

GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC-018.515/2014-2

Natureza: Representação

Representantes: Ayrton Dias Camargo, Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia

Unidade: Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÕES. PEDIDOS DE CAUTELAR. PROCEDIMENTO PARA CREDENCIAMENTO DE SOCIEDADES DE ADVOGADOS. CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARS.

RELATÓRIO

As representações com pedido de cautelar, objeto deste processo, foram apresentadas por Ayrton Dias Camargo e pelos escritórios de advocacia Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia. As alegadas irregularidades são atinentes ao procedimento, regido pelo Edital 2013/16655 e realizado pelo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A. para o credenciamento de sociedades de advogados.

2. A seguir, transcrevo a primeira instrução da Secex/RJ (peça 19), com proposta de realização de oitiva do Banco do Brasil:

“INTRODUÇÃO

Tratam os autos de expedientes encaminhados pelo Sr. Ayrton Dias Camargo, por intermédio de sua representante (peças 1-2), e pelos escritórios de advocacia Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia (peças 3-5), comunicando supostas ilegalidades na condução do procedimento objeto do Edital 2013/16655 (7421), por meio do qual o Banco do Brasil pretende credenciar sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica à própria instituição, às suas subsidiárias e à Fundação Banco do Brasil, sem exclusividade e sem vínculo empregatício, em uma ou mais áreas de atuação especificadas (peça 1, p. 1).

2. O Sr. Ayrton Dias Camargo requer a suspensão cautelar do procedimento e, no mérito, pede seja ordenada a exclusão dos itens do edital que configuram reserva de mercado e, assim, impedem a participação de amplo espectro de sociedades de advogados, além de ‘anular e afastar a participação do Escritório Viana Peixoto Advogados Associados do certame em questão’ e ‘anular em definitivo o edital, eis que maculado pela sua alteração, com a inclusão do esclarecimento nº 6’ (peça 1, p. 28).

3. Os escritórios de advocacia requerem, liminarmente, a suspensão do processo de credenciamento até o julgamento da presente representação e, no mérito, que seja determinada a anulação do procedimento ou, alternativamente, a anulação dos atos praticados pela Comissão de Credenciamento, a quem deve ser determinada a republicação do edital, abrindo-se novo prazo para apresentação das propostas (peça 3, p. 21-22).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Preliminarmente, cabe consignar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, exigido por força do art. 237, parágrafo único, do mesmo diploma, visto que as peças exordiais contêm matéria de competência deste Tribunal, referem-se a responsável sujeito à sua jurisdição, apresentam indício de

irregularidade, e estão redigidas em linguagem clara e objetiva, contendo nome legível, qualificação e endereço dos representantes.

5. Além disso, impende reconhecer que os requerentes possuem legitimidade para representar a esta Corte de Contas, em vista da prerrogativa constante do inciso VII do art. 237 do Regimento Interno do TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

6. Dessa forma, a representação merece ser conhecida e examinada no mérito, para fins de se comprovar a procedência das alegações, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo normativo.

EXAME TÉCNICO

I. Expediente de Ayrton Dias Camargo

7. Inicialmente, cumpre registrar que se trata do terceiro expediente encaminhado a esta Corte de Contas a respeito do Edital 2013/16655 do Banco do Brasil, todos subscritos pela advogada Luana Katarine Rocha de Souza, representando Virginia de Jesus Aguiar Gomes, (CPF 249.855.358-42), Alysson Kennerly Colaciti (CPF 311.639.298-67) e Ayrton Dias Camargo (CPF 036.241.368-10).

8. O primeiro expediente subscrito pela advogada Luana Katarine Rocha de Souza, representando Virginia de Jesus Aguiar Gomes, foi protocolado em 13/5/2014 e resultou na autuação do TC 012.423/2014-9. O pedido feito neste primeiro expediente consistia no seguinte (peça 1, p. 12, TC 012.423/2014-9):

‘a) Seja dado provimento à presente impugnação e, a critério desse E. TCU, seja, inicialmente, suspenso cautelarmente o curso do certame, para:

a.1) excluir os itens do edital que determinam reserva de mercado, impedindo o amplo espectro de sociedade de advogados de participar do edital, pois maculam os princípios da legislação licitatória, Constituição Federal, conforme explicitados nesta impugnação;

a.2) oficiar o Douto Procurador-Geral da República, para análise e acompanhamento do presente certame.’

9. O segundo expediente subscrito pela advogada, desta feita representando Alysson Kennerly Colaciti (CPF 311.639.298-67), foi protocolado em 9/6/2014 e juntado ao TC 012.423/2014-9. Possui teor praticamente idêntico ao primeiro, como consignado na instrução constante da peça 37 daqueles autos (grifamos):

II. Novos elementos relacionados à mesma licitação

8. Importante registrar que, após a expedição da oitiva e antes do recebimento da resposta do Banco do Brasil, foi juntado aos presentes autos novo expediente (peça 20), protocolado pelo Sr. Alysson Kennerly Colaciti, por intermédio de sua procuradora (peça 22). Em síntese, afora as mesmas questões trazidas na peça que originou esta representação, esse segundo reclamante assevera que a ausência de verificação, por meio de diligências, teria maculado o procedimento, uma vez que permitiu a atribuição de pontos a concorrentes que não possuíam as condições que afirmavam ter (peça 20, p. 5-7). Concretamente, cita um dos participantes do certame realizado pelo Banco do Brasil (Nelson Wilians & Advogados Associados), afirmando que o escritório estaria sendo investigado, em sede de inquérito policial instaurado no Mato Grosso do Sul, por suposta fraude contra a licitação em tela, caracterizada pela simulação de contratação de advogados (contratos elaborados, levados a registro na OAB e, posteriormente, cancelados), visando à participação no torneio ora em exame. Assim, pondera o novo representante que a falta de fiscalização por parte do Banco do Brasil pode acarretar o desconhecimento das reais condições daqueles que poderão vir a ser prestadores de serviços àquela instituição, como no caso do mencionado escritório que, para vencer a licitação, teria criado uma ‘virtual’ banca de advogados’, ferindo, portanto, os princípios da moralidade, da igualdade e da legalidade.

9. Ao fim, após reproduzir os mesmos pleitos constantes da peça original (inclusive o requerimento de concessão de medida cautelar visando à suspensão do procedimento), o novo representante pede para o TCU ‘anular e afastar a participação do Escritório Nelson Wilians

Sociedade de Advogados do certame em questão (peça 20, p.20-21). Roga, ainda, que o Tribunal solicite ao Banco do Brasil 'mídia com todo o conteúdo da licitação em andamento', promovendo-se a juntada desses elementos aos autos da representação. Por último, afirma que a petição está acompanhada de cópia do mencionado inquérito policial (peça 21).'

10. Abaixo transcrevemos o pedido feito no segundo expediente:

'a) Seja dado provimento à presente impugnação e, a critério desse E. TCU, seja, inicialmente, mantido suspenso cautelarmente o curso do certame, para:

a.1) anular e afastar a participação do Escritório Nelson Wilians Sociedade de Advogados do certame em questão;

a.2) excluir os itens do edital que determinam reserva de mercado, impedindo o amplo espectro de sociedade de advogados de participar do edital, pois maculam os princípios da legislação licitatória, Constituição Federal, conforme explicitados nesta impugnação;

a.3) oficiar o Douto Procurador-Geral da República, para análise e acompanhamento do presente certame.'

11. O processo de representação TC 012.423/2014-9 encontra-se em fase de realização de oitiva do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo do Banco do Brasil (Cenop Logística São Paulo), órgão encarregado do procedimento previsto no Edital 2013/16655, consoante determinado no despacho do Ministro-Relator, inserido na peça 45 daqueles autos e transcrito abaixo:

'DESPACHO

Este processo de representação, com pedido de cautelar suspensiva, trata de supostas irregularidades no Edital 2013/16655, cujo objeto é o credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços ao Banco do Brasil S.A.

2. Embora tenha considerado improcedentes as questões apontadas pela representante Virginia de Jesus Aguiar (peça 1), relativas à qualificação técnica dos interessados, a Secex/RJ, ao examinar outros aspectos do edital, entendeu que o procedimento adotado consistiria em nova modalidade licitatória, representando violação ao art. 22, § 8º, da Lei 8.666/1993.

3. Por estar de acordo com a unidade técnica, autorizei a realização de oitiva da instituição financeira.

4. Diante da manifestação do banco e de deliberações anteriores do TCU – em especial no âmbito do TC-041.986/2012-1, em que se analisou o modelo de contratação (previsto no Projeto Jurídico 2.0) –, a Secex/RJ considera superado o ponto em discussão.

5. Acolho essa conclusão.

6. Além disso, houve também a análise de outra representação (peça 20), subscrita por Alysson Kennerly Colaciti, também com pedido de cautelar, sobre o mesmo Edital 2013/16655, cujas alegações foram assim resumidas pela unidade técnica: '... ao não realizar diligências visando à verificação da veracidade das informações prestadas pelos participantes, o Banco do Brasil teria dado causa a vício no procedimento, uma vez que teria permitido a atribuição de pontos a concorrentes que não possuiriam as condições que afirmavam ter, como, por exemplo, a real composição da equipe de advogados declarada'.

7. A respeito do exame dessa nova representação nestes autos, acredito que não acarretará prejuízo ao andamento do processo, tendo em vista que se refere ao mesmo edital e a matéria correlata.

8. No tocante à concessão da cautelar, considero não estar presente o requisito da urgência, pois a contratação está prevista apenas para setembro de 2014.

9. Ademais, concordo com a necessidade de o Banco do Brasil se manifestar a respeito dessa nova matéria trazida aos autos. No entanto, creio que deva ser efetivada mediante a oitiva prevista no art. 250, inciso V, do Regimento Interno, em vez de por diligência.

Diante disso, acolhendo, em essência, a proposta da unidade técnica:

a) conheço das representações apresentadas por Virginia de Jesus Aguiar e Alysson Kennerly Colaciti e indefiro os pedidos de cautelar de ambos;

b) determino a realização da oitiva do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo do Banco do Brasil (Cenop Logística São Paulo), para que, no prazo de 15 (quinze dias), manifeste-se acerca do fato narrado na petição apresentada por Alysson Kennerly Colaciti sob o título 'A falta de diligência prévia – mácula insanável no processo licitatório', e informe:

b.1) se o Banco do Brasil foi cientificado da instauração do inquérito de protocolo nº 526, conduzido pela Delegacia Especializada de Repressão aos Crimes de Defraudações, Falsificações, Falimentares e Fazendários (DEDFAZ) do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do despacho exarado, em 22/5/2014, pela titular daquele órgão;

b.2) se foi realizada alguma verificação tendente a apurar o fato denunciado e registrado no mencionado inquérito e, em caso afirmativo, tendo confirmado a procedência da denúncia, que providências foram adotadas em relação àquela sociedade no que tange ao certame;

b.3) as medidas e os procedimentos previstos para evitar que seja contratada sociedade que incorra em semelhante falha;

c) determino o envio, ao Cenop Logística São Paulo, de cópia das peças 20 e 21 destes autos.'

12. O terceiro expediente subscrito pela advogada, desta feita representando Ayrton Dias Camargo (CPF 036.241.368-10), foi protocolado em 22/7/2014 e resultou na autuação do presente processo. O pedido formulado, como se vê abaixo, é semelhante aos anteriores:

'a. Seja dado provimento à presente impugnação e, a critério desse E. TCU, seja, inicialmente, mantido suspenso cautelarmente o curso do certame, para:

a.1) anular e afastar a participação do Escritório Viana Peixoto Advogados Associados do certame em questão;

a.2) excluir os itens do edital que determinam reserva de mercado, impedindo, o. amplo espectro de sociedade de advogados de participar do edital, pois maculam os princípios da legislação licitatória, Constituição Federal conforme explicitados nesta impugnação;

a.3) anular em definitivo o edital, eis que maculado pela sua alteração, com a inclusão do esclarecimento nº 6;

a.3) oficiar o Douto Procurador-Geral da República, para análise e acompanhamento do presente certame.'

13. A questão referente ao item 'a.2' já foi superada na análise do TC 012.423/2014-9, como mencionado no parágrafo 4 do despacho do Ministro-Relator transcrito acima.

14. Restaria analisar, portanto, as questões relativas à participação de escritório no credenciamento em tela e à alteração do edital.

15. A primeira alegação do representante diz respeito à apresentação, pelo escritório Viana Peixoto Advogados Associados, de documento com característica de fraude. Nas palavras do representante (peça 1, p. 7):

'(...) o documento dos recursos, expõe no item 5.3.2, que fora usado pelo Viana Peixoto Advogados Associados documento com reconhecimento de firmas, em que o cartório não dispõe do cartão de assinaturas de quem firmou o documentos, isso devidamente demonstrado por declaração do próprio que firmou o documento específico.' [sic]

16. Como o representante não juntou nenhum documento ao seu expediente para melhor esclarecer a questão, consultamos as informações disponíveis no sítio do BB.

17. De acordo com ata da sessão reservada de análise de documentos, de 6/2/2014, 161 escritórios participaram do credenciamento, sendo 109 considerados habilitados – entre eles, o escritório Viana Peixoto Advogados Associados – e 52, inabilitados (peça 7).

18. Foram interpostos, então, 78 recursos, como mostra o comunicado de interposição de recursos, de 14/2/2014 (peça 8). Destes, somente o recurso oferecido pelo escritório Reis & Brandão Advogados Associados questionou a habilitação do escritório Viana Peixoto Advogados Associados (peça 8, p. 2), que não teria apresentado as certidões da OAB sobre as inscrições suplementares

relativas aos estados em que pretendia se habilitar, bem como o seu balanço patrimonial não estaria registrado na OAB local. O recurso foi indeferido pela Comissão de Credenciamento (peça 9, p. 5, 11 e 13).

19. Como resultado da apreciação dos 78 recursos, dois escritórios foram inabilitados e outros dois, habilitados. Além disso, um escritório conseguiu, em razão de medida liminar judicial, sua habilitação provisória no procedimento (peça 10, p. 7). Consequentemente, 110 escritórios foram então habilitados no credenciamento.

20. Em seguida, foi publicado o resultado da pontuação dos participantes, consoante ata de sessão reservada de pontuação, de 15/4/2014 (peça 11), e aberto prazo para interposição de recursos.

21. Foram interpostos 34 recursos (peça 12). Dois deles questionaram a pontuação atribuída ao escritório Viana Peixoto Advogados Associados.

22. O escritório Avallone Advogados critica a pontuação atribuída aos atestados apresentados pelo escritório Viana Peixoto Advogados Associados (peça 13).

23. O escritório Signori, Pissini e Marquesini, por sua vez, suscita dúvida quanto à assinatura aposta no atestado fornecido pelo Banco de Brasília S.A. – BRB ao escritório Viana Peixoto Advogados Associados, haja vista que ela difere da assinatura da mesma pessoa aposta em outros atestados e que a Gerência Administrativa da Consultoria Jurídica do BRB teria informado que o signatário do atestado – consultor jurídico do BRB – não possui firma reconhecida na cidade de Maracanaú (CE), não obstante tenha afirmado que ‘o documento e a assinatura conferem com o documento expedido por esta Consultoria Jurídica do BRB – Banco de Brasília S.A., eis que o Escritório Viana Peixoto Advogados presta serviços para o Banco’ (peça 14, p. 5-8).

24. Este último parece ser o recurso citado pelo representante em seu expediente.

25. Em suas contrarrazões, o escritório Viana Peixoto Advogados Associados rebate a acusação remetendo exatamente à informação prestada pelo BRB no sentido de que o seu teor e assinatura conferem com aquele expedido pela Consultoria Jurídica do BB (peça 15).

26. A análise desse e dos demais recursos constam do sítio do BB. Especificamente no que concerne ao recurso do escritório Signori, Pissini e Marquesini contra a pontuação do escritório Viana Peixoto Advogados Associados, a Comissão de Credenciamento assim se pronunciou (peça 16, grifamos):

‘5.3.2 DOS ATESTADOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA – DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS NOS ATESTADOS E COM DIVERGÊNCIA DE ASSINATURA PELO MESMO EMITENTE:

Com relação ao atestado do Banco BRB mencionado no recurso (emitido em 21/10/2013) e apresentado pela Recorrida VIANA PEIXOTO ADV. ASSOCIADOS, diante da verificação apontada pela Recorrente e de diligência posterior efetuada pela Comissão ao Banco BRB, constatou-se que o signatário do documento não possui, de fato, firma aberta no cartório citado (Maracanaú/CE), sendo que o atestado apresenta a referida autenticação da firma do signatário nesse cartório, descumprindo condição editalícia, decidindo a Comissão pela desconsideração da pontuação do referido atestado.

Dessa forma, mesmo desconsiderando esse atestado do Banco BRB no quesito 1 das áreas pontuadas da Recorrida VIANA PEIXOTO ADV. ASSOCIADOS, ainda haveria 5 atestados de instituição financeira aptos para contabilização dos pontos de Instituição Financeira nesse quesito (inclusive na área 4, após reanálise em virtude da resposta da pergunta 51 disponível no portal www.bb.com.br), portanto, não havendo mudança de pontuação em virtude da exclusão desse documento.

Quanto aos demais atestados da Recorrida VIANA PEIXOTO ADV. ASSOCIADOS que exibem algum procedimento do cartório de Maracanaú/CE, a Comissão realizou diligência para aferir a veracidade das informações nos documentos que possuíam firma reconhecida (3 atestados) e autenticação do documento nesse referido cartório (7 atestados).

Foram confirmadas as autenticidades dos documentos pelo referido cartório. Quanto aos atestados emitidos pelo BANCO LEMON e pelo BANCO BRB, não foi possível confirmar os

reconhecimentos de firma dos signatários Alan Lady de Oliveira Costa – BANCO BRB e Eduardo Bettamio Andrade – BANCO LEMON (foi confirmado apenas o reconhecimento de firma da signatária Ana Jamile Silveira de Moura – VERT OPTICAL). Seguindo o entendimento descrito acima devido à irregularidade no documento, será desconsiderado da pontuação da Recorrida VIANA PEIXOTO ADV. ASSOCIADOS o atestado do BANCO LEMON, alterando a pontuação da seguinte forma:

(...)

Esclarecemos também que a Comissão efetua diligências para os casos de alegações com base em argumentos sólidos e prova documental, acerca da veracidade no atendimento aos requisitos do edital. Também responde às observações pontuais realizadas nas peças recursais pelos Escritórios em relação aos atestados. Dessa maneira, é inviável a diligência a todos os documentos apresentados pelas sociedades licitantes em virtude do grande volume de documentos apresentados, sob pena de prorrogar indefinidamente o processo de credenciamento.

Assim, com relação aos demais atestados apresentados pelas sociedades, não há o que se retificar devido à ausência de alegações no recurso por parte da recorrente.’

27. Tendo em vista que a Comissão de Credenciamento do BB desconsiderou o atestado questionado pelo representante na pontuação do escritório Viana Peixoto Advogados Associados, consideramos superada a questão.

28. A segunda alegação do Sr. Ayrton Dias Camargo diz respeito à modificação do edital, por meio do esclarecimento n. 6 da Comissão de Credenciamento, que teria alterado as condições inicialmente previstas no instrumento convocatório no tocante à atribuição de pontuação extra (peça 1, p. 5-7). Esta alegação será abordada no item a seguir, haja vista que o expediente dos escritórios Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia aborda exatamente o mesmo assunto e traz mais subsídios para o exame da questão.

II. Expediente de Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia

29. Os representantes afirmam que a Comissão de Credenciamento desconsiderou o critério para atribuição de pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB previsto no item 8.2 do anexo IV do edital e optou por atribuir os pontos extras mesmo que os advogados não possuíssem inscrição em mais de uma seccional da OAB. A Comissão de Credenciamento teria baseado sua decisão no esclarecimento n. 6, publicado em 29/11/2013, três dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes (peça 3, 5-15).

30. Ponderam os representantes que o edital previa a atribuição de uma pontuação em razão da quantidade de advogados dotados nos escritórios, variando de 2 a 16 pontos – mínimo de 6 e mais de 36 profissionais – e, ainda, uma pontuação extra, variando de 1 a 6 pontos – mínimo de 5 e mais de 50 profissionais – para os escritórios que comprovassem a existência, em seus quadros de advogados, profissionais registrados em mais de uma seccional da OAB:

Quesito 3	Documento comprobatório	Pontuação
Número de advogados (sócios, advogados empregados e advogados associados) da sociedade	Documentação prevista no subitem 8.1.b deste Anexo	Até 6: 2 pontos; De 7 a 12: 4 pontos; De 13 a 18: 6 pontos; De 19 a 24: 8 pontos; De 25 a 36: 12 pontos; Acima de 36: 16 pontos.

Pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços:

Quantidade de advogados inscritos na UF que a sociedade indicou para prestar serviços	
De 5 a 10 advogados	1 ponto;

<i>De 11 a 20 advogados</i>	<i>2 pontos;</i>
<i>De 21 a 30 advogados</i>	<i>3 pontos;</i>
<i>De 31 a 40 advogados</i>	<i>4 pontos;</i>
<i>De 41 a 50 advogados</i>	<i>5 pontos;</i>
<i>Acima de 50 advogados</i>	<i>6 pontos.</i>

31. O critério acima, de acordo com os representantes, teria sido desconsiderado pela Comissão de Credenciamento, que teria atribuído os pontos extras mesmo que os advogados não possuíssem inscrição em mais de uma seccional da OAB, com fundamento no esclarecimento n. 6, que foi publicado em 28/11/2013, três dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes. Para comprovar a sua alegação, os representantes reproduzem trecho da análise do recurso oferecido contra o resultado da pontuação (peça 3, p. 14, grifamos):

Assim, a pontuação extra aplicada no referido quesito para as sociedades recorridas está correta, pois os advogados estão 'inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços' (texto do edital), independente de possuir, ou não, inscrição em OAB de outro estado da federação, e mesmo que não possuam inscrição suplementar (texto das respostas aos questionamentos 128 e 129 descritas acima).

32. Em sede de exame sumário, parece assistir razão aos representantes neste aspecto. A interpretação da Comissão de Credenciamento se baseou na segunda parte texto do critério ('inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços'), em aparente contradição com a parte inicial do texto, segundo a qual a pontuação extra seria dada 'em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB' (grifamos).

33. É o que se depreende da leitura do esclarecimento n. 6, que, segundo o sítio do BB, foi publicado em 29/11/2013, como afirmado pelos representantes (peça 17, grifamos):

'Pergunta 128: A pontuação extra prevista no quesito 3, da área de atuação 1, do item 8.2. do Anexo IV, se dá em razão da inscrição do mesmo advogado em mais de uma OAB da unidade da federação que o escritório pretenda concorrer. Solicitamos esclarecimentos pois temos advogados associados nas filiais, com inscrição na OAB da filial, mas que não possuem inscrição na OAB da filial, mas que não possuem inscrição na OAB da unidade de federação da matriz.

Resposta: A pontuação extra de que trata dar-se-á para os advogados com inscrição na OAB da unidade da federação para a qual o escritório pretenda concorrer, independentemente de possuir, ou não, inscrição em OAB de outro estado da federação.

Pergunta 129: Com relação à pontuação (item 8, Anexo IV), o edital estabelece uma pontuação extra (Quesito 2) 'em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços'. Pergunta-se: Estando a sociedade de advogados concorrendo para a área de atuação 3 – Recuperação de Crédito (sem Segmentação) tendo indicado apenas o Estado da Bahia, sendo os seus advogados inscritos na OAB/BA, ela terá direito à pontuação extra ou além de estarem inscritos na OAB/BA eles teriam de ter inscrição em alguma outra unidade da federação para fazer jus à pontuação extra?

Resposta: Na hipótese descrita, a sociedade terá pontuação extra considerando todos os advogados com OAB registrada na seccional da Bahia, mesmo que referidos advogados não possuam segunda inscrição (mesmo que não possuam inscrição suplementar)

Pergunta 130: A pontuação extra prevista no quesito 3, da área de atuação 1, do item 8.2 do Anexo IV, se dá em razão da inscrição do mesmo advogado em mais de uma OAB da unidade da federação que o escritório pretenda concorrer. Solicitamos esclarecimentos pois temos advogados associados nas filiais, com inscrição na OAB da filial, mas que não possuem inscrição na OAB da unidade de federação da matriz.

Resposta: A pontuação extra de que trata dar-se-á para os advogados com inscrição na OAB da unidade da federação para a qual o escritório pretenda concorrer, independente de possuir, ou não, inscrição em OAB de outro estado da federação.

Pergunta 131: Solicitamos esclarecimentos quanto à pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicar para prestar serviços (Anexo IV, quesitos 3.2.2 e 6, das áreas de atuação 1,2,3 e 4, respectivamente). Os mesmos advogados sócios, advogados empregados e advogados associados da sociedade poderão justificar pontuação extra se, porventura, possuírem inscrição suplementar nas demais unidades de federação que a sociedade pretenda prestar serviços?

Resposta: Sim. A pontuação extra de que trata dar-se-á para os advogados com inscrição na OAB da unidade da federação para a qual o escritório pretenda concorrer, mesmo que já tenha sido computado como extra para outro estado da federação.'

34. Assim, aparentemente teria havido, como alegado pelos representantes, alteração das regras editalícias por meio de esclarecimentos prestados pela Comissão de Credenciamento.

*35. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.*

*36. Analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que, não estão perfeitamente caracterizados os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, este último porque, segundo informações prestadas por e-mail pelos Cenop Logística São Paulo, o processo de credenciamento ainda se encontra suspenso temporariamente e a homologação e a assinatura dos contratos – que, conforme informação prestada nos autos do TC 012.423/2014-9 estavam previstas para os dias 19/8 e 1/9/2014 (peça 37, p. 6) –, somente devem ocorrer no início e em meados de setembro, respectivamente (peça 18):*

'a) estágio atual do procedimento, com informação sobre as próximas etapas previstas, em especial as datas estabelecidas para a homologação e a assinatura dos contratos;

Resposta: O processo se encontra na fase de composição das alterações decorrentes dos recursos apresentados em face do resultado da pontuação obtida no processo de credenciamento. Tão logo as alterações sejam concluídas, será publicada a Ata de Julgamento e Resultado.

A próxima etapa do Processo de Credenciamento corresponde à diligência nos escritórios credenciados antes da contratação a fim de confirmar as informações e declarações prestadas no tocante a estrutura e qualidade dos serviços a serem prestados. Ao final das diligências, atendidas as exigências e confirmada a capacidade de atendimento, a Comissão promoverá a homologação do presente Credenciamento e passará a exigir documentos atualizados dos escritórios objetivando a contratação dos mesmos.

Considerando a complexidade que versa a diligência e a localidade dos escritórios a serem visitados, estimamos em 30 dias para conclusão desta fase. Nesse sentido, a previsão estimada para a Homologação do Credenciamento é início de Setembro de 2014, iniciando a contratação dos escritórios em meados do mesmo mês.'

*37. Assim, a nosso ver, haveria tempo hábil para verificação da ocorrência das supostas irregularidades aventadas pelo representante. Além disso, nos autos do mesmo processo, foi aventada a existência do **periculum in mora** reverso*

38. Assim, antes da concessão da cautelar pleiteada, deve ser realizada a oitiva prévia do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo do Banco do Brasil (Cenop Logística São Paulo), para que apresente informações imprescindíveis à confirmação da existência dos pressupostos acima mencionados, a saber, descon sideração, pela Comissão de Credenciamento, do critério para atribuição de pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB previsto no item 8.2 do anexo IV do edital, e opção pela atribuição dos pontos extras mesmo que os advogados não possuísem inscrição em mais de uma seccional da OAB, com base no esclarecimento n. 6, publicado em 29/11/2013, três dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes.

CONCLUSÃO

39. Os documentos constantes das peças 1 e 3 devem ser conhecidos como representação, por preencherem os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

40. No que tange ao requerimento de medida cautelar, entende-se necessária a realização de oitiva prévia do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo do Banco do Brasil (Cenop Logística São Paulo), para que se confirme a existência dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

41. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

b) determinar, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo do Banco do Brasil (Cenop Logística São Paulo), para, no prazo de cinco dias úteis, manifestar-se sobre os fatos apontados na presente representação, especialmente quanto à desconsideração, pela Comissão de Credenciamento, do critério para atribuição de pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB previsto no item 8.2 do anexo IV do edital, e opção pela atribuição dos pontos extras mesmo que os advogados não possuíssem inscrição em mais de uma seccional da OAB, com base no esclarecimento n. 6, publicado em 29/11/2013, três dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes, caracterizando modificação do edital sem que fosse reaberto o prazo para sua divulgação, conforme estabelece o § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93, alertando-o quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a suspensão cautelar da chamada pública até que se pronuncie sobre o mérito da questão;

c) encaminhar cópia da presente instrução e da peça 3, que deverão subsidiar as manifestações a serem requeridas;

d) comunicar aos representantes a decisão que vier a ser adotada nestes autos.”

3. Em seguida, mediante despacho, entendi ser necessária a alteração dos termos da oitiva. Dessa forma, foi concedido, ao Cenop Logística São Paulo do Banco do Brasil, prazo de cinco dias úteis, para que pudesse se manifestar quanto:

“b.1) à modificação das regras do Edital de Credenciamento 2013/16655(7421), com a alteração do critério de pontuação extra relativa ao número de advogados, promovida indiretamente por meio do ‘esclarecimento nº 6’ da Comissão de Credenciamento, publicado em 29/11/2013;

b.2) ao impacto dessa modificação na formulação das propostas dos interessados e a possibilidade de que tenha ocorrido prejuízo à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e afronta aos princípios do direito relacionados aos procedimentos licitatórios, tais como o da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia;”

4. Reproduzo, na sequência, a instrução da Secex/RJ que examinou o pronunciamento do banco:

“EXAME TÉCNICO

5. O Ofício Cenop São Paulo – 2014/0421, de 2/9/2014, esclareceu o seguinte (peça 35):

a) durante o curso da análise documental para pontuação dos escritórios, verificou-se que a interpretação que originou os esclarecimentos prestados pela Comissão de Credenciamento, posteriormente à entrega da documentação pelos escritórios, em resposta aos questionamentos acerca da pontuação extra, distanciou-se da regra posta no edital, ampliando a pontuação extra para todos os competidores, mesmo aqueles que não possuíam mais de uma OAB, e feriu, assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório;

b) verificou-se, portanto, que a modificação promovida pelo esclarecimento não foi irrelevante, vez que poderia alterar a regra de pontuação estabelecida para fins de qualificação dos escritórios habilitados;

c) em vista disso, a Comissão de Credenciamento, amparada no princípio da autotutela, decidiu anular a fase de pontuação, através de ato formal, exarado em 26/8/2014 e publicado no Diário Oficial da União de 29/8/2014, seção 3, folha 83, adequando a pontuação à literalidade do edital, retornando o procedimento de credenciamento à fase de pontuação;

d) o equívoco não comprometeu o procedimento de credenciamento como um todo, mas apenas um ato específico, qual seja, a pontuação atribuída aos escritórios, de modo que não há que se falar em anulação de todo o certame, mas, sim, de reparo parcial e pontual em fase específica;

e) não há necessidade de retornar às fases anteriores já cumpridas, uma vez que é possível ajustar a pontuação dos escritórios aos ditames do edital no momento da publicação da nova classificação, ou seja, a publicação da nova classificação, em consonância com as regras editalícias, teve o condão de retificar os atos pretéritos;

f) eventual alteração na pontuação no momento atual não faz emergir qualquer direito aos licitantes, pois ainda não há qualificação final relativa à licitação em curso, lembrando que os termos do edital devem ser observados até o encerramento do certame, o que ainda não ocorreu;

g) não há que se falar em prejuízos, eis que a qualificação provisória constitui apenas uma expectativa de direito, inexistindo direito líquido e certo a amparar qualquer pretensão contrária à revisão do ato que atribuiu a pontuação inicial aos licitantes;

h) para corroborar a inexistência de tal direito, a despeito do ajuste na pontuação extra em comento, em estrita conformidade com o edital, a qualificação provisória ainda poderá ser revista, em razão da fase recursal, em outras questões distintas;

i) tal solução visa à preservação do procedimento de credenciamento e aproveitamento dos atos já praticados, o que vai ao encontro do princípio constitucional da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal e de princípios administrativos como a vantajosidade e a economicidade.

6. Examinando o *site* do Banco do Brasil, confirmamos a informação prestada pelo órgão. Em 26/4/2014, a comissão de credenciamento encarregada do procedimento relativo ao edital 2013/16655 (7421) decidiu (peça 36, grifamos):

'A COMISSÃO DE CREDENCIAMENTO, em conjunto com a autoridade superior, tendo como prerrogativas os regramentos extraídos pela Lei Federal 8.666/93 e;

CONSIDERANDO que o Credenciamento já ultrapassou as fases de análise dos documentos de habilitação e de atribuição de pontuação às sociedades habilitadas, sendo que já houve resposta aos recursos e que atualmente está sendo feita a recontagem dos pontos atribuídos às sociedades face ao disposto abaixo;

CONSIDERANDO a supremacia da Administração Pública na condução e encerramento dos procedimentos licitatórios em andamento em sua instância, com fundamento no art. 49, caput, da Lei Federal 8.666/93;

CONSIDERANDO a prerrogativa de autotutela da Administração Pública de rever seus próprios atos para alcançar aspectos de legalidade, e que tem o dever de obedecer à lei e verificar a presença dos pressupostos de validade dos atos que pratica, visando resguardar o princípio da legalidade;

CONSIDERANDO que a Administração deve reconhecer e anular de ofício seus próprios atos quando acometidos de vício de ilegalidade com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/93, no art. 53 da Lei 9.784/99 e nas Súmulas 346 e 473 do STF;

CONSIDERANDO que a adoção como critério de análise dos esclarecimentos 128, 129 e 130 prestados pela Comissão com relação ao quesito 'pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar os serviços', publicados no site www.bb.com.br, distanciou-se da

regra disposta no edital, ampliando a referida pontuação extra para todos os competidores, ferindo assim o princípio da vinculação ao ato convocatório previsto nos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93;

CONSIDERANDO que o artigo 40 da Lei 8.666/93 prevê a obrigatoriedade de que o Edital apresente critérios claros e parâmetros objetivos para o julgamento do certame, sendo que os quais não podem ser alterados posteriormente de forma discricionária pela Administração Pública, cuja margem para discricionariedade com intuito de alterar por meio de mero esclarecimento deve estar na esteira dos princípios da publicidade e da isonomia;

CONSIDERANDO que o artigo 45 da Lei 8.666/93 prevê, de forma geral, que o julgamento da Comissão siga estritamente, na sua literalidade, as regras esculpidas no Edital;

CONSIDERANDO que não está configurada, no momento, a decadência da ação anulatória do ato administrativo de atribuição da pontuação extra às sociedades habilitadas no quesito citado, estando a Comissão no direito de proceder com o pleito anulatório, de acordo com o artigo 54 da Lei nº 9.784/99;

CONSIDERANDO, ainda, o Parecer Jurídico DIJUR – COPUR/ADLIC Nº 0000007700-001, de 13/8/2014, cujo teor corrobora as deliberações desta Comissão de Credenciamento;

DECIDE,

ANULAR PARCIALMENTE, por vício de ilegalidade, o ato constituinte da atribuição de pontuação do Credenciamento 2013/16655 (7421), reconhecendo e decretando a INVALIDAÇÃO DO ATO de aplicação da pontuação extra em razão da quantidade de advogados das sociedades de advogados habilitadas no certame, conforme entendimento aplicado pela Comissão baseado nas respostas aos esclarecimentos 128, 129 e 130 publicados no site www.bb.com.br, e conforme previsto no item 4.8 do Edital e no item 8 do Anexo IV do Edital, aproveitando-se os atos anteriores praticados regularmente, inclusive a análise já efetuada dos recursos referentes ao resultado da pontuação;

CONSIDERAR NULAS, para fins de atribuição de pontuação extra no quesito 3 da Área I, no quesito 2 das Áreas 2 e 3 e no quesito 6 das Áreas 4 e 5 as respostas aos questionamentos 128, 129 e 130 divulgadas no site www.bb.com.br, mantendo-se inalterados os demais quesitos;

REAPLICAR o critério de pontuação às sociedades de advogados habilitadas no certame, conforme previsto no item 4.8 e item 8 do Anexo IV do edital, no que se refere à 'pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar os serviços', seguindo estritamente, na sua literalidade, as regras esculpidas no edital, ajustando a pontuação dos escritórios habilitados por área de atuação e unidade da federação conforme o disposto no documento 'Ata da Sessão Reservada de Análise e Julgamento dos Recursos – Pontuação', publicado no site www.bb.com.br no dia 15/04/2014 e cujo resultado foi publicado na mesma data no Diário Oficial da União;

ENCAMINHAR este Ato Decisório à consideração e decisão da autoridade superior;

ENCAMINHAR este Ato Decisório, bem como a Ata de Sessão Reservada do Resultado da Pontuação proveniente dos atos descritos nos parágrafos acima e o seu respectivo resultado provisório para publicidade.'

7. Em consequência, foi publicado, em 29/8/2014, o resultado da reaplicação do critério, conforme previsto no item 4.8 e no item 8 do Anexo IV do edital (peça 37).

8. Após a divulgação da pontuação calculada com base nas regras do edital, onze escritórios apresentaram recursos (peça 38).

9. De acordo com informação prestada pelo BB (peça 39), o certame encontra-se, neste momento, em fase de composição das alterações decorrentes dos recursos apresentados e a data prevista para conclusão desta fase é 2/12/2014. Em seguida, deverão ocorrer a homologação e a publicação do resultado final (previstas para 15/2/2015), a formalização dos primeiros contratos (prevista para 18/3/2015) e o início da execução dos contratos celebrados (previsto para 24/4/2015).

10. A atitude da Comissão de Credenciamento do Banco do Brasil, de reconhecer a ilegalidade apontada e adotar medidas visando à anulação dos atos inquinados, ao recálculo da pontuação

conforme as regras do edital e à reabertura da fase de recursos encontra respaldo na jurisprudência do TCU (grifamos):

- Acórdão 171/2007 – Plenário

‘Relatório

Trata-se da Representação formulada com base no art. 86, inciso II, da Lei n. 8.443/1992, para noticiar ocorrências verificadas no Conselho Regional de Representantes Comerciais no Estado do Rio Grande do Sul – Core/RS, relativamente ao Processo Seletivo Público n. 01/2006, instaurado com o objetivo de formar cadastro de reserva para provimento gradual das vagas do Quadro de Pessoal da entidade, conforme edital de fls. 01/15.

2. Ditas ocorrências consistem na estipulação de critérios – espécie de prova de títulos –, publicados após a classificação e homologação final dos resultados das provas escritas, sem que houvesse adequada previsão no edital.

(...)

Voto

(...)

25. À vista do quadro ora exposto e considerando a ausência de questionamentos quanto à fase referente às provas escritas, reputo necessário fazer menção a Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 13ª edição, págs. 225/228), que, ao tratar das conseqüências decorrentes dos vícios dos atos administrativos, ressaltou as divergências doutrinárias a respeito, ante as peculiaridades dos ramos do Direito, de acordo com as linhas de exposição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Seabra Fagundes, Celso Antônio Bandeira de Mello, Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles.

26. Não obstante as diferenças de entendimento, a autora afirma que tanto nas nulidades previstas no Direito Civil quanto naquelas do Direito Administrativo os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis), sendo que essa última hipótese é caracterizada quando o vício é sanável.

27. Desse modo e ante o que se verificou neste feito, entendo possível adotar a alternativa proposta pelo ACE da Secex/RS, no que se refere à anulação tão-somente da segunda fase de avaliação, dada a não observância da vinculação ao instrumento convocatório. Creio que o vício verificado na segunda fase do Processo Seletivo n. 01/2006 – Core/RS não teria o condão de invalidar todo o certame, que poderia ser aproveitado com os devidos ajustes, vez que esse defeito poderia ser suprimido, sem comprometimento do todo.

28. Assim, e com a possibilidade de utilização do processo naquilo que restar em conformidade com o ordenamento jurídico vigente, parece-me suficiente, como já deliberado por este Tribunal em casos semelhantes (v.g. Acórdão n. 1.849/2006 – Plenário), endereçar à entidade determinação para a anulação da parte defeituosa detectada, cabendo à Administração rever as contratações realizadas com amparo no questionado procedimento, de forma que sejam efetuadas de acordo com a ordem de classificação obtida pelos candidatos, na fase de avaliação devidamente qualificada no edital (provas escritas).’

- Acórdão 701/2007-Plenário

‘Voto

(...)

Da convalidação do ato de abertura simultânea dos envelopes nº 1- Habilitação e nº 2- Proposta Técnica

13. Destarte, conclui-se que, de fato, houve a ilegalidade apontada pela representante. Entretanto, cumpre ressaltar que a Comissão Especial de Licitação do Ministério da Integração Nacional, ao atentar-se para a ilegalidade acerca da abertura dos Envelopes nº 1- Habilitação e nº 2 – Proposta Técnica, procedeu exclusivamente à análise dos documentos de habilitação e, em 22.03.2007, divulgou o relatório acerca do exame e julgamento da documentação de habilitação, comunicando tal fato a este Tribunal em 26.03.2007.

14. Nesse sentido, bem salientou o titular da SECEX-4 que ‘o resultado da fase de habilitação foi comunicado às licitantes, abrindo-se o prazo recursal, na seqüência estabelecida pela Lei n.º 8.666/1993, ainda que não previsto inicialmente no edital entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas técnicas, não violando, assim, na prática, os interesses que a legislação visa preservar’ (Grifei).

15. Afastando-se da controvérsia do caso concreto, convém recordar que o ato administrativo retira sua legitimidade e validade das leis. Os atos viciados, emanados em dissonância com a prescrição legal, devem ser eliminados ou, quando possível, convalidados. Conclui-se que, constatado o vício sanável, há que se verificar se os efeitos do ato devem ou não ser preservados, extrapolando, portanto, a aferição circunscrita à legalidade estrita.

(1) art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação; II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; [...]

16. Nesse sentido, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, prevê em seu art. 55 que:

‘art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.’

17. Destarte, a norma condiciona a convalidação de atos administrativos à inexistência de lesão ao interesse público e a terceiros. Entendo pertinente também, ao caso concreto, a observância do princípio da boa-fé para a preservação dos efeitos do ato administrativo em tela.

18. Não está caracterizada, nos autos, a má-fé dos gestores responsáveis pela condução da Concorrência n.º 01/2007. Ao contrário, verifica-se a conduta escorreita desses responsáveis que, ao verificarem a divergência entre a previsão editalícia e a legal, conduziram o certame na forma prevista pelo Estatuto de Licitações e Contratos.

19. Não se verifica, também, a existência de dano ao erário ou prejuízo ao interesse público. A licitação no estado em que se encontra está apta a produzir o resultado almejado pela Lei n.º 8.666/93, qual seja o de selecionar a proposta mais vantajosa à Administração sob o manto do princípio da isonomia.

20. Impende ponderar que a concorrência em tela está circunscrita no projeto de integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional, cuja consecução reveste-se de relevante interesse público. A invalidação do certame configuraria medida antieconômica consubstanciada no custo de oportunidade decorrente de atraso na conclusão do objeto licitado que poderia, por via de consequência, atingir outros estágios do projeto.

21. Não restou configurado também dano a terceiros. Conforme já relatado, não houve impugnação ao edital da concorrência em tela por nenhum potencial licitante, assim como não houve a interposição de recursos à fase de habilitação das licitantes. Destarte, não seria razoável inferir a existência de prejuízo a terceiros.

22. Ante o exposto, em que pese a falha no procedimento licitatório, entendo-a saneada mediante a observância tempestiva da norma insculpida no art. 43 da Lei n.º 8.666/93, inclusive com a reabertura de prazo recursal referente à fase de habilitação dos licitantes. Dessa forma, concluo pela continuidade do certame, em homenagem ao interesse público e por não vislumbrar má-fé dos responsáveis, lesão ao erário ou a interesse de terceiros.’

- Acórdão 294/2008 – Plenário

‘Voto
(...)

Após nova manifestação dos interessados, vejo que foi confirmado o juízo preliminar sobre a ocorrência da desclassificação indevida da proposta da empresa PPA Comercial Ltda., em decorrência de interpretação incorreta feita pelo órgão condutor do certame a respeito das regras fixadas no art. 48, § 1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/93 para a avaliação das propostas quanto à inexequibilidade. Como resultado da irregularidade apontada, a proposta de menor preço obtida no aludido Pregão Eletrônico foi indevidamente desclassificada, obstando que a Administração conseguisse a proposta mais vantajosa.

Ante o exposto e considerando que não foram identificadas outras irregularidades no Pregão Eletrônico em tela, cabe a anulação do ato praticado em desconformidade com a norma legal, bem como dos atos que dele tenham decorrido, prosseguindo-se o certame licitatório, caso ainda seja de interesse da Administração.'

- Acórdão 339/2010 – Plenário

'Voto

(...)

Discordo da Secex/PB, entretanto, quanto à proposta de prosseguimento do Pregão Eletrônico 713/2009 a partir do ponto em que se encontra. Uma vez confirmada a rejeição pelo pregoeiro, sem amparo legal, de todas as intenções de recurso formuladas pelos licitantes, faz-se necessária a anulação dos respectivos atos ilegais praticados, bem como dos atos subsequentes. Dessa forma, caso o Dnit/PB deseje dar prosseguimento ao Pregão Eletrônico 713/2009, deverá retornar à fase de recursos, indevidamente suprimida do certame.

Quanto à previsão editalícia de envio da proposta final vencedora por fax, considerando que não trouxe prejuízo ao certame, entendo suficiente a determinação sugerida sobre a matéria para que não haja repetição da falha. Já no tocante à disponibilização aos licitantes dos documentos de classificação e habilitação da vencedora, o Dnit/PB deverá observar o disposto no art. 26, **caput**, do Decreto nº 5.450/2005, c/c o art. 109, § 5º, da Lei 8.666/1993, no próprio Pregão Eletrônico 713/2009, caso decida dar prosseguimento ao certame.'

- Acórdão 967/2011 – Plenário

'Voto

(...)

3. Conforme verificado a partir de diligência, o Pregão Eletrônico 1271/2010, promovido pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) para contratação de serviços de limpeza e conservação, teve prosseguimento no dia 11/1/2011, logo após comunicação do pregoeiro de que a continuidade da fase de aceitação ocorreria no dia 13/1/2011 às 16h. Com isso, foi prejudicada a participação da empresa Ultra Serviços de Limpeza Ltda., que não enviou documentação para análise por ter deixado de acompanhar as operações no sistema eletrônico a partir da expedição da mensagem.

4. A Direção do INPE reconheceu que houve um equívoco da parte do pregoeiro. Foi informado também que o certame encontrava-se suspenso por determinação da Justiça Federal e que, tão logo autorizado seu prosseguimento, seriam anulados todos os atos praticados a partir das 10h11min do dia 11/1/2011, data de envio da mensagem equivocada.

5. Considerando que a unidade jurisdicionada reconheceu o erro, que há o propósito expresso de corrigi-lo e que a suspensão judicial do certame ocasionou a perda de objeto da cautelar requerida pela representante, entendo adequado o encaminhamento proposto pela Secex/SP no sentido de fazer-se determinação ao INPE especificando as medidas saneadoras necessárias, comunicar à Justiça Federal a decisão a ser adotada por esta Corte e arquivar-se este processo.'

- Acórdão 1112/2006 – Plenário

'17. Nessa linha, também não me parece haver motivos para crer na anulação da licitação, tal como referido na instrução anterior destes autos (fls. 143/148), sendo bastante que o Tribunal assine prazo para que se proceda à anulação dos atos viciados. Compartilho, portanto, do posicionamento

da unidade técnica já referido quanto à instrução anterior, cujo excerto transcrevo abaixo (trecho constante do relatório do Acórdão 494/2006 – Plenário):

‘19. Em que pese o fato de a comprovação de qualificação técnica constar do item 3.7 do termo de referência (fls. 57/58), e não do item 8 do edital (fl. 33), que trata da habilitação propriamente dita, permitindo o entendimento de que aquela qualificação seria exigida apenas no ato da contratação, a interpretação compatível aos termos legais é a de que tal exigência seja feita antes da adjudicação. Apesar disso, neste caso, não vislumbramos prejuízo a potenciais interessados no objeto da contratação que pudesse levar à necessidade anulação do certame. Isso porque a descrição do objeto do certame incluiu a forma de execução dos serviços, de sorte que os possíveis interessados já haviam tomado ciência de como seria executada a higienização dos sistemas de ar condicionado e que, em algum momento, essa habilidade técnica seria requerida.’

- Acórdão 2264/2008 – Plenário

‘(...)

9.4. determinar ao Ministério das Comunicações que, no prazo de 15 (quinze) dias, promova a anulação do ato que habilitou a empresa Rádio e TV Schappo Ltda., bem como de todas as fases posteriores a ele do procedimento licitatório constante da Concorrência nº 029/2001-SSR/MC, para as localidades de Taubaté – SP e Guarujá – SP, devendo, se entender pertinente, repeti-los considerando-se a não participação da referida empresa, ou promover nova licitação;’

11. Assim, considerando que o Banco do Brasil reconheceu o erro decorrente do cálculo da pontuação extra com base na interpretação equivocada contida nos esclarecimentos divulgados em seu site, providenciou a anulação do ato eivado de vício e recalculou a pontuação com base nos critérios previstos no edital, e considerando, ainda, que não houve prejuízo à formulação das propostas pelos escritórios participantes, uma vez que tais esclarecimentos foram publicados em 29/11/2013, após, portanto, a entrega das propostas, em 26/11/2013, somos de opinião que a presente representação está, desde já, em condições de ser submetida a julgamento de mérito, pela procedência parcial da representação, não havendo, contudo, necessidade de expedição de determinações ao órgão, haja vista as medidas corretivas por ele adotadas no exercício da autotutela administrativa.

12. Por fim, tendo em vista que os autos apresentam elementos suficientes para prolação de decisão definitiva, cumpre indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelos representantes.

CONCLUSÃO

13. O Banco do Brasil reconheceu que a interpretação que originou os esclarecimentos prestados pela Comissão de Credenciamento, posteriormente à entrega da documentação pelos escritórios, em resposta aos questionamentos acerca da pontuação extra, distanciou-se da regra posta no edital, ampliando a pontuação extra para todos os competidores, mesmo aqueles que não possuíam mais de uma OAB, e feriu, assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

14. Em vista disso, providenciou a anulação do ato eivado de vício e recalculou a pontuação com base nos critérios previstos no edital.

15. Constatou-se, ainda, que não houve prejuízo à formulação das propostas pelos escritórios participantes, pois tais esclarecimentos foram publicados em 29/11/2013, após, portanto, a entrega das propostas, em 26/11/2013.

16. Elidida a questão, estes autos encontram-se em condições de serem objeto de decisão definitiva, pela procedência parcial da representação, uma vez constatada pelo próprio órgão a ocorrência de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Não obstante, não há necessidade, em nosso sentir, de expedição de determinações ao Banco do Brasil, haja vista as medidas corretivas por ele adotadas no exercício da autotutela administrativa.

17. No que tange ao pedido de concessão de medida cautelar, deve ser indeferido ante a presença de elementos suficientes para prolação de decisão definitiva.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

[...]

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

19. *Encontra-se em tramitação nesta Corte de Contas outro processo de representação cujo objeto é, também, o procedimento de credenciamento 2013/16655 (7421) realizado pelo Banco do Brasil, mas que cuida de denúncias contra um dos escritórios participantes do certame. Este processo está, neste momento, em fase de análise de diligência.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

20. *Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) conhecer da presente representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelos representantes;

c) comunicar ao Banco do Brasil e aos representantes a decisão que vier a ser adotada nestes autos;

d) apensar o presente processo ao TC 012.423/2014-9, nos termos dos arts. 2, I, e 36 da Resolução TCU 259/2014.”

É o relatório.

VOTO

Os fatos de que tratam as representações de Ayrton Dias Camargo e dos escritórios Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia referem-se ao procedimento, regido pelo Edital 2013/16655 e realizado pelo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A., para o credenciamento de sociedades de advogados.

2. Segundo informou a instituição financeira, o citado procedimento está em fase de composição das alterações decorrentes dos recursos apresentados contra a pontuação concedida às participantes, cuja conclusão está prevista para 2/12/2014. Trabalha-se com o seguinte cronograma: homologação, 15/2/2015; início da formalização dos contratos, 18/3/2015; e início da execução dos contratos, 20/4/2015.

3. Os representantes trouxeram ao conhecimento deste Tribunal três supostas irregularidades, a respeito das quais já me pronunciei mediante despacho.

4. Uma delas, relativa à possível existência de itens no edital que estariam determinando reserva de mercado – em razão de exigências alegadamente indevidas para comprovação da capacidade técnica – não será abordada nestes autos, uma vez que já está sendo examinada no TC-012.423/2014-9, outro processo de representação, também de minha relatoria, atinente ao mesmo certame de credenciamento.

5. No tocante à impugnação de atestado utilizado pela participante Viana Peixoto Advogados Associados, como demonstrou a Secex/RJ, houve perda de objeto, diante da desconsideração da pontuação do aludido documento pela comissão de credenciamento do banco.

6. Quanto ao outro assunto discutido nas representações, assim me manifestei nos autos:

“5. O terceiro ponto é relativo à modificação das condições para a pontuação extra relativa à quantidade de advogados. A título de exemplo, transcrevo parte do subitem 8.2 do anexo IV do edital, Área de Atuação 1 – Recuperação de Crédito Segmento I, também reproduzida na instrução da unidade técnica:

Quesito 3	Documento comprobatório	Pontuação
------------------	------------------------------------	------------------

Número de advogados (sócios, advogados empregados e advogados associados) da sociedade	Documentação prevista no subitem 8.1.b deste Anexo	Até 6: 2 pontos; De 7 a 12: 4 pontos; De 13 a 18: 6 pontos; De 19 a 24: 8 pontos; De 25 a 36: 12 pontos; Acima de 36: 16 pontos.
--	--	---

Pontuação extra em razão da quantidade de advogados registrados em mais de uma OAB, inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços:

Quantidade de advogados inscritos na UF que a sociedade indicou para prestar serviços	
De 5 a 10 advogados	1 ponto;
De 11 a 20 advogados	2 pontos;
De 21 a 30 advogados	3 pontos;
De 31 a 40 advogados	4 pontos;
De 41 a 50 advogados	5 pontos;
Acima de 50 advogados	6 pontos.

6. A meu ver, no texto entre as tabelas, condicionou-se, para a obtenção de pontuação extra, que os advogados inscritos na OAB da unidade da federação que a sociedade indicou para prestar serviços tivessem registro em mais de uma OAB.

7. A esse respeito, estão disponíveis, no sítio do Banco do Brasil na internet (<http://www.bb.com.br/portalbb/page22,8899,8761,0,0,1,6.bb?codigoNoticia=7603&codigoMenu=4734>), esclarecimentos da comissão de credenciamento, com interpretação distinta, nestes termos: 'a pontuação extra de que trata dar-se-á para os advogados com inscrição na OAB da unidade da federação para a qual o escritório pretenda concorrer, independentemente de possuir, ou não, inscrição em OAB de outro estado da federação'. Segundo os representantes, essa explicação ocorreu em 28/11/2013, dois dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes (no sítio da instituição, está registrada a informação de que esse documento foi 'atualizado em 29/11/2013').

8. A unidade técnica entende que, aparentemente, esse esclarecimento, publicado três dias após a data limite para entrega das propostas pelos participantes, alterou as regras do edital, sem que fosse reaberto o prazo para sua divulgação, conforme estabelece o § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93. Desse modo, propõe a oitiva prévia do banco, para que, posteriormente, este Tribunal possa decidir a respeito de eventual suspensão cautelar da chamada pública até que se pronuncie sobre o mérito da questão.

9. Acredito que, de fato, houve a exclusão, após a apresentação das propostas, de um dos requisitos para a atribuição de pontos extras.

10. Há de se destacar, contudo, que o dispositivo da Lei de Licitações mencionado pela Secex/RJ estabelece a obrigatoriedade de republicação do edital ante uma modificação deste, exceto 'quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas'. Logo, é imprescindível que se discuta em que medida essa nova regra teria influenciado na elaboração das propostas.

11. Assim como a unidade técnica, entendo ser apropriado possibilitar a manifestação do Banco do Brasil. Entretanto, creio serem necessários ajustes nos termos da oitiva sugerida, para que se considere, de forma mais ampla, as implicações dessa mudança de regra no planejamento das interessadas no credenciamento, bem como nos atos praticados pela participante para adequar suas condições no sentido de aumentar suas chances de futura contratação.

12. Ainda que, nesta ocasião, a cognição da matéria tenha caráter sumário, entendo que há informações suficientes para considerar a possibilidade de que a mudança extemporânea de critério de pontuação tenha prejudicado a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Além disso, parece-me que princípios do direito relacionados aos procedimentos licitatórios foram

afrentados, tais como o da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia.” (grifos acrescidos)

7. Assim, ante essa incoerência entre as regras estabelecidas inicialmente e o esclarecimento posterior do banco, que acabou por conceder pontuação extra a partir de critério inovador, determinei a oitiva da entidade para que se pronunciasse a respeito da questão.

8. Na resposta, o Cenop São Paulo admitiu que os esclarecimentos prestados pela comissão de credenciamento se afastaram do que havia sido estipulado no início do processo, afrontando, desse modo, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

9. Em decorrência dessa constatação, decidi anular, em 26/8/2014, a fase de pontuação, realizando a consequente adequação dos pontos ao edital e abertura de nova etapa recursal.

10. A Secex/RJ afirma que a providência adotada está de acordo com a jurisprudência desta Corte. Ademais, entende que não houve prejuízo à formulação das propostas, cujo prazo de entrega encerrou-se em 26/11/2013, antes, portanto, da publicação dos referidos esclarecimentos equivocados, que ocorreu em 29/11/2013. Dessa forma, tendo em vista as medidas corretivas adotadas pela instituição no exercício da autotutela administrativa, a unidade técnica deixa de sugerir a expedição de determinações ao banco, propondo apenas que sejam consideradas parcialmente procedentes as representações, com o indeferimento das medidas cautelares pleiteadas.

11. No caso em análise, de fato, foi adequada a medida adotada pela entidade. A atribuição de pontos extras com base no entendimento equivocado foi considerada nula e, em seguida, refeita com base na interpretação do edital que penso ser correta. Logo após, foi concedido novo prazo para a apresentação de recursos.

12. Creio que, a rigor, o que ocorreu foi tão somente a readequação do certame às regras do instrumento convocatório no curso do procedimento de credenciamento, não havendo, assim, que se falar em ofensa a direito de habilitantes.

13. Ressalto também que, em função de as propostas terem sido concebidas anteriormente aos mencionados esclarecimentos do banco, estes não influenciaram sua elaboração, não havendo motivo para não considerá-las válidas.

14. Ainda a respeito da solução encontrada pela entidade, assinalo que a tese do poder-dever de a Administração anular seus próprios atos está, há tempos, consolidada na jurisprudência desta Corte de Contas e de outros Tribunais (a exemplo do Supremo Tribunal Federal – Súmula 473), além de constar expressamente do art. 53 da Lei 9.784/1999, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

15. Assim sendo, estando ausentes os requisitos da plausibilidade do direito e da urgência, os pedidos para a adoção de medida cautelar devem ser indeferidos.

16. Também já é possível o pronunciamento deste tribunal quanto ao mérito das representações, que deverão ser consideradas parcialmente procedentes.

17. Por fim, creio ser adequado o apensamento deste processo ao TC-012.423/2014-9, em virtude da evidente conexão entre ambos e conforme proposta constante dos autos do referido processo

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

“9.1 conhecer das representações apresentadas por Ayrton Dias Camargo e pelos escritórios Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes, negando os pedidos de cautelar;

9.2 dar ciência desta deliberação aos representantes e ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A.;

9.3 apensar o presente processo ao TC-012.423/2014-9.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de dezembro de 2014.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC-018.515/2014-2

Natureza: Representação

Representantes: Ayrton Dias Camargo, Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia

Unidade: Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÕES. PEDIDOS DE CAUTELAR. PROCEDIMENTO PARA CREDENCIAMENTO DE SOCIEDADES DE ADVOGADOS. SUPOSTAS EXIGÊNCIAS INDEVIDAS QUANTO À COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA. POSSÍVEL ADOÇÃO DE MODALIDADE LICITATÓRIA NÃO PREVISTA EM LEI. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA INDEVIDA DE DILIGÊNCIAS PELO BANCO DO BRASIL PARA CONFIRMAR INFORMAÇÕES FORNECIDAS PELAS PARTICIPANTES. INDEFERIMENTO DA CAUTELAR PLEITEADA ANTE A NÃO VERIFICAÇÃO DO REQUISITO DA URGÊNCIA. OITIVA. ADOÇÃO DE MODALIDADE DE LICITAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI, INCORRETAMENTE CLASSIFICADA COMO CADASTRAMENTO. MODELO DE CONTRATO QUE SE AFASTA DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.666/1993. INCLUSÃO DE CLÁUSULA QUE PREVÊ RATEIO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS COM OS ADVOGADOS-EMPREGADOS DA CONTRATANTE. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR **INAUDITA ALTERA PARS**.

VOTO REVISOR

De início, gostaria de louvar a qualidade do voto do relator, que examinou de forma detalhada o objeto da presente representação.

Entretanto, solicitei vista do presente processo para melhor examinar o modelo de contratação de escritório de advocacia por parte do Banco do Brasil, que, aparentemente, constituiria nova modalidade licitatória não prevista na Lei 8.666/1993.

Registro que são dois os processos em curso que tratam da contratação em tela: este (TC 018.515/2014-2) e o TC 012.423/2014-9.

Do objeto da contratação

O Edital 2013/16655 tem por objeto “o credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica” ao Banco do Brasil, suas subsidiárias e à Fundação do Banco do Brasil.

Para tanto, foram estipuladas uma série de regras para habilitar e classificar determinado número de sociedades, conforme a modalidade de serviço.

Os serviços foram divididos em quatro áreas e a instituição busca “credenciar” a seguinte quantidade de escritórios, por unidade da Federação (Anexo 1, peça 4, fl. 19 e seguintes):

Área	Segmento	Estado	Quantidade de sociedades	Duração do contrato
1	Segmento 1- Recuperação de crédito igual ou superior a R\$ 400 mil	GO	2	24 meses
		MG	2	
		MS	2	
		MT	2	
		PR	2	
		RS	2	
		SP	2	
2	Segmento 2 - Recuperação de crédito inferior a R\$ 400 mil	GO	2	24 meses
		MG	2	
		MS	2	
		MT	2	
		PR	2	
		RS	2	
		SP	2	
3	Recuperação de crédito sem segmentação	AM	2	24 meses
		BA	2	
		CE	2	
		DF	2	
		ES	2	
		MA	2	
		PA	2	
		PE	2	
		PI	2	
		RJ	2	
		RN	2	
		SC	2	
		TO	2	
4	Cível (exceto recuperação de crédito), Trabalhista, Tributária, Penal e Contencioso Administrativo	AM	2	36 meses
		BA	2	
		CE	2	
		DF	2	
		ES	2	
		GO	2	
		MA	2	
		MG	3	
		MS	2	
		MT	2	
		PA	2	
		PE	2	
		PI	2	
		PR	2	
		RJ	3	
RN	2			
RS	3			

		SC	2	
		SP	8	
		TO	2	
5	Cível (inclusive recuperação de crédito), Trabalhista, Tributária, Penal e Contencioso Administrativo	AC	2	36 meses
		AL	2	
		AP	2	
		PB	2	
		RO	2	
		RR	2	
		SE	2	

Da habilitação

A habilitação dos escritórios que buscam o credenciamento abrange habilitação jurídica, fiscal, econômico-financeira, regularidade trabalhista e qