



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL.
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À
UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DE PERNAMBUCO.

NOTA JR n.º 247/2014/PF-UFRPE/PGF/AGU.
PROCESSO N.º 23082.021664/2014-59.
INTERESSADO: NURIC.

Senhor Procurador-Chefe,

01. Trata-se de consulta encaminhada a este órgão de consultoria jurídica sobre a pretensão desta universidade federal de firmar ajuste com o Banco do Brasil, para os fins do art. 19-A, inc. I e anexo VII, da IN MPOG n.º 02/2008, referente à conta - depósito vinculada - bloqueada para movimentação.

02. A matéria é tratada na aludida instrução normativa, com a redação dada pela IN MPOG n.º 03/2014 (**doc. anexo**), nos moldes a seguir:

“Art. 19-A. O edital deverá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra: (NR. Instrução Normativa No 6, de 23 de dezembro de 2013)

*I - previsão de provisionamento de valores para o pagamento das férias, 13º (décimo terceiro) salário e verbas rescisórias aos trabalhadores da contratada, que serão depositados pela Administração em **conta vinculada específica, conforme o disposto no Anexo VII desta Instrução Normativa;** (NR. Instrução Normativa No 6, de 23 de dezembro de 2013)*

(...)

ANEXO VII

CONTA VINCULADA PARA A QUITAÇÃO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

*1. As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que trata este Anexo, em relação à mão de obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão de obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e serão depositados pela Administração em **conta vinculada, doravante, denominada conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação, aberta em nome do prestador de serviço.***

1.1 A movimentação da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação dependerá de autorização do órgão ou entidade contratante e será feita exclusivamente para o pagamento das obrigações a seguir:

1.1.1 O montante dos depósitos da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação será igual ao somatório dos valores das seguintes provisões:

I - 13º (décimo terceiro) salário;

II - férias e um terço constitucional de férias; III - multa sobre o FGTS e contribuição social para as rescisões sem justa causa; e IV - encargos sobre férias e 13º (décimo terceiro) salário.

*1.2 **O órgão ou entidade contratante deverá firmar Termo de Cooperação Técnica com Instituição Financeira,** cuja minuta se constituirá anexo do Edital, o qual determinará os*

termos para a abertura da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação e as condições de sua movimentação.

1.3 **O Termo de Cooperação Técnica poderá ser ajustado às peculiaridades dos serviços, objeto do Contrato Administrativo, e/ou aos procedimentos internos da Instituição Financeira, nos termos deste Anexo.**

2. A assinatura do contrato de prestação de serviços entre o órgão ou entidade contratante e a empresa vencedora do certame será precedida dos seguintes atos:

2.1. solicitação do órgão ou entidade contratante, mediante ofício, de abertura da conta-depósito vinculada-bloqueada para movimentação, conforme disposto no item 1;

2.2. assinatura, pela empresa a ser contratada, no ato da regularização da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação, de termo de autorização que permita ao órgão ou entidade contratante ter acesso aos saldos e aos extratos, e que vincule a movimentação dos valores depositados mediante autorização do órgão contratante, **nos termos do Anexo IX desta Instrução Normativa.**

3. O saldo da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação será remunerado pelo índice de correção da poupança pro rata die, conforme definido no respectivo Termo de Cooperação Técnica.

3.1 Eventual alteração da forma de correção da poupança prevista no item 3 deste Anexo implicará a revisão do Termo de Cooperação Técnica.

4. Os valores referentes às provisões de encargos trabalhistas mencionados no subitem 1.1.1, retidos por meio da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação, deixarão de compor o valor mensal a ser pago diretamente à empresa.

5. Os editais deverão conter expressamente as regras previstas neste Anexo e documento de autorização para a criação da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação, que deverá ser assinado pela contratada, nos termos do art. 19-A desta Instrução Normativa.

6. **Os órgãos ou entidades da Administração Pública Federal poderão negociar com a Instituição Financeira, caso haja cobrança de tarifas bancárias, a isenção ou redução das referidas tarifas para abertura e movimentação da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação.**

7. Os editais deverão informar aos proponentes que, em caso de cobrança de tarifa bancária para operacionalização da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação, os recursos atinentes a essas despesas serão debitados dos valores depositados.

7.1 Os recursos atinentes à cobrança de tarifa bancária para operacionalização da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação poderão ser previstos na proposta da licitante.

7.2 **Os editais deverão informar o valor total/global ou estimado das tarifas bancárias de modo que tal parcela possa constar da planilha apresentada pelos proponentes.**

8. A empresa contratada poderá solicitar a autorização do órgão ou entidade contratante para utilizar os valores da conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação para o pagamento dos encargos trabalhistas previstos neste Anexo ou de eventuais indenizações trabalhistas aos empregados, decorrentes de situações ocorridas durante a vigência do contrato.

8.1 Para a liberação dos recursos em conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação para o pagamento dos encargos trabalhistas ou de eventuais indenizações trabalhistas aos empregados, decorrentes de situações ocorridas durante a vigência do contrato, a empresa deverá apresentar ao órgão ou entidade contratante os documentos comprobatórios da ocorrência das obrigações trabalhistas e seus respectivos prazos de vencimento.

8.2 Após a confirmação da ocorrência da situação que ensejou o pagamento dos e n c a rg o s trabalhistas ou de eventual indenização trabalhista e a conferência dos cálculos, o órgão ou entidade contratante expedirá a autorização para a movimentação dos recursos creditados em conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação e a encaminhará à Instituição Financeira no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da data da apresentação dos documentos comprobatórios pela empresa.

8.3 **A autorização de que trata o item 8.2 deverá especificar que a movimentação será exclusiva para o pagamento dos encargos trabalhistas ou de eventual indenização trabalhista aos trabalhadores favorecidos.**

9. A empresa deverá apresentar ao órgão ou entidade contratante, no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, contados da movimentação, o comprovante das transferências bancárias realizadas para a quitação das obrigações trabalhistas.

10. O saldo remanescente dos recursos depositados na conta-depósito vinculada - bloqueada para movimentação será liberado à empresa no momento do encerramento do contrato, na presença do sindicato da categoria correspondente aos serviços contratados, após a comprovação da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado.

11. A Administração poderá utilizar como referência para fins de provisão dos encargos sociais e trabalhistas o modelo de Planilha disponível no Portal de Compras do Governo Federal (Compras Governamentais), devendo adaptá-lo às especificidades dos serviços a ser contratado.

12. Os valores provisionados para atendimento do subitem 1.1.1 serão discriminados conforme tabela a seguir:

RESERVA MENSAL PARA O PAGAMENTO DE ENCARGOS TRABALHISTAS – PERCENTUAIS INCIDENTES SOBRE A REMUNERAÇÃO (...).” (destaque)

03. Como se observa, o instrumento adequado a ser celebrado entre esta universidade federal e a instituição bancária não é o contrato e sim o **termo de cooperação técnica**, restando portanto, prejudicado o exame da minuta de contrato de prestação de serviços (fls. 02/05).

04. O termo de cooperação técnica pode ser celebrado com qualquer instituição bancária, **não obrigatoriedade, preferência ou privilégio de instituição bancária oficial**, o que se depreende da revogação da redação anterior da instrução normativa em tela, senão veja-se:

“Redação anterior: ANEXO VII (Incluído pela IN 03/2009)

CONTA VINCULADA PARA A QUITAÇÃO DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

*1.1 As provisões realizadas pela Administração contratante para o pagamento dos encargos trabalhistas de que tratam este Anexo, em relação à mão-de-obra das empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua, por meio de dedicação exclusiva de mão-de-obra, serão destacadas do valor mensal do contrato e depositados em conta vinculada em **instituição bancária oficial**, bloqueada para movimentação e aberta em nome da empresa.*

(...)

*1.4 O órgão ou entidade contratante deverá firmar acordo de cooperação com **instituição bancária oficial**, que terá efeito subsidiário à presente instrução normativa, determinando os termos para a abertura da conta corrente vinculada.*

(...)

*2.3 assinatura, pela empresa a ser contratada, no ato da regularização da conta corrente vinculada, de termo específico da **instituição financeira oficial** que permita ao contratante ter acesso aos saldos e extratos, e vincule a movimentação dos valores depositados à autorização da Administração.*

*7.2 O contratante expedirá, após a confirmação da ocorrência da indenização trabalhista e a conferência dos cálculos, a autorização para a movimentação, encaminhado a referida autorização à **instituição financeira oficial** no prazo máximo de cinco dias úteis, a contar da data da apresentação dos documentos comprobatórios da empresa.”(grifos)*

05. No mesmo sentido, é aplicável, ao menos analogicamente, o disposto na Orientação Normativa AGU n.º 13/2009 e sua respectiva fundamentação, a seguir:

“EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI No 8.666, DE 1993.

REFERÊNCIAS: Art. 173, § 1º, inc. II, Constituição Federal; art. 2º e parágrafo único, art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdãos TCU 2203/2005-Primeira Câmara, 2063/2005-Plenário, 2399/2006-Plenário.

FUNDAMENTAÇÃO:

Determina o art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993, no inc. VIII, que é dispensável a licitação “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”.

Como se observa, em referida hipótese de dispensa de licitação, a Administração Pública “contratará” a aquisição de bens ou a prestação de serviços de órgão ou entidade que a integre e que tenha sido criado para aquele fim específico.

Na verdade, observa-se que a relação jurídica a ser travada entre as partes não se enquadra no conceito de contrato administrativo previsto no parágrafo único, do art. 2º, da própria Lei nº 8.666, de 1993, pois que o órgão ou entidade criado integra a Administração Pública, de modo que não pode ser qualificado como “terceiro”, nem tampouco “particular”.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, **quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação,** ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. **Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.**

Assim, independente da existência de referido dispositivo legal seria possível a “contratação” direta do órgão ou entidade pela administração pública, seja porque a relação jurídica a ser travada entre as partes não se enquadra no conceito de contrato administrativo previsto em lei, seja porque o órgão ou entidade fora criado para este fim específico, portanto, a “contratação” se dá ex legis, por força imperativa da lei.

De fato, não é razoável admitir que órgão ou entidade criado por lei para fornecer bens ou prestar serviços para a Administração necessite lograr êxito em certame licitatório para cumprir seus fins legais.

A celeuma jurídica reside na possibilidade de referido dispositivo legal ser interpretado de forma a admitir que empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica venham contratar com a Administração Pública, sem prévio procedimento licitatório.

Deve ser aclarado que, definitivamente, não se enquadram no conceito de órgão ou entidade deste inciso as empresas públicas e sociedades de economia mista que exerçam atividade econômica, posto que **admitir exegese em sentido contrário representaria afronta ao art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o qual assegura igualdade no regime jurídico da iniciativa privada e de referidas empresas estatais:**

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...) II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas,** inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...) § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Na verdade, não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria, conforme os seguintes precedentes:

5. A propósito, cumpre observar que, conforme a jurisprudência deste Tribunal, é indevida a dispensa de licitação para contratar sociedade de economia mista que

desempenha atividade econômica, sujeita à **livre concorrência**, pois essas entidades **não devem possuir privilégios que não sejam extensíveis às empresas da iniciativa privada**. (Acórdão 2.399/2006- Plenário)

2. É ilegal a aquisição direta de combustível, por dispensa de licitação, ainda que seja o fornecedor entidade da administração indireta, no caso sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, **submetida, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas**. (Acórdão 2.063/2005-Plenário)

Consigne-se, ainda, que antes de celebrar "contrato" com referidas entidades, deve a Administração Pública aferir se os preços cotados estão compatíveis com os valores usuais praticados no mercado." (original não destacado)

06. Assim, é recomendada a elaboração de um **edital de chamamento público ou de credenciamento**, conforme o caso, em consonância ainda com os postulados constitucionais da **igualdade e da impessoalidade** (arts. 5º e 37, da CF), **visando selecionar a(s) proposta(s) mais vantajosa(s)** para a UFRPE, por exemplo, quanto à isenção ou redução da tarifa bancária (vide item 6, do ANEXO II da IN MPOG n.º 02/2008 e art. 3º, caput, da Lei n.º 8.666/93), **com a possibilidade, por exemplo, no caso de empate, de sorteio de uma única parceira (edital chamamento público) ou de credenciamento cumulativo de parceiros e distribuição igualitária de demanda (edital de credenciamento)**, conforme justificativa quanto à vantagem para esta universidade federal.

07. Neste ponto, destaca-se o disposto no Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU *in verbis*: "**O Órgão Consultivo não deve emitir opiniões conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade**".

08. Desta forma, **restou prejudicado no presente momento o exame da minuta de termo de cooperação técnica referente ao Banco do Brasil** (fls. 06/13), cujos termos inclusive, não apresentam quaisquer justificativas de ordem técnica e/ou procedimental, além do registro de não observar as cláusulas do modelo padrão disposto na instrução normativa em comento.

09. Não é demais destacar que a IN MPOG n.º 03/2014 (**doc. anexo**), apresenta **minuta padrão de termo de cooperação técnica** e respectivos anexos (**doc. anexo**), que pode ser ajustada às peculiaridades dos serviços terceirizados e/ou aos procedimentos internos da instituição financeira - **naturalmente, mediante justificativa técnica da(s) instituição(ões) bancária(s), avaliação e/ou justificativa do gestor público desta universidade, a ser acosta ao processo, observados os termos do anexo desta instrução normativa** (vide item 1.3, do ANEXO II da IN MPOG n.º 02/2008), com destaque, a título exemplificativo, para a cláusula obrigatória e inerente aos ajustes de cooperação (sob pena de desvirtuar o instrumento jurídico), a seguir:

**" CLÁUSULA SEXTA
DOS RECURSOS FINANCEIROS E MATERIAIS**

Este Termo de Cooperação Técnica não implica desembolso, a qualquer título, presente ou futuro, sendo vedada a transferência de recursos financeiros entre os Partícipes".

(g.n.)

10. O Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU n.º 31, *in verbis*: "**A segurança do Advogado Público pode recomendar a devolução do processo, sempre que faltarem elementos suficientes à manifestação jurídica. Contudo, os processos não devem ser devolvidos caso a providência não seja imprescindível à análise, sendo possível, nestes casos, a emissão de conclusões condicionadas ao saneamento de formalidades não prejudiciais à apreciação jurídica**". (destaque).

11. Assim, o processo deve ser encaminhado ao órgão consulente para ciência e providências visando complementar a instrução processual, **com o decorrente retorno dos autos**, para fins de manifestação jurídica prévia por esta Procuradoria Federal (art. 38,

parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93), quanto à minuta de edital de chamamento público ou de credenciamento, conforme o caso (vide item 6 deste opinativo).

12. É a manifestação, de caráter opinativo, a qual é submetida à consideração de Vossa Senhoria.

Recife, 31 de outubro de 2014.

José Reginaldo Pereira Gomes Filho.
Procurador Federal.
Coordenador Jurídico da PF/UFRPE.