

**PARECER ASJUR Nº 10/2014**

**ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE CUSTÓDIA QUALIFICADA E CONTROLADORIA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. HIPÓTESE LEGAL ESPECÍFICA DO ART. 28 DA LEI Nº 12.618, DE 2012. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO FUTURA NOS MOLDES DA LEI Nº 8.666/1993.**

**I – DO OBJETO**

Trata-se do processo nº 00.064/2014, recebido em 21 de outubro para análise jurídica, referente à contratação dos serviços de custódia qualificada e de controladoria para a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário – Funpresp-Jud.

**II - DOS DOCUMENTOS CONSTANTES DO PROCESSO LICITATÓRIO**

Os autos estão instruídos com a Nota Técnica nº 16 de 15 de setembro de 2014 (fls. 01 a 06), contendo dois anexos (fls. 07/48), entre os quais normativos da Cetip, do Banco Central do Brasil e Código da ANBIMA de Regulação e Melhores Práticas.

Consta nos autos, ainda, o Projeto Básico devidamente aprovado pela Diretoria Executiva (fls. 49 a 56), contendo quatro anexos, entre os quais o Ranking da ANBIMA de Custódia de Ativos (fls. 58/59), a Proposta Comercial do Banco do Brasil (fls. 61/78), a Proposta Comercial da Caixa Econômica Federal (fls. 80/85) e a minuta do Contrato (fls. 87/105).

Observa-se, ainda, como parte integrante do processo sob análise, menção específica quanto ao custo da contratação para o período de 12 meses (fls. 54), a disponibilidade orçamentária (fls. 05, item 21, fls. 52, item 8 e Termo de Aquisição de Bens e Contratação de Serviços de fls 185), o comprovante de regularidade do Banco do Brasil perante o Sicaf (fls. 277), menção à contratação direta com base na dispensa de licitação (fls. 05), despacho reconhecendo e ratificando a dispensa de licitação (fls. 281) e, finalmente, o Projeto Básico (fls. 49/56) contendo o comparativo de preços entre as instituições financeiras federais, demonstrando que os valores praticados pelo Banco do Brasil são mais vantajosos para a Funpresp-Jud e por isso a escolha de sua contratação (item 9.1, fls. 54/55) .

**III - DA ANÁLISE JURÍDICA**

Inicialmente, cumpre registrar que o serviço de custódia qualificada, controladoria e escrituração de ativos constitui serviço cuja contratação pela Funpresp-Jud é obrigatória, nos termos do art. 14 da Resolução CMN nº 3.792, de 28 de setembro de 2009, aplicável às entidades

fechadas de previdência complementar, por força do art. 9º da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, e especificamente à Funpresp-Jud, como previsto pelo art. 15, *caput*, da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012.

A Coordenação de Investimentos e Finanças, pelas razões técnicas descritas nos itens 1 a 15 (fls. 01/04) da Nota Técnica, demonstrou, mais especificamente no item 10, que **“ao serviço de custódia e controladoria de ativos está normalmente associado o serviço de controles de ativos”** sendo que **“a este serviço, podemos citar a precificação dos títulos e valores mobiliários, a emissão de relatórios constando posições atualizadas e consolidadas de ativos de propriedade do contratante e contratação e apuração das cotas dos planos, no caso de uma EFPC”**.

Registra, ainda, no item 16, da mesma Nota Técnica, que **“a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2013, que institui o regime de previdência complementar dos servidores públicos federais, faculta à Funpresp-Jud, no seu artigo 28, a contratação de gestores dos recursos autorizados e registrados na Comissão de Valores Mobiliários e, até que a licitação para a contratação de tais gestores seja executada, impõe que a administração dos recursos pelos quais é responsável seja feita por instituição financeira federal”**.

O art. 28 da Lei nº 12.618, de 2012, traz hipótese específica de contratação direta aplicável apenas ao período prévio à realização, pela Funpresp-Jud, do processo licitatório a que se refere o art. 15, § 3º, da mesma Lei, qual seja, o certame visando à contratação de instituições, administradores de carteiras ou fundos de investimento para fins de terceirização da gestão dos recursos garantidores dos planos de benefícios da Fundação.

Vejamos o que dispõe o art. 15 da Lei nº 12.618, de 2012, **verbis**:

*Art. 15. A aplicação dos recursos garantidores correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos dos planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud obedecerá às diretrizes e aos limites prudenciais estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).*

**§ 1º A gestão dos recursos garantidores dos planos de benefícios administrados pelas entidades referidas no caput poderá ser realizada por meio de carteira própria, carteira administrada ou fundos de investimento.**

**§ 2º As entidades referidas no caput contratarão, para a gestão dos recursos garantidores prevista neste artigo, somente instituições, administradores de carteiras ou fundos de investimento que estejam autorizados e registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).**

**§ 3º A contratação das instituições a que se refere o § 2º deste artigo será feita mediante licitação, cujos contratos terão prazo total máximo de execução de 5 (cinco) anos.**

Nota-se que a Lei nº 12.618, de 2012, em seu art. 15, § 3º, é expressa ao exigir a realização de licitação para a contratação das instituições que serão responsáveis pelos investimentos dos recursos da Funpresp-Jud não mantidos em carteira própria.

