



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIAL DA ATIVIDADE CONSULTIVA
PRCON

Parecer **APROVADO** pelo Exmo. Sr.
Procurador-Geral do DF, em 24/09/2015
pelo Exmo. Sr. Governador do DF, em

PGDF
PROCURADORIA-GERAL
DO DISTRITO FEDERAL

Parecer n. 899/2015-PRCON/PGDF
Processo nº 040.003.174/2015
Interessado: SUTES/SEF
Assunto: Ação Pedido Providência

Folha nº: 139
Processo nº: 040003174/2015
Rubrica: [assinatura] Matrícula: 43826

EMENTA: ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE. BANCO DO BRASIL. LEI COMPLEMENTAR N. 151/2015. DEPÓSITOS JUDICIAIS. DECRETO N. 36.699/2015.
1. A imposição legal de que a sistemática implementada pela Lei Complementar n. 151/2015 seja processada por instituição financeira oficial resulta na inviabilidade de competição, de modo a autorizar a contratação direta do Banco do Brasil, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93.
2. A existência de disponibilidade orçamentária é condição para a celebração do contrato. Art. 7º, § 2º, III, da Lei n. 8.666/93.
3. A perfeição jurídico-formal do instrumento está condicionada à superação das ressalvas formuladas neste opinativo.

1. RELATÓRIO

Consulta-nos a **Secretaria de Estado de Fazenda** sobre a adequação jurídica da contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do **BANCO DO BRASIL S/A** para prestar serviços de "recebimento, as transferências para a conta única do Tesouro do Distrito Federal, o controle e o pagamento dos depósitos judiciais e administrativos em dinheiro, referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Distrito Federal seja parte, bem como administração dos fluxos financeiros gerados pelo cumprimento do disposto na Lei Complementar n. 151, 5 de agosto de 2015", pelo período inicial de **12 meses**, ao custo de **0,95%** ao ano sobre o saldo total de depósitos judiciais, que integrem a base de repasse.

Para tanto, o órgão justifica (fls. 115) que o art. 2º da Lei Complementar n. 151/2015 e o art. 1º do Decreto n. 36.699/2015 dispõem que os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital e, portanto, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal e no Banco de Brasília – BRB.

Acrescenta que, em relação ao preço, "a tarifa a ser cobrada por essas instituições foi definida nos termos da Lei Complementar nº 151/2015, para a remuneração referente ao fundo de reserva; no tocante às taxas administrativas, o BANCO deverá aplicar as mesmas praticadas no mercado, para este tipo de contrato".

Os autos foram instruídos com:

- ♦ Minuta de Contrato (fls. 02/7 e 127/133);
- ♦ Lei Complementar n. 151/2015 (fls. 8/11);
- ♦ Decreto n. 36.699/2015 (12/13);
- ♦ Proposta do Banco do Brasil (fls. 16/22 e 28/34);
- ♦ Termo de Compromisso (fls. 37/38);
- ♦ Listagem das entidades e órgãos da Administração (fls. 39/42);
- ♦ Contrato entre o Banco do Brasil e Estado de Goiás (fls. 43/48);
- ♦ Estatuto do BB (fls. 49/72);
- ♦ Declarações de regularidade (73/109);
- ♦ Contrato entre Banco do Brasil e Minas Gerais (fls. 111/114);
- ♦ Projeto Básico e sua aprovação (fls. 115/120);
- ♦ Minutas de despacho (fls. 121/122);
- ♦ Despacho (fls. 123);
- ♦ Informação sobre disponibilidade orçamentária (fls. 126);

2. FUNDAMENTAÇÃO

Especificamente sobre o ajuste pretendido, verifica-se sob o enfoque do art. 37, XXI da Constituição Federal, que a contratação direta só se legitimaria diante das hipóteses de **licitação dispensável** ou de **inexigibilidade**, respectivamente previstas no art. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

No caso, a contratação poderia se acomodar, **em tese**, ao disposto no art. 24, VIII da Lei n. 8666/93:

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

O Banco do Brasil é sociedade de economia mista criada antes da Lei n. 8666/93, tendo como maior acionista a União. Integra, assim, a Administração Pública e foi criado antes da edição da Lei n. 8.666/93, tendo como **atividades notórias** aquelas relacionadas ao sistema financeiro, especialmente administração de contas.

A rigor, estariam preenchidos os requisitos legais, não fosse pela circunstância de o Banco do Brasil ser empresa estatal que **explora atividade econômica**, ainda que desempenhe importante papel social.

É que o art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal impõe-lhe sujeição ao **regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, afigurando-se inconstitucional a interpretação do dispositivo que permitisse ao Banco do Brasil suplantar a concorrência no mercado e angariar contratação direta com o Poder Público sem se submeter à licitação, com base na autorização de dispensa.

Nessa linha de ideias, o renomado MARÇAL JUSTEN FILHO¹, com esteio na jurisprudência do **Tribunal de Contas da União – TCU** (Decisão n. 608/1999-Plenário e Acórdão n. 2.063/2005-Plenário), defende que *“não podem ser contratadas sem licitação as empresas estatais que atuam no mercado. Toda entidade estatal que prestar serviços ou comercializar bens atuando em competição com outras empresas privadas não poderá beneficiar-se de qualquer privilégio ou vantagem. Empresa estatal, atuante na exploração de atividades econômica sob regime de competição com outros agentes privados, não pode ser investida no privilégio de contratação direta com a Administração Pública”*.

Situação diversa se verifica se por uma questão **fática ou legal** somente aquela instituição financeira puder ser contratada pelo Poder Público, o que fará atrair situação de inviabilidade de competição e, pois, de **inexigibilidade de licitação** fundada na letra do *caput* do art. 25 da Lei n. 8.666/93:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:” (grifos nossos)

E é precisamente essa a hipótese dos autos, considerando que os **artigos 2º e 3º da Lei Complementar n. 151/2015** expressamente exigem que a gestão dos recursos de depósitos judiciais e administrativos, para os fins daquela Lei, seja feita exclusivamente por instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital:

“Art. 2o Os depósitos judiciais e administrativos em dinheiro referentes a processos judiciais ou administrativos, tributários ou não tributários, nos quais o Estado, o Distrito Federal ou os Municípios sejam parte, deverão ser efetuados em instituição financeira oficial federal, estadual ou distrital.

Art. 3o A instituição financeira oficial transferirá para a conta única do Tesouro do Estado, do Distrito Federal ou do Município 70% (setenta por cento) do valor atualizado dos depósitos referentes aos processos judiciais e administrativos de que trata o art. 2o, bem como os respectivos acessórios.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos*, 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, pp. 306/307.

Incumbe ao ente público, nos termos desta Lei, optar entre uma ou mais das instituições financeiras oficiais.

Sobre o **conceito** de "instituição financeira oficial", JOSÉ AFONSO DA SILVA define que: "São públicas (ou oficiais) as instituições financeiras instituídas pelo Poder Público, com natureza de empresa pública ou de sociedade de economia mista".²

Segundo se observa pelo conteúdo do Processo Administrativo n. 040.003.211/2015, o DISTRITO FEDERAL pretende contratar tanto o BRB, quanto o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, todas instituições financeiras oficiais.

Portanto, a **determinação legal** de prestação do serviço por instituição financeira oficial e a **correlata posição do Banco do Brasil nessa específica condição**, perfaz o conjunto ideal para se entender inviável (ou ineficaz) o procedimento licitatório, justificando com isso a contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, *caput*, da Lei n. 8.666/93.

A **razão de escolha do fornecedor** está catalogada às fls. 123 e decorre da própria situação analisada no parágrafo anterior.

A **justificativa do preço** (fls. 123) foi exposta como sendo a praticada no mercado "*para esse tipo de contrato, ou seja, o percentual de 0,95% a.a., que é a mesma taxa aplicada no contrato firmado junto ao Governo do Estado de Goiás pelo Banco do Brasil, com o mesmo objetivo, cópia juntada às fls. 43 a 48 do presente processo*".

Incumbe ao órgão consulente verificar se o preço praticado no mercado é compatível com aquele que será exigido no contrato, cabendo ao órgão jurídico apenas atestar a presença da justificativa exigida no art. 26, parágrafo único, III da Lei n. 8666/93, **como ora se implementa**.

O valor estimado do contrato foi de **R\$ 197.600,00**, calculado com a incidência do percentual de 0,95%a.a. sobre o saldo a ser considerado como base de cálculo: R\$ 20.800.000,00, **mas não há informação sobre a que saldo se refere** (seria o atualmente disponível no Banco ?).

² SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional, 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 756.

Não há disponibilidade orçamentária (art. 7º, § 2º, III, da Lei n.

8.666/93).

Os autos também se ressentem da estimativa do **impacto financeiro no exercício** que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (art. 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal) ou, se a contratação não acarretar criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa (art. 16, *caput*, da LRF), a informação correspondente.

Igualmente lhes falta a declaração expressa de que a **despesa tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias** (art. 16, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal), ou, se a contratação não acarretar criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa (art. 16, *caput*, da LRF), a informação correspondente.

A **habilitação jurídica** do Banco do Brasil está às fls. 49/72; a **regularidade fiscal e a qualificação econômico-financeira** estão às fls. 73, enquanto a prova de **regularidade trabalhista** veio às fls. 74/109.

Sobre a minuta de contrato encartada às fls. 127/133, sugere-se as seguintes alterações:

- a) na CLÁUSULA SEGUNDA, **substituir** “do Decreto Distrital” por “no Decreto Distrital”;
- b) na CLÁUSULA SEGUNDA, **substituir** “Justiça Estadual” por “Justiça Comum do Distrito Federal”;
- c) no inciso II do Parágrafo Primeiro da CLÁUSULA SEGUNDA, **excluir** a expressão “e pelos Municípios”, por se inaplicável;
- d) no inciso IV do Parágrafo Primeiro da CLÁUSULA SEGUNDA, **substituir** “Tribunal da Justiça” por “Tribunal de Justiça”;
- e) no inciso VIII do Parágrafo Primeiro da CLÁUSULA SEGUNDA, **substituir** “Estadual” por “Distrital”;

- f) **inserir** no contrato a obrigação da instituição financeira prevista no § 2º do art. 3º da LC 151/2015;
- g) na CLÁUSULA QUARTA, embora redundante, convém acrescentar o termo “no Banco de Brasília – BRB” após “conta única do Tesouro do Distrito Federal”, a fim de deixar claro o cumprimento do previsto no art. 144 da LODF;
- h) na CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA, convém **acrescentar**, além do percentual da remuneração anual, seu correspondente mensal que, **salvo engano**, será de 0,078882%;
- i) **inserir** parágrafo na CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA prevendo os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento (art. 55, III da Lei n. 8666/93), para o caso de atraso no pagamento;
- j) **suprimir** a previsão da CLÁUSULA VIGÉSIMA e seus parágrafos, por ser **incompatível** com a supremacia do interesse público e a noção de cláusula exorbitante que protege o **DISTRITO FEDERAL**, pois outorga ao banco prerrogativa semelhante à rescisão unilateral do contrato;
- k) **substituir** a redação da CLÁUSULA VIGÉSIMA por: “O Contrato poderá ser rescindido de comum acordo, que será reduzido a termo nos autos, desde que haja conveniência para a Administração, na forma do art. 79, II da Lei n. 8.666/93”;
- l) **inserir** cláusula prevendo as sanções administrativas a que se sujeitará o contratado, nos termos dos artigos 81 e seguintes da Lei n. 8.666/93 c/c Decreto n. 26.851/2006.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, **opino** pela viabilidade jurídica da **contratação direta**, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da Lei n. 8.666/93, **desde que superadas as ressalvas deste opinativo.**

À superior consideração.

Brasília, 23 de setembro de 2015.


WESLEY RICARDO BENTO
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF n. 18.566

Folha nº: 145
Processo nº: 040003174/2015
Rubrica: elmc Matrícula: 431826



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



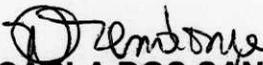
PROCESSO Nº: 040.003.174/2015
INTERESSADO: Secretaria de Estado de Fazenda do DF - SEF
ASSUNTO: Contrato Prestação Serviço
MATÉRIA: Administrativa

APROVO O PARECER Nº 0899 /2015 – PRCON/PGDF, exarado pelo ilustre Procurador do Distrito Federal Wesley Ricardo Bento.

Ressalto que a autoridade administrativa deverá zelar pela correta condução do processo administrativo submetido a exame, sendo de sua inteira responsabilidade a observância às normas legais de regência e às recomendações constantes do opinativo.

Considerando, ainda, o teor dos pronunciamentos desta Procuradoria, recomendo que, após a implementação das observações apontadas, haja manifestação da respectiva assessoria jurídica, em despacho no qual deva versar, exclusivamente, sobre o atendimento aos apontamentos apresentados por esta Casa, ressaltando, em todo caso, a possibilidade de nova análise deste órgão central do Sistema Jurídico do Distrito Federal, caso subsista dúvida jurídica específica.

Em 23 / 09 /2015.


JANAÍNA CARLA DOS SANTOS MENDONÇA
Procuradora-Chefe
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva

Boletim nº: 146 - Mat.: 36.997-7
Processo: 040.003174/2015
Rubrica: P



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Gabinete da Procuradora-Geral
Procuradoria Especial da Atividade Consultiva



De acordo. Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Em 24, 09 /2015.

Paola Aires Corrêa Lima
PAOLA AIRES CORRÊA LIMA
Procuradora-Geral do Distrito Federal