpo Instrutivo, de servir de autorização para que fundos previdenciários mantenham suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras privadas. É grosseira a inconstitucionalidade, haja vista exigir a Constituição, expressamente, em seu art. 164, §3º, que a LEI – e aqui entenda-se sem sombra de dúvidas, lei em sentido formal – emita tais autorizações.

(...)

O art. 27 da Lei Municipal de Resende nº 2.325/2001 prescreve que “as aplicações dos recursos financeiros devem ser necessariamente efetuadas por intermédio de Instituições Financeiras nas quais o Governo Federal tenha participação acionária.”

Referido artigo seria inconstitucional, por criar diferenças desarrazoadas entre instituições financeiras diversas, não fosse o disposto no art. 164, §3º, da Constituição Federal.

O art. 164, §3º, da Constituição determina que as disponibilidades de caixa do Poder Público fiquem depositadas em instituições financeiras oficiais, conceito que, segundo o Supremo Tribunal Federal, abarca apenas as instituições financeiras estatais.

Com a privatização dos bancos estatais, hoje somente Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil têm a condição de manter as disponibilidades de caixa dos Municípios.⁵ No entanto, caso seja editada a Lei que se refere o art. 164, §3º, da Constituição, permitindo que instituições privadas recebam as disponibilidades de caixa do Poder Público, a Lei Municipal padecerá de inconstitucionalidade, por violação do princípio básico da isonomia. Mas, friso, não é este o caso até o momento.

(...)

À luz de todo exposto, em desacordo com o Corpo Instrutivo, concluo que:

(i) o art. 6º, inciso IV, da Lei nº 9.717/98 e a Resolução nº 2.652/99, do CMN, desbordam dos limites de normas gerais de direito previdenciário e não podem ser impostas aos Estados e Municípios, além de violarem o princípio federativo;

(ii) os recursos financeiros do RESENPREVI devem ficar depositados, por imposição do art. 164, §3º, em instituição financeira oficial, dentre as quais, tão-somente a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil;

(iii) não se pode admitir que a interpretação sistemática de uma resolução do CMN seja capaz de levar a que uma instituição financeira privada possa ser depositária de recursos do Poder Público, eis que o art. 164, §3º da Constituição Federal exige autorização em LEI em sentido formal para tanto;

(iv) não há, ademais, que se falar em conflito com a Lei de Licitações, eis que a limitação que o Poder Público mantenha suas disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais decorre da própria Constituição, art. 164, §3º; (...)"

O Ministério Público, representado pelo Procurador de Justiça, Dr. Renato Pereira França, às fls. 42, assim se manifestou:

"(...) 1 - Ciente.

2 - Nada que aduzir."

Em sessão plenária datada de 14/12/2004, o Plenário, aprovando voto do Conselheiro Relator, parcialmente transcrito a seguir, tomou a seguinte decisão:

"(...)

É o relatório.

Do exame dos pressupostos de admissibilidade da consulta.

Preliminarmente, da mesma forma que a SGE e a PGT, entendo que a Consulta sob exame preenche integralmente todos os pressupostos para sua admissibilidade, uma vez que foi formulada por Titular de Poder Legislativo Municipal (artigo 1º da Deliberação TCE nº 216/2000), contém a indicação precisa do seu objeto (artigo 2º da Deliberação TCE nº 216/2000), além de se referir à dúvida quanto à aplicação de dispositivo legal relativo à matéria de competência deste Tribunal (artigo 1º da mesma Deliberação).

Devo ressaltar o disposto no art. 4º da mesma Deliberação, transcrito a seguir, antes de manifestar o meu entendimento:

"Art. 4º - A resposta a consulta não possui efeito vinculante ou caráter

normativo, entretanto, **constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.**” (grifo meu)

Ainda sobre a análise do atendimento aos pressupostos de admissibilidade da Consulta, e de acordo com a manifestação da SGE e da PGT, não observei a inclusão de parecer do órgão de assistência jurídica da autoridade consulente, devendo ser ressaltado que o lapso verificado não implica a inaceitabilidade da Consulta, haja vista que o parecer não constitui documento de remessa obrigatória.

Do exame do mérito das questões formuladas.

Apesar dos argumentos apresentados pela PGT, o Plenário desta Corte tem se pronunciado conforme o entendimento manifestado pelo Corpo Instrutivo.

No processo TCE nº 102.980-7/03, referente à Inspeção Ordinária, de caráter operacional, realizada no Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro – RIOPREVIDÊNCIA, abrangendo o exercício de 2002, o Plenário, acolhendo votos do Ilustre Conselheiro Sergio F. Quintella, assim se manifestou:

Às fls. 206:

“(…) Cumpre destacar ainda, que para sua defesa os notificados se reportam à uma operação realizada no primeiro trimestre de 2002 pelo Fundo, com a venda de títulos da Eletrobrás, no valor aproximado de R\$ 160 milhões, operação esta que teria tido tratamento diferenciado por esta Corte de Contas, posto que não teria sido abordada neste Relatório de Inspeção.

Todavia, equivoca-se o notificado, vez que a aludida operação foi objeto de verificação em sede de Inspeção Especial realizada pela Coordenadoria de Auditoria e Desempenho – CAD, formalizada no processo TCE-RJ n.º 106.120-5/02, que aguarda decisão, o que torna incabíveis tais alegações.

Por fim, neste mesmo tópico, veio também à baila a não realização de procedimento licitatório para definição das operadoras que promoveram as transações financeiras em questão.

Como bem resume a CEA às fls.157/158, a seleção de instituições financeiras responsáveis pela aplicação de recursos deve obedecer a dispositivo legal pertinente, no caso, o art. 4º, inc. I, da Resolução CMN n.º 2.652 de 23/9/1999 c/c a Lei Federal n.º 8.666/93.

Assim, haja vista que as três Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários que operaram as transações em tela não foram contratadas mediante o devido processo de seleção, pode-se enquadrar o ato administrativo no inciso II do art. 63 da Lei Complementar 63/90 (inerente a atos praticados com grave infração à norma legal), cumprindo trazer à luz o que dispõe o art. 89 da Lei n.º 8.666/93, inserido na Seção III - Dos Crimes e das Penas, *in verbis*:

Art. 89 - Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Ressalte-se, o ilícito de contratar sem o devido procedimento licitatório, obstruindo assim o natural processo de competição entre prestadores considerados iguais pela Lei, quando ocorrido pela vontade ou omissão do agente administrativo, pode ser tipificado como crime, sancionado na supracitada lei com a pena de detenção (nos moldes do art. 33 do Código Penal) e multa, não havendo como se contestar que o ato de contratar diretamente sem respaldo legal pode e deve ser caracterizado como infração grave.

Em suma, considerando que os autos apontam atos que resultaram em despesa ilegítima e antieconômica, com imputação de responsabilidade e apuração de um débito de R\$ 25.528.786,24, concluiremos pela multa ao Diretor-Presidente da Autarquia à época pela não realização de procedimento licitatório obrigatório por Lei.”

Às fls. 234:

“(…) CONSIDERANDO que as operações foram realizadas através das Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários TURFA, C.Q.J.R. e QUANTIA, sem processo licitatório previsto no inciso I do artigo 4º da Resolução CMN nº 2.652, de 23/09/99, que dispõe sobre as aplicações dos recursos dos fundos com finalidade previdenciária instituídos pela União, Estados, Distrito Federal ou Município.(…)”

Às fls. 370:

“(…) 1.3.7 DA CONTRATAÇÃO DAS DISTRIBUIDORAS SEM O NECESSÁRIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

De início, muito embora a distribuidora tenha se manifestado quanto à

ilegalidade quando de sua contratação, esta Corte não imputou às mesmas a responsabilidade por tal prática. No entanto, por amor ao debate, passaremos a analisar a defesa apresentada pelas distribuidoras.

Na defesa apresentada pela Quantia DTVM, constante do Doc. 8.138-7/04, o advogado contratado pela distribuidora discorre sobre a possibilidade de realização de licitação para contratação de empresas para a negociação de títulos.

De início, alega que, com fulcro no art. 17, inciso II da Lei Federal 8.666/93, a alienação de bens móveis pode ser dispensada na hipótese de venda de títulos, na forma da legislação pertinente.

Acrescenta que o art. 24 da Lei 3.189/99 estabelece que definida a política de investimentos pelo Conselho de Administração, a aplicação de recursos financeiros por entidades escolhidas mediante processo de licitação pública, a fim de buscar elevado padrão de segurança e rentabilidade.

Em seguida apresenta os seguintes argumentos:

“a) Tanto a Lei, quanto o Decreto, como a Resolução do CMN, referem-se expressamente à APLICAÇÃO DE RECURSOS, ou à ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS;

b) Todos sabemos que a licitação é obrigatória na hipótese do Fundo estar investindo na instituição financeira, adquirindo papéis de emissão da instituição (CDB, RDB), ou em fundos administrados pela instituição. E por quê? Pelo simples fato de que as taxas praticadas pelas instituições são diferentes, e a licitação proporcionará investimento ‘com elevado padrão de segurança e rentabilidade’, como exige a Lei nº 3.189/99 e o Decreto nº 25.217, antes transcritos;

c) A Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação no caso de venda de títulos;

d) Resolução CMN nº 2.652 só impõe a condição licitatória na aplicação de recursos, prevista no art. 3º, inciso II, alínea “b”, e inciso III, onde está escrito:

“II - até 80%, isolada ou cumulativamente, nos seguintes investimentos de renda:

a) ...

b) quotas de fundos de investimento financeiro e de fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento financeiro;

III - até 30% em quotas de fundos de investimento constituído nas modalidades regulamentadas pela CVM.”

No que diz respeito à alínea “b” do inciso II do art. 17 da Lei de Licitações, entendemos que a interpretação do procurador da Quantia DTVM está incompleta vez que não discorre sobre o *mens legis* do referido dispositivo legal.

Segundo a melhor doutrina, a norma abrange 2 situações, quais sejam:

a) emissão de títulos públicos federais em mercado aberto com o intuito de fazer política monetária restritiva (absorver moeda);

b) emissão de títulos públicos pelos entes políticos para se financiarem – mercado primário.

No que diz respeito à aplicação do permissivo legal para fins de política monetária, Marçal Justen Filho¹ assim discorre:

“A letra ‘d’ alude à venda de títulos, através da qual se torna operacional a política monetária governamental. Essa negociação efetiva-se diariamente, sendo incompatível com as formalidades da licitação. Isso não impede a necessária observância de dispositivos legais pertinentes.”

Assim, sendo certo que só à União compete realizar a política monetária governamental, conforme incisos VII e VIII do art. 21 da Constituição Federal, não haveria sentido em se realizar pleito licitatório para vendas de títulos públicos federais, pois essas operações necessitam de agilidade.

No que toca à emissão de títulos para financiamento dos entes políticos, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes² assim exemplifica tal hipótese:

“Em determinado município, com o objetivo de motivar a produção, a prefeitura estabeleceu, em nível local, programa de desenvolvimento de

1 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Dialética, 2002. São Paulo. p. 185.

2 - FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Alienação de bens móveis - licitação dispensada. Boletim de Direito Municipal. Março de 2000.

pequenas indústrias, com venda de títulos para angariar fundos, ficando a matéria regulamentada em lei municipal. Tais vendas foram efetivadas sem prévio processo licitatório, fato em princípio legítimo e constitucional, guardando conformidade com a referida lei local.”

Dessa forma, entendemos que as operações realizadas pelo RIOPREVIDÊNCIA não se enquadram no referido dispositivo legal, uma vez não foram efetivadas por um ente político e sim por uma autarquia e, ainda, não se destinavam à realização de política monetária nem ao financiamento do ente político.

Por conseqüência, equivocada também é a tentativa da defendente de inferir que a legislação à que alude o permissivo legal sob exame seria a Lei de Instituição do RIOPREVIDÊNCIA – Lei 3.189/99, mais especificamente o inciso VI do seu art. 24, pois, caso assim o fosse, haveria contrariedade entre os referidos dispositivos, pois o primeiro dispensa a realização de pleito licitatório e o segundo determina a feitura de licitação, conforme se observa no dispositivo abaixo transcrito:

“Art. 24 - A gestão do RIOPREVIDÊNCIA deverá, dentre outros princípios aplicáveis à administração pública, obedecer:

(...) definida a política de investimentos pelo Conselho de Administração, a aplicação de recursos financeiros por entidades escolhidas mediante processo de licitação pública, a fim de buscar elevado padrão de segurança e rentabilidade.

Assim, ao ressaltar o trecho legal “a aplicação de recursos financeiros” o responsável citado esqueceu-se que analisar todo o dispositivo, vez que mais a frente se observa que as entidades para aplicação dos aludidos recursos financeiros deveriam ser escolhidas mediante processo de licitação.

Entendemos que a legislação pertinente a que alude a hipótese legal de dispensa de licitação prevista na alínea “b” do inciso II do art. 17 da Lei Federal 8.666/93 é aquela relativa ao Direito Financeiro, que regulamenta as instituições financeiras.

Neste diapasão, assim leciona o Administrativista Jorge Jacoby quanto ao dispositivo legal em comento:

Sem embargos de entendimentos divergentes, a legislação aqui referida pode ser da competência das unidades da federação por não se tratar o caso de competência exclusiva da União.

A venda de títulos por parte da Administração engloba grande elenco de opções, sendo, portanto, admissível o deslocamento dessa matéria do Direito Administrativo para o Direito Financeiro, que integra o conjunto de matérias de competência concorrente para legislar, constante do art. 24, I da Constituição Federal.

A competência legislativa das unidades da federação deve ser exercitada com cautela, vez que, em outros dispositivos constitucionais, a questão também foi regulamentada.

Assim, ocorre, por exemplo, no art. 163, IV, que estabelece ser da competência de lei complementar dispor sobre a emissão e resgate de títulos da dívida pública, e, ainda, v.g., no parágrafo 9º do art. 165, ao abranger a questão da gestão financeira, para determinar a regulamentação por lei complementar.

Sendo assim, fica claro que a legislação pertinente a que se reporta o artigo em análise se refere às normas de direito financeiro de competência legislativa suplementar do ente federativo e não à Lei de Criação do RIOPREVIDÊNCIA e ao seu Decreto de execução.

Aduz também o responsável que tanto a lei (3.189/99) quanto o Decreto (25.217/99), como a Resolução do Conselho Monetário Nacional (2.652/99) referem-se expressamente à aplicação de recursos ou à administração de recursos de terceiros.

Assim, informa que a licitação seria obrigatória na hipótese do fundo estar investindo na instituição financeira adquirindo papéis de emissão das instituições (CDB, RDB) ou em fundos administrados pelas mesmas.

Com base neste argumento, infere que:

“as operações financeiras *sub examem* são simples compras e vendas de títulos federais de emissão do tesouro nacional, de modo que não só não (*sic*) estão sujeitas a licitação, como representam investimentos garantidos pelo emitente, o Governo Federal, não havendo, pois, motivo razoável para promover-se licitação com o objetivo de ‘buscar elevado padrão de segurança e rentabilidade’”.

Muito embora as operações sejam de títulos públicos federais, sendo garantidas pelo governo federal, quando se atua no mercado secundário, não se está adquirindo os papéis diretamente da União mas sim de um

outro investidor que objetiva obter o maior lucro possível, descaracterizando a segurança e ameaçando a rentabilidade, principalmente quando os títulos são comprados acima do mercado.

Prova disso é que as operações feitas pelo RIOPREVIDÊNCIA não geraram rentabilidade nem segurança. Parece-nos insensata a possibilidade de ser entregue um grande volume de recursos financeiros a uma distribuidora que negociará livremente e ganhando comissão.(...)”

Contudo, ao longo de minha análise neste processo, tomei conhecimento de que a Resolução CMN nº 2.652/99 foi revogada, em 28/10/2004, pela de nº 3.244/04. Tendo em vista este fato e a complexidade da matéria creio ser a melhor decisão, neste momento, a devolução da presente consulta ao Corpo Instrutivo e à PGT para nova manifestação.

Portanto, em face do exposto, e em desacordo com o Corpo Instrutivo, a Procuradoria-Geral do Tribunal e o Douto Ministério Público,

VOTO:

I - Por DILIGÊNCIA INTERNA para nova manifestação do Corpo Instrutivo e da PGT tendo em vista a revogação da Resolução CMN nº 2.652/99, em 28/10/2004, pela de nº 3.244/04. (...)”

Às fls. 59/69, o Corpo Instrutivo reexaminou as questões formuladas à luz da nova Resolução CMN nº 3.244/04, tendo também apresentado argumentos contrários à tese formulada pela PGT. Assim, fundamentado no parecer a seguir transcrito, manteve o seu entendimento inicial de que é possível aplicar recursos dos fundos de previdência em instituições bancárias privadas, respeitados os limites percentuais fixados quanto à distribuição dos recursos nas diversas modalidades de aplicações, conforme estabelecido na novel legislação federal sobredita:

“(..)

Em sessão de 14/12/04, este processo foi objeto de decisão plenária, nos termos do voto do Conselheiro Aluísio Gama de Souza, conforme transcrição a seguir:

“VOTO:

I - Por DILIGÊNCIA INTERNA PARA NOVA MANIFESTAÇÃO DO CORPO

INSTRUTIVO e da PGT TENDO EM VISTA A REVOGAÇÃO DA RESOLUÇÃO CMN Nº 2.652/99, EM 28/10/04, PELA DE Nº 3.244/04.”

A Resolução CMN nº 3.244/04, que regulamenta o art. 6º, inciso IV da Lei 9.717/98, tendo revogado expressamente a Resolução CMN nº 2.652/99, apresenta entre suas diretrizes:

“ ...

Art. 2º Observadas as limitações e demais condições estabelecidas nesta resolução, os recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social devem ser alocados em quaisquer dos seguintes segmentos de aplicação:

I - **segmento de renda fixa;**

II - **segmento de renda variável;**

III - segmento de imóveis.

...

Art. 3º - No **segmento de renda fixa**, os recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social devem ser aplicados, isolada ou cumulativamente:

I - até 100% (cem por cento) em títulos de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central do Brasil;

II - até 80% (oitenta por cento) em:

a) quotas de fundos de investimento referenciados em indicadores de desempenho de renda fixa;

b) quotas de fundos de investimento cujas carteiras estejam representadas exclusivamente, de forma direta ou indireta, por:

1- títulos de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central do Brasil;

2 - certificados de depósito bancário, letras hipotecárias e **letras de crédito imobiliário de emissão de instituição financeira, desde que considerada, pela instituição administradora ou gestora da**

carteira do fundo, com base em classificação efetuada por agência classificadora de risco em funcionamento no País, como de baixo risco de crédito, observado o máximo de 30% (trinta por cento) da carteira do fundo;

c) quotas de fundos de curto prazo, observado o máximo de 20% (vinte por cento) dos recursos em moeda corrente do regime próprio de previdência social;

III - até 20% (vinte por cento) em depósitos de poupança **em instituição financeira, desde que considerada, pelos responsáveis pela gestão dos recursos do regime próprio de previdência social, com base em classificação efetuada por agência classificadora de risco em funcionamento no País, como de baixo risco de crédito;**

IV - até 15% (quinze por cento) em quotas de fundos de investimento de renda fixa, desde que considerados, pelos responsáveis pela gestão dos recursos do regime próprio de previdência social, com base em classificação efetuada por agência classificadora de risco em funcionamento no País, como de baixo risco de crédito.

§ 1º - As aplicações em quotas de fundos de investimento cujas carteiras estejam representadas exclusivamente por títulos de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central do Brasil podem ser computadas para efeito do limite estabelecido no *caput*, inciso I.

§ 2º - A aplicação de recursos do regime próprio de previdência social nos títulos e ativos financeiros referidos no *caput*, incisos II, alínea “b”, item 2, e III, fica igualmente condicionada a que a instituição emissora ou coobrigada não tenha o respectivo controle societário detido, direta ou indiretamente, por Estado.

§ 3º - As aplicações em quaisquer títulos ou valores mobiliários de emissão de uma mesma pessoa jurídica – instituição financeira ou não –, de sua controladora, de sociedades por ela direta ou indiretamente controladas e de coligadas ou outras sociedades sob controle comum não podem exceder, no seu conjunto, 20% (vinte por cento) dos recursos em moeda corrente do regime próprio de previdência social, aí computados não só os objeto de compra definitiva, mas também aqueles integrantes das carteiras dos fundos de investimento dos quais o regime participar, na proporção das respectivas participações.

§ 4º - O limite estabelecido no § 3º não se aplica aos títulos de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central do Brasil.

§ 5º - O somatório das aplicações em títulos e ativos financeiros que não os de emissão do Tesouro Nacional ou do Banco Central do Brasil, por intermédio de fundos de investimento, fica limitado a 40% (quarenta por cento) dos recursos do regime próprio de previdência social.

Art. 4º - No **segmento de renda variável**, os recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social devem ser aplicados, observado limite de 20% (vinte por cento), exclusivamente em quotas de fundos de investimento referenciados em índices do mercado de ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto.

Art. 5º - No segmento de imóveis, as aplicações dos regimes próprios de previdência social devem ser efetuadas exclusivamente em quotas de fundos de investimento imobiliário.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, admite-se a integralização de quotas de fundos de investimento imobiliário exclusivamente com terrenos ou outros imóveis vinculados por lei ao regime próprio de previdência social.

Art. 6º - Para fins do disposto nesta resolução, a atividade de gestão da aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social deve ser desempenhada de acordo com uma das seguintes formas:

I - gestão própria, quando a aplicação dos recursos for realizada pela própria entidade gestora do regime próprio de previdência social;

II - **gestão por entidades credenciadas**, quando a **aplicação dos recursos for realizada por instituição(ões) financeira(s) ou outra(s) instituição(ões) autorizada(s) a funcionar pelo Banco Central do Brasil**, autorizada(s) pela Comissão de Valores Mobiliários para o exercício profissional de administração de carteira, nos termos do art. 23 da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976 – **INSTITUIÇÃO(ÕES) ADMINISTRADORA(S) – SELECIONADA(S) MEDIANTE PROCESSO DE CREDENCIAMENTO QUE DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO, COMO CRITÉRIOS MÍNIMOS, A SOLIDEZ PATRIMONIAL, O VOLUME DE RECURSOS ADMINISTRADOS E A EXPERIÊNCIA NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS;**

III - gestão mista, quando a aplicação dos recursos for realizada, parte pela entidade gestora do regime próprio de previdência social e parte por instituição(ões) financeiras(s) selecionada(s) mediante processo de credenciamento, observados os mesmos critérios definidos no inciso II.

§ 1º - A exigência de seleção de instituição(ões) administradora(s) nos termos do *caput*, incisos II e III, não é necessária na hipótese de aplicação dos recursos do regime próprio de previdência social, por intermédio da(s) mesma(s), nos títulos referidos no art. 3º, inciso I.

Art. 9º - Os recursos dos regimes próprios de previdência social devem ser discriminados, controlados e contabilizados de forma individualizada, devidamente segregados daqueles do ente patrocinador.

§ 1º - OS RECURSOS, QUANDO EM ESPÉCIE, DEVEM PERMANECER OBRIGATORIAMENTE DEPOSITADOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS BANCÁRIAS.

...

Art. 11.

...

§ 2º - Os regimes próprios de previdência social que possuem em suas carteiras, na data da entrada em vigor desta resolução, aplicações em títulos, valores mobiliários e demais ativos financeiros ou modalidades operacionais que não os previstos nos ARTS. 3º e 4º devem enquadrar-se nas condições estabelecidas nesta resolução ATÉ 30 DE JUNHO DE 2005.

"... (grifamos)

Cumpre ressaltar a bem frisada Lei Municipal nº 2.325/01, que criou o RESENPREVI (entidade autárquica municipal), *verbis*:

"Art. 27 - O patrimônio do RESENPREVI é autônomo, livre, e desvinculado de qualquer outra entidade, e **aplicará seu patrimônio, conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo**, em planos que tenham em vista:

...

IV - devendo ser a aplicação, necessariamente, efetuada por **intermédio de instituição financeira em que o Governo Federal, tenha participação acionária.**

...

Art. 36 - Compete ao **Conselho Deliberativo**:

...

I - deliberar sobre:

...

b) planos de custeio e de aplicação do patrimônio, e suas revisões;

IV - **aprovar a contratação de Instituição Financeira, privada ou pública**, que se encarregará da administração da carteira de investimentos do RESENPREVI, quando for o caso.” (grifo nosso)

Em que pese o percuciente Paracer TCE/PGT nº 30/2003-RJF, às fls. 18/38, entendemos que o art. 164, § 3º da CRFB/88 com a seguinte redação: “§ 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no Banco Central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, RESSALVADOS OS CASOS PREVISTOS EM LEI”, deve sim ser interpretado sistematicamente com o art. 6º, inciso IV da Lei 9.717/98, regulamentado pela Resolução CMN nº 3.244/04.

Ora, trata da matéria, *in casu*, a Lei 9.717/98 – que dispõe sobre regras gerais para organização e funcionamento de Regimes Próprios de Previdência Social – especialmente no art. 6º, inciso IV. Este dispositivo, remete a matéria (aplicação de recursos dos fundos) às Resoluções do Conselho Monetário Nacional, especificamente a Resolução CMN nº 3.244/04. Ensina-nos a doutrina norte-americana que isso significa o denominado *fill-up details*. Ou seja, a lei estabelece as condições gerais e lança as matérias minuciosas às regras próprias dos entes técnicos (atos administrativos normativos) para o preenchimento dos detalhes. Exatamente como aconteceu.

Ademais, o artigo 24, inciso XII, da Carta Política determina que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social”. E a própria Carta traz as regras para essa competência concorrente, em seus parágrafos:

“§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, **a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.**

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais **não exclui a competência suplementar dos Estados.**

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” (grifamos)

E mais: o artigo 30, incisos I e II, prevê que “compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Note-se que é perfeitamente possível a União editar regras gerais, como o fez mediante a Lei 9.717/98. Inconstitucional seria se acaso o Município legislasse, nesse caso, sobre as regras contrárias às já existentes regras gerais. Inconstitucional por usurpação de competência da União para edição de normas gerais, pois. Mas não foi o que aconteceu. Ao contrário. A Lei Municipal fixou regras específicas – suplementares – a serem adotadas pelo (e tão-somente) RESENPREVI, que não contrariam as regras gerais.

Entender diferente, a nosso sentir, seria caminhar em terreno pantanoso. Restando a pergunta: como – de que maneira – seriam esses recursos aplicados? Não quis o legislador intrometer-se em matéria técnica – razão por que a deixou a cargo do CMN, mas também não quis deixar ao alvedrio de gestores a maneira – e o local – de aplicação dos recursos.

Posto isso, em relação às questões de nº 1 e 2, continuamos entendendo que a novel legislação federal, sobredita, respeitadas os limites percentuais fixados quanto à distribuição dos recursos nas diversas modalidades de aplicações, não exige que os mesmos sejam integralmente aplicados em instituições bancárias estatais. Ainda, de se notar o parágrafo 1º do artigo 9º Resolução CMN nº 3.244/04:

“§ 1º - Os recursos, quando em espécie, devem permanecer obrigatoriamente depositados EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS BANCÁRIAS.”

Ocorre que o artigo 27, inciso IV da Lei Municipal nº 2.325/01 determina que a aplicação de recursos do RESENPREVI se dê por meio de instituição financeira privada em que o Governo Federal tenha participação acionária. Devemos observá-la, *in casu*, pois.

Quanto à questão nº 3, entendemos que os novos critérios, listados na Resolução CVM nº 3.244/04, deverão ser considerados. Cumpre observar o parágrafo 2º do art. 11:

“§ 2º - Os regimes próprios de previdência social que possuem em suas carteiras, na data da entrada em vigor desta resolução, aplicações em títulos, valores mobiliários e demais ativos financeiros ou modalidades operacionais que não os previstos nos ARTS. 3º e 4º devem enquadrar-se nas condições estabelecidas nesta resolução ATÉ 30 DE JUNHO DE 2005”.

Já para a questão de nº 4, continuamos não enxergando relação do presente assunto com a Lei nº 8.666/93. Entrementes, cumpre observar o art. 6º da Resolução CVM nº 3.244/04.

“Art. 6º - Para fins do disposto nesta resolução, a atividade de gestão da aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social deve ser desempenhada de acordo com uma das seguintes formas:

I - **gestão própria**, quando a aplicação dos recursos for realizada pela própria entidade gestora do regime próprio de previdência social;

II - **gestão por entidades credenciadas**, quando a aplicação dos recursos for realizada por instituição(ões) financeira(s) ou outra(s) instituição(ões) autorizada(s) a funcionar pelo Banco Central do Brasil, autorizada(s) pela Comissão de Valores Mobiliários para o exercício profissional de administração de carteira, nos termos do art. 23 da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976 – **INSTITUIÇÃO(ÕES) ADMINISTRADORA(S) –, SELECIONADA(S) MEDIANTE PROCESSO DE CREDENCIAMENTO QUE DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO, COMO CRITÉRIOS MÍNIMOS, A SOLIDEZ PATRIMONIAL, O VOLUME DE RECURSOS ADMINISTRADOS E A EXPERIÊNCIA NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE ADMINISTRAÇÃO DE RECURSOS DE TERCEIROS;**

III - **gestão mista**, quando a aplicação dos recursos for realizada, parte pela entidade gestora do regime próprio de previdência social e parte por instituição(ões) financeiras(s) selecionada(s) mediante processo de credenciamento, observados os mesmos critérios definidos no inciso II.

§ 1º - A exigência de seleção de instituição(ões) administradora(s) nos termos do *caput*, incisos II e III, não é necessária na hipótese de aplicação dos recursos do regime próprio de previdência social, por intermédio da(s) mesma(s), nos títulos referidos no art. 3º, inciso I.” (grifamos)

O Ministério Público, representado pela Procuradora de Justiça, Dra. Delja Marucia, às fls. 70, concorda com a instrução.

Constatando que a presente consulta não teve nova manifestação da PGT,

conforme o voto proferido na sessão de 14/12/2004, o processo foi restituído visando à regularidade da instrução, sendo alertado à Procuradoria que atentasse para o disposto no artigo 43, § 1º, da Lei Complementar Federal nº 101/00, transcrito a seguir:

“Art. 43 - As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.

§ 1º - As disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos, ainda que vinculadas a fundos específicos a que se referem os arts. 249 e 250 da Constituição, ficarão depositadas em conta separada das demais disponibilidades de cada ente **e aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.**” (grifo meu)

Às fls. 75/78 consta parecer da PGT mantendo seu entendimento contrário à manifestação do Corpo Instrutivo e do Plenário desta Corte de Contas, nos seguintes termos:

“(…) Minha argumentação no parecer girava em torno da (in)constitucionalidade do art. 6º, inciso IV, da Lei nº 9.717/98, que dava fundamento de validade à Resolução nº 2.652/99 e agora fundamenta a Resolução nº 3.244/04.

Com efeito, não vejo como uma Lei Ordinária Federal possa, a pretexto de veicular normas gerais de direito previdenciário, delegar ao Conselho Monetário Nacional – apêndice da União Federal – competência para reger minuciosamente as aplicações financeiras dos fundos previdenciários dos demais entes federativos.

Trata-se, a meu sentir, de clara violação do princípio federativo, uma vez que o conceito de norma geral, por mais tormentoso que seja, é absolutamente incompatível com regras minuciosas, as quais chegam a determinar quais aplicações e em que percentuais podem ser feitas pelos fundos previdenciários.

Tenho que os Estados-membros e os Municípios devam lutar pela preservação de sua autonomia, ao invés de deixarem-se inteiramente à mercê dos ditames da União Federal, tal como em diversos dispositivos tenta fazer a Lei nº 9.717/98 em matéria previdenciária. (...)”

Apresenta, também, a seguinte ponderação em relação ao disposto no artigo 43, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal:

“(...) No que diz respeito ao disposto no art. 43, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal, entendo que o ente federativo deva-lhe inteira observância, de tal sorte que as disponibilidades de caixa dos regimes de previdência social deverão ficar em contas separadas das demais.

O fato de ficarem em contas separadas não implica que devam ficar em instituições financeiras diversas, muito menos em instituições financeiras privadas, haja visto o disposto no art. 164, § 3º da Constituição, ao qual refere-se o próprio *caput* do art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal. (...)”

O Ministério Público, representado pelo Procurador de Justiça, Dr. Horácio Machado Medeiros, às fls. 79, concorda com o parecer da PGT.

É o relatório.

Por vezes, algumas decisões tomadas por esta Corte de Contas são motivo de críticas, com o argumento de que são mais políticas do que técnicas. O que esses críticos não sabem, ou fingem não saber, é que não se pode eliminar da Administração Pública a sua essência política. E se esquecem que acima de qualquer norma legal, que fundamentam os pareceres estritamente técnicos, está o interesse público.

Sobre esse tema já me manifestei em voto prolatado no processo 221.577-2/01, referente à Consulta formulada pela Prefeitura Municipal de Quatis, que versava sobre a aplicação do dispositivo previsto no artigo 29-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 25, de 14/02/00. Na ocasião, quis deixar registrado em Plenário que, na esfera pública, felizmente, algumas decisões são tomadas considerando-se primordialmente fatores políticos, justificados pela supremacia do interesse público. Creio ser relevante trazer parte do voto proferido naquela ocasião:

“(...)”

Não-Observância dos Limites em face de Circunstâncias Excepcionais.

Os esclarecimentos apresentados até agora na fundamentação de meu voto, respondem aos questionamentos constantes dos itens 1, 3 e 4 da Consulta formulada. Passarei agora, a analisar o item 2, que se refere à possibilidade de serem ultrapassados os limites estabelecidos no artigo 29-A, considerando circunstâncias excepcionais.

De forma equivocada, o Prefeito Municipal de Quatis apresenta um caso concreto: o repasse de recursos para a construção da sede do Legislativo, iniciada em 1998, se fazia necessário mesmo sendo ultrapassados os limites

fixados no artigo 29-A, já que a paralisação dos serviços, conforme as razões apresentadas, “acarretaria certamente prejuízos ao erário em virtude de dilapidações”. Também alega que a obra estava prevista no Plano Plurianual de 1998/2001, cuja Lei nº 168/1998 foi editada antes de 01/01/01, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 25/2000.

Como já me manifestei neste processo, tanto o Corpo Instrutivo quanto a PGT tangenciaram o equívoco cometido pelo Chefe do Executivo, respondendo em tese às questões formuladas. Tecnicamente corretas, as respostas apontam para a impossibilidade da ultrapassagem dos limites fixados para os gastos com o Poder Legislativo, devendo os Administradores Públicos de ambos os Poderes, se adequarem à nova ordem constitucional, o que inclui todas as leis que compõem o ciclo orçamentário, incorrendo em crime de responsabilidade no caso de transgressão.

Também entendo que a nova ordem não admite qualquer possibilidade de exceção ao regramento estabelecido no artigo 29-A. Contudo, creio ser importante agregar às respostas apresentadas um aspecto que entendo por demais relevante.

De forma diferente do setor privado, as decisões tomadas na Administração Pública ocorrem entre dois extremos. No primeiro, são tomadas decisões estritamente técnicas, fundamentadas na legalidade, em análises de custo-benefício e em estudos complexos de viabilidade técnico-econômica. Já no outro extremo são tomadas decisões baseadas em argumentos essencialmente políticos, que possuem forte apelo popular, mas quase sempre carentes de estudos técnicos mais aprofundados que respaldem os atos praticados. Também é comum que tais atos afrontem o princípio da legalidade.

O segredo do Administrador Público de sucesso é aquele que consegue perceber claramente quando sua decisão deve ser tomada mais próxima de um extremo do que do outro. Se um gestor público, não importa a situação que exige a sua atuação, sempre toma as decisões somente considerando aspectos técnicos e legais, certamente não será aborrecido mais adiante com pedidos de esclarecimentos ou outras exigências por parte dos órgãos fiscalizadores. Mas também corre o sério risco de ser caracterizado como um tecnocrata, que considera as conseqüências negativas para a população, decorrentes de sua decisão, um simples acidente de percurso. Este seria o caso de um administrador que ordena a demissão de funcionários das creches ou de postos de saúde municipais, inviabilizando seu funcionamento, pois seu órgão de controle interno sinalizou para a ultrapassagem dos limites de pessoal previstos na Lei Complementar Federal nº 101/00.

Se ao contrário temos um gestor que sempre toma suas decisões com base em argumentos políticos, contrariando dispositivos legais, as metas estabelecidas no planejamento e os estudos elaborados dentro da boa técnica, muito provavelmente seus objetivos ficarão pelo meio do caminho por falta de recursos ou comprometerão de forma irremediável as gestões seguintes. Para esses gestores, denominados atualmente de irresponsáveis, antes chamados de populistas, é que foi editada recentemente a Lei de Responsabilidade Fiscal, aplicando-lhes severas sanções e sujeitando suas administrações à fiscalização concomitante pelos órgãos de controle externo, com destaque para os Tribunais de Contas. Para coibir as ações irresponsáveis desses administradores é que também foi aprovada a Emenda Constitucional nº 25/2000.

Evidentemente, com tantas penalidades impostas pela atual legislação, inclusive com a privação da liberdade, é muito mais seguro para os administradores públicos tomarem decisões seguindo a literalidade dos dispositivos legais, independente dos transtornos e aflições que tais decisões possam trazer para a população. Certamente terão suas contas julgadas regulares e poderão até receber prêmios pela prática de uma gestão responsável, conforme disposto no § 1º do artigo 67 da Lei Complementar nº 101/00. Mas, normalmente, o resultado das urnas demonstra que o povo, sabiamente, não leva em consideração apenas uma gestão preocupada em ser tecnicamente perfeita, como se pudéssemos eliminar da Administração Pública a sua essência: o componente político.

Antes que me entendam de forma equivocada, devo imediatamente ressaltar que não estou fazendo apologia do gestor irresponsável, que decide os rumos de sua administração sem qualquer preocupação com os princípios que devem nortear todos os seus atos, principalmente a legalidade, a moralidade e a economicidade. Para esses antigos populistas, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu limitadores para seus rompantes, e prevê severas penalidades para aqueles que insistirem em gerir a coisa pública de forma irresponsável. A própria população, bem mais informada e interessada em exercer a cidadania, também tem punido tais governantes ao lhes destinar votações ínfimas.

O que quero frisar neste momento é que a sociedade brasileira exige e necessita de gestores que aliem a competência técnica à coragem de tomar decisões que se justificam pelo interesse público. Ao tomar tais decisões, que muitas vezes contrariam dispositivos legais ou carecem de estudos mais aprofundados, o administrador se sujeita a ser questionado mais a frente pelos órgãos fiscalizadores, podendo até ser punido caso a razão maior para a prática de seus atos não fique devidamente comprovada.

Assim, gostaria de terminar a fundamentação de meu voto chamando a atenção do Prefeito Municipal de Quatis para o fato de que a prática de seus atos, especialmente em relação às regras impostas pelo artigo 29-A da Constituição Federal objeto desta Consulta, deve ser pautada pelo princípio da legalidade, como determinado pela instrução do Corpo Instrutivo e da PGT, devendo os limites ali estabelecidos serem rigidamente obedecidos a partir de 01/01/01, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 25/2000. Contudo, devo frisar que esta Corte de Contas ao tomar suas decisões, também considera as circunstâncias excepcionais que levaram os Administradores Públicos a praticar seus atos, adotando, muitas vezes, *in casu*, posicionamentos favoráveis aos gestores que consigam demonstrar, de forma inquestionável, que suas ações se justificaram, acima de tudo, pelo interesse público. (...)"

Escolhi este caminho para iniciar a fundamentação de meu voto com o objetivo de demonstrar, no caso do tema da presente consulta, a importância de não considerarmos apenas argumentos técnicos em nosso processo de tomada de decisão.

A tese apresentada pela Procuradoria Geral do Tribunal conclui que não é possível aplicar recursos do sistema próprio de previdência em instituições financeiras privadas. Mesmo que a consideremos tecnicamente correta, a adoção deste entendimento, salvo melhor juízo, traria graves conseqüências para o nosso sistema financeiro, com a migração de bilhões de reais do setor privado para os bancos oficiais (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal).

O caos que tal entendimento, baseado em fatores estritamente técnicos, provocaria em nossa economia, serve como alerta para que sempre busquemos decisões que melhor atendam ao interesse público.

Portanto, quando comecei a examinar o processo, de pronto considerei a relevância do tema e concluí que, tendo em vista o interesse público, a tese apresentada pela PGT não poderia ser acolhida.

Mas graças a brilhante intervenção do Corpo Instrutivo, meu convencimento sobre o mérito da Consulta também encontrou uma base técnica. O parecer construído pelo Corpo Instrutivo aborda todos os pontos levantados pela PGT e, em meu entendimento, derruba a tese apresentada.

Devo apenas complementar que, quando chamei a atenção da PGT para atentar para o disposto no art. 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal, não tive o objetivo de convencer o procurador com o argumento de que a citada norma veio estabelecer que as disponibilidades de caixa ficariam depositadas em contas separadas das demais disponibilidades de cada ente. Mas sim, mostrar que no final do parágrafo primeiro do

art. 43 o diploma legal em comento dispõe que as disponibilidades financeiras seriam “(...) aplicadas nas condições de mercado, com observância dos limites e condições de proteção e prudência financeira.”

Ora, em meu entendimento, a norma permitiu, com base no princípio da eficiência, que os gestores do Sistema Público de Previdência buscassem no mercado, aí incluindo evidentemente o setor privado, as melhores taxas para a remuneração dos recursos financeiros, devendo ser observados os limites e condições de proteção e prudência, estabelecidos atualmente pela Resolução do Conselho Monetário Nacional.

Por último, creio ser relevante trazer para os autos a informação de que em outros processos de Consulta sobre o mesmo tema, esta Corte já se manifestou de forma favorável à contratação de instituições privadas para investir os valores destinados à previdência dos servidores públicos. Tal posicionamento, nos processos que cito a seguir, tiveram o de acordo da PGT:

Processo 219.937-8/05 (Sessão de 04/04/2006 – Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior):

Trata o presente processo de Consulta, formulada pelo Sr. Jorge Serfiotis, Prefeito Municipal de Porto Real, solicitando esclarecimentos acerca da possibilidade de contratação de instituição privada para investir os valores destinados à previdência dos servidores, em um fundo particular.

O Corpo Instrutivo, às fls. 04/10, ao efetuar a análise dos autos, sugere:

I - Conhecimento desta consulta, tendo em vista que foram cumpridos os pressupostos de admissibilidade;

II - Expedição de Ofício ao Sr. Jorge Serfiotis, encaminhando resposta a presente, como prejulgamento da tese, destituída de efeito vinculante, conforme disposição constante no art. 4º da Deliberação TCE nº 216/00;

III - Arquivamento do presente processo.

A Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em seu Parecer, às fls. 13/21, opina da mesma forma apresentada pelo Corpo Instrutivo.

O Ilustre Procurador Horacio Medeiros, representante do Ministério Público Especial, manifesta-se em idêntico sentido, às fls. 22.

É o relatório.

Preliminarmente, cabe ressaltar o estabelecido no artigo 1º da Deliberação TCE nº 216/00, relativa à formulação de consultas a este Tribunal, *in verbis*:

“O Tribunal responderá as Consultas que lhe forem formuladas pelos Titulares dos Poderes do Estado e dos Municípios e de suas Administrações Indiretas, desde que se refiram a dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais concernentes a matéria de sua competência”.

Analisando a presente consulta, verifica-se que os elementos que constituem questões preliminares, a serem verificadas antes do mérito, se encontram em consonância com a legislação sobre o tema. A consulta foi encaminhada pelo titular do Município, e a matéria suscitada é de competência desta Corte.

A consulta em exame foi formulada nos seguintes termos: “Ao invés de criar um fundo de previdência municipal ou mesmo um instituto com a mesma destinação ou recolher os descontos previdenciários ao INSS, poderia a administração municipal contratar instituição privada ou estatal para investir os valores destinados a previdência dos servidores em um fundo particular, uma vez que, criado um instituto de previdência municipal este iria aplicar os recursos que formam o fundo previdenciário no mercado financeiro para a garantia de rendimento e estabilidade da moeda”.

A Lei 9.717/98, que dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios da previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal, em seu artigo 6º, inciso IV descreve como atribuição do Conselho Monetário Nacional (CMN) a competência para estabelecer os critérios de aplicação de recursos dos fundos previdenciários.

Na Resolução 3.244/2004, que regulamenta o supracitado dispositivo, o Conselho Monetário Nacional – CMN – estabelece que os recursos em moeda corrente dos fundos previdenciários devem ser aplicados tendo presente as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez, sendo alocados nos segmentos de renda fixa, renda variável e de imóveis, de forma a manter a segurança dos valores aplicados.

Consideram-se recursos em moeda corrente as contribuições dos patrocinadores, dos segurados civis e militares, ativos e inativos, e dos pensionistas, os resgates das aplicações financeiras e os aportes de qualquer natureza em espécie, bem como os recursos provenientes das alienações de patrimônio vinculado ao regime próprio de previdência social na forma de bens, direitos ou ativos de qualquer natureza.

O artigo 6º da referida Resolução descreve que:

“ art. 6º - Para fins do disposto nesta resolução, a atividade de gestão da aplicação dos recursos dos regimes próprios de previdência social deve ser desempenhada de acordo com uma das seguintes formas:

I - gestão própria, quando a aplicação de recursos for realizada pela própria entidade gestora do regime próprio de previdência social;

II - gestão por entidades credenciadas, quando a aplicação de recursos for realizada por instituição(ões) financeira(s) ou outra(s) instituição(ões) autorizada(s) a funcionar pelo Banco Central do Brasil, autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários para o exercício profissional de administração de carteira, nos termos do art. 23 da Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976, instituição(ões) administradora(s) selecionada(s) mediante processo de credenciamento que deve levar em consideração, como critérios mínimos, a solidez patrimonial, o volume de recursos administrados e a experiência no exercício da atividade de administração de recursos de terceiros;

III - gestão mista, quando a aplicação dos recursos for realizada, parte pela entidade gestora do regime próprio de previdência social e parte por instituição(ões) financeira(s) selecionada(s) mediante processo de credenciamento, observados os mesmos critérios definidos no inciso II”.

Assim, caberá à Administração a escolha entre as 3 (três) hipóteses autorizadas na Resolução supra, lembrando que, residindo a escolha por entidades credenciadas, descritas no inciso II, não poderá o jurisdicionado se afastar da norma geral da Lei Federal nº 8.666/93, que, em seu artigo 2º, determina a realização de procedimento licitatório para a seleção da empresa que prestará o serviço, de formas a atender o interesse público.

Cabe ressaltar, também, que a empresa que venha a se sagrar vencedora do certame deverá, na prestação do serviço, atender aos ditames da Lei nº 9.717/98, bem como da Resolução 3.244/04.

Ante o exposto e examinado e de acordo com o Corpo Instrutivo, a Procuradoria desta Corte e o Ministério Público Especial,

VOTO:

I - Pelo ACOLHIMENTO da presente Consulta;

II - Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao Sr. Jorge Serfiotis, Prefeito Municipal de Porto Real, para que tome ciência da resposta a esta consulta, nos termos da fundamentação do meu Voto;

III - Pelo ARQUIVAMENTO do presente processo.

(...)"

Processo 200.775-1/04 (Sessão de 13/09/2005 – Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco):

" (...) Feitas essas considerações, passo à análise do mérito.

Devo ressaltar que meu entendimento coaduna-se com o apresentado pelo Corpo Instrutivo, pela Procuradoria-Geral deste Tribunal e pelo Ministério Público, conforme destacado a seguir:

- Questão 1

Foi indagado pela consulente que, tendo em vista a Resolução n.º 2.652/99 do Banco Central, qual seria a definição da expressão "banco oficial", se banco público ou banco privado. Como bem colocado pelo Corpo Instrutivo a referida Resolução em momento algum utilizada a expressão "banco oficial".

Acrescenta-se, ainda, que da leitura da Resolução em tela depreende-se que a mesma estabelece que os recursos dos fundos com finalidade previdenciária, instituídos pelos entes da federação, devem ser aplicados em instituições financeiras públicas e/ou privadas, observadas as condições de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez.

- Questão 2

Requer informação, ainda, a consulente se há necessidade de realização de procedimento licitatório para escolha de instituição financeira na qual serão aplicados os referidos recursos, uma vez que a Resolução n.º 2.652/99 não menciona nada a respeito.

Novamente, como bem esposado pela Instrução e pela PGT, qualquer aquisição de bem ou serviço pela administração pública deverá seguir os ditames da Lei Federal n.º 8.666/93. Ao contrário do citado pela consulente, na verdade, a referida Resolução menciona sim a necessidade de seleção da instituição financeira obedecendo o referido Diploma Legal, conforme depreende-se do dispositivo abaixo destacado:

“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 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;” (grifei)

Tal situação nem poderia ser diferente, tendo em vista, inclusive, a supremacia da Lei (das licitações) em relação à Resolução (nº 2.652/99) – princípio da hierarquia das leis.

Ressalta-se, por fim, o adicionado pela PGT no que diz respeito à possibilidade de dispensa de licitação para contratação de instituição financeira, situação esta abordada em parecer da lavra do Procurador Leonardo Fiad, *in verbis*:

“É controvertida a possibilidade de se contratar diretamente uma única instituição bancária, com base na hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso VIII da Lei nº 8.666/93, pois o serviço objeto do contrato possui a natureza jurídica de atividade econômica, o que, segundo alguns doutrinadores e conforme a jurisprudência de algumas Cortes de Contas, violaria alguns dos princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica, como sejam os princípios da isonomia (art. 173, § 1º, inciso II da CF/88) e da livre concorrência (art. 170, inciso IV da CF/88). Caso essa seja a opção administrativa, deverá a instituição contratada, a exemplo do que ocorreria com a instituição vencedora da licitação, oferecer a este ente contrapartida financeira compatível com a praticada no mercado, *ex vi* do que dispõe a parte final do artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal nº 8.666/93.”

A PGT, após a transcrição do referido parecer, concluiu da seguinte forma:

“Assim, o procurador Leonardo Fiad concluiu no sentido de que é possível, em certos casos, a escolha de uma determinada instituição financeira, desde que haja uma contrapartida ao ente estatal pela preferência, mas que tal circunstância tem que ser interpretada de forma **excepcional**, ressalvando ser controversa a escolha de um banco sem a prévia realização de licitação, conclusão a que adiro, tendo em vista concordar com seus fundamentos.” (grifo meu)

Diante do exposto, é de bom alvitre deixar bem claro que, como todos sabem, a regra é proceder-se à licitação (esse é o procedimento que deverá ser sempre prioritariamente utilizado), e como toda a regra há exceções (dispensa e inexigibilidade de licitação), exceções essas estabelecidas na própria lei das licitações e, como exceções, devem ser recorridas de forma excepcional, devidamente comprovadas e justificadas e sempre representando a melhor forma de atender ao interesse público.

Por derradeiro, há que se destacar o disposto no art. 4º da Deliberação TCE/RJ nº 216/00, *in verbis*:

“Art. 4º - A resposta à consulta não possui efeito vinculante ou caráter normativo; entretanto, **constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.**” (grifei)

Dessa forma, a resposta à consulta não se aplica ao fato ou ao caso concreto, mas, sim, constitui-se em prejulgamento da tese.

Pelo exposto e examinado, posiciono-me de acordo com o Corpo Instrutivo, a Procuradoria-Geral deste Tribunal e o Ministério Público e

VOTO:

I - Pelo ACOLHIMENTO da presente Consulta;

II - Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO à Sra. Vanda Ivantes Tavares dando-lhe ciência do inteiro teor deste voto;

III - Por DETERMINAÇÃO à SSE para que, ao efetivar a Expedição de Ofício, faça o mesmo ser acompanhado de cópia das fls. 5/10 e fls. 13/30 e do inteiro teor deste Voto;

IV - Pelo ARQUIVAMENTO do presente processo. (...)”

Portanto, em face do exposto, e de acordo com o Corpo Instrutivo e em desacordo com a Procuradoria-Geral do Tribunal e o Douto Ministério Público,

VOTO:

I - Pelo ACOLHIMENTO da presente Consulta;

II - Pela EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ao atual Diretor Superintendente do Instituto

de Previdência dos Servidores Públicos do Município de Resende – RESENPREVI dando-lhe ciência do inteiro teor deste voto, devendo o mesmo ser alertado para o disposto no art. 27, inciso IV da Lei Municipal 2.325/01, que criou o RESENPREVI;

III - Por DETERMINAÇÃO à SSE para que, ao efetivar a Expedição de Ofício, faça o mesmo ser acompanhado de cópia das fls. 4/13 e fls. 59/65 e do inteiro teor deste Voto;

IV - Pelo ARQUIVAMENTO do presente processo.

Sala das Sessões, 15 de maio de 2007

ALUISIO GAMA DE SOUZA

Relator