A contratação de tais instituições na forma prevista pelo § 3º do art. 15 supracitado, isto é, através de licitação, só é excepcionada no momento inicial de estruturação da Fundação, conforme prevê o art. 28 da mesma Lei nº 12.618, de 2012, *verbis*:

**Art. 28. Até que seja promovida a contratação na forma prevista no § 3º do art. 15 desta Lei, a totalidade dos recursos garantidores correspondentes às reservas técnicas, aos fundos e às provisões dos planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud será administrada por instituição financeira federal, mediante taxa de administração praticada a preço de mercado, vedada a cobrança de taxas de performance.**

O dispositivo acima excepciona a obrigatoriedade de licitação em caráter transitório, determinando que as Funpresp contratem uma instituição financeira federal para a gestão de 100% de seus recursos.

Conforme registrado na Nota Técnica (fls. 04, item 16), manifestou-se a Coordenadoria de Investimentos e Finanças no sentido de que ***“até que a licitação para a contratação de tais gestores seja executada, impõe que a administração dos recursos pelos quais é responsável seja feita por instituição financeira federal”***, sendo estes o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

Quanto ao serviço de custódia, a Nota Técnica (item 13) manifestou-se no sentido de que ***“a partir da contratação dos serviços de custódia qualificada e controladoria de ativos, o custodiante passará a ser o responsável por tais práticas, restando à Funpresp-Jud somente a supervisão dos relatórios produzidos por eles”***.

Registre-se, ainda, que na referida Nota Técnica (item 11), a Coordenadoria de Investimentos e Finanças menciona que ***“a precificação de ativos é uma atividade normalmente restrita a instituições financeiras e que delas se exige em geral que sejam habilitadas pela Associação Brasileira de Entidades de Mercado Financeiro e de Capitais (Ambima), não sendo recomendável que a própria EFPC exerça tal atividade”***.

A partir dessa argumentação técnica, parece-nos correto

o enquadramento do serviço de custódia no âmbito da administração ou gestão dos investimentos, o que, como registrado pela área técnica, não envolve apenas a alocação dos recursos nas diversas opções de investimentos, mas também os controles e registros dessa atividade de alocação.

Diante do exposto, o serviço de custódia deve obedecer ao disposto no art. 28 da Lei nº 12.618, de 2012, ou seja, deve ser prestado por instituição financeira federal até que seja realizada a licitação a que se refere o § 3º do art. 15.

Enquanto não realizada a licitação, portanto, trata-se de caso de dispensa de licitação fundamentada na hipótese específica do art. 28 da Lei nº 12.618, de 2012.

Constam dos autos, juntamente com a descrição do objeto a ser contratado e a demonstração de sua necessidade para a Funpresp-Jud (fls. 49/51), a indicação de que a despesa correspondente à contratação em pauta será custeada com recursos do orçamento da Fundação (fls. 185).

Constam, ainda, as propostas apresentadas pelas duas instituições financeiras federais (subitens "a" e "b" do item "custos", constante no item 8, do Projeto Básico), **verbis**:

*a. O Banco do Brasil apresentou proposta para os serviços de Custódia Qualificada e Controladoria de ativos no valor de 0,007% a.a. (sete milésimos por cento ao ano) incidente sobre o patrimônio custodiado. A título de exemplo, o custo previsto para o quarto trimestre de 2014 seria de aproximadamente R\$ 500,00 (patrimônio médio de R\$ 28,5 milhões). Já para o ano de 2015, alcançaria o valor anual de R\$ 2.520,00 (patrimônio médio de R\$ 36 milhões);*

*b. Já a Caixa Econômica Federal apresentou proposta no valor de 0,008% a.a. incidente sobre o patrimônio custodiado com pagamento mínimo mensal de R\$ 1.500,00. Assim, o custo calculado para o quatro trimestre de 2014 seria de R\$ 4.500,00 e a despesa para 2015 de R\$ 18.000,00. Tais valores se devem ao pagamento mínimo mensal requerido, que é substancialmente superior àquele calculado pelo valor percentual apresentado (o qual, ainda assim, já seria superior ao proposto pelo Banco do Brasil).*

No item 10 do Projeto Básico (fls. 55) temos a menção à proposta vencedora, sendo que as razões da escolha do referido prestador dos serviços encontram-se elencadas no item 9.2 - Custo (fls. 54).

Verifica-se, ainda, a descrição da negociação entabulada (item 3, do Projeto Básico – fls. 49 e ss); a natureza do serviço (item 4, fls. 52), a forma e o regime de execução (item 5, fls. 52); a comprovação da regularidade fiscal do fornecedor (fls. 186/278); e o encaminhamento referente ao reconhecimento da dispensa de licitação e sua ratificação por autoridade

superior, contendo a determinação referente à publicação da dispensa no Diário Oficial no prazo legal (fls. 281 do Termo de Justificativa).

Anote-se, ainda, que o processo foi verificado pelo Chefe da Seção de Administração e Finanças da Fundação (fls. 185).

Analisando todos os elementos acima mencionados, verifica-se que a presente dispensa para contratação direta está fulcrada no art. 28 da Lei nº 12.618, de 2012 e não na Lei nº 8.666, de 1993. Trata-se de hipótese transitória de dispensa de licitação, prevista especialmente para a fase de estruturação inicial da Funpresp-Jud. Entender de modo diverso significaria entender que a Funpresp-Jud estaria autorizada a realizar novas dispensas no futuro, com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666, de 1993, o que não nos parece adequado diante do enquadramento do presente caso no § 3º do art. 15 da Lei nº 12.619, de 2012.

Com efeito, a Funpresp-Jud deverá promover licitação para a escolha de prestadores de serviços de administração de seus recursos, como determina o § 3º do art. 15 da Lei nº 12.618, de 2012. A dispensa tratada nestes autos só se aplica **“até que seja promovida a contratação na forma prevista no § 3º do art. 15”**, como expressamente estabeleceu o art. 28 do mesmo diploma legal.

Registre-se que o art. 24 da Lei de Licitações prevê rol taxativo das hipóteses de licitação dispensável. Neste sentido, o procurador-geral do MPTCU, Lucas Rocha Furtado (*Curso de Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª ed. atual., Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 62) leciona que, **verbis**:

*O art. 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável. São indicadas, de forma exaustiva, situações que legitimam a contratação direta sem licitação. **As hipóteses previstas neste dispositivo não podem ser aumentadas pelo administrador. Trata-se de lista fechada que não admite que, a pretexto de interpretações extensivas ou analogias, venham a ser criadas hipóteses não autorizadas pelo legislador.***

É importante registrar, porém, que não se trata, nestes autos, de ampliação das hipóteses de dispensa de licitação **“pelo administrador”**. A hipótese de dispensa em questão foi expressamente prevista pelo próprio legislador, no art. 28 da Lei nº 12.618, de 2012, lei esta que tem o mesmo nível hierárquico da Lei de Licitações.

As exigências contidas na parte final do art. 28 (**“mediante taxa de administração praticada a preço de mercado, vedada a cobrança de taxas de performance”**) estão atendidas, haja vista a negociação realizada junto à instituição financeira federal que prestará o serviço (minuta do contrato, fls. 87/105, item 7 e Projeto Básico, fls. 54/55, item 7), não havendo na minuta de contrato qualquer referência a cobranças sobre **“performance”**.

Quanto à minuta de contrato de fls. 87/105, Assessoria Jurídica analisou-a e verificou-se sua regularidade à luz do artigo 38, da lei nº 8.666/93, sendo que a Cláusula Oitava (fls. 100) trata do prazo de vigência do contrato:

***O prazo de vigência deste contrato é de 12 (doze) meses, contados da data de sua assinatura, podendo o mesmo ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos até o limite legal de 60 (sessenta) meses.***

Trata-se de serviço continuado, bem como de contratação obrigatória para a Funpresp-Jud (art. 14 da Resolução CMN nº 3.792, de 2009). Sendo assim, aplica-se o disposto na Orientação Normativa AGU nº 38, de 13 de dezembro de 2011, **verbis**:

***Nos contratos de prestação de serviços de natureza continuada deve-se observar que: a) o prazo de vigência originário, de regra, é de até 12 meses; b) excepcionalmente, este prazo poderá ser fixado por período superior a 12 meses nos casos em que, diante da peculiaridade e/ou complexidade do objeto, fique tecnicamente demonstrado o benefício advindo para a Administração; e c) é juridicamente possível a prorrogação do contrato por prazo diverso do contratado originariamente.***

À certificação orçamentária de fls.185 pode ser aplicada, por analogia, a Orientação Normativa AGU nº 35, de 13 de dezembro de 2011, **verbis**:

***Nos contratos cuja duração ultrapasse o exercício financeiro, a indicação do crédito orçamentário e do respectivo empenho para atender a despesa relativa ao exercício futuro poderá ser formalizada por apostilamento.***

#### **IV - CONCLUSÃO**

Diante das considerações acima esposadas, entendemos que não há óbice jurídico à assinatura do contrato cuja minuta está colacionada às fls. 87/105, observadas as recomendações no que tange à futura licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/1993.

Este é o Parecer desta Assessoria Jurídica.

**Brasília, 22 de outubro de 2014.**

  
**Jordana Perfeito Castro**  
**Assessora Jurídica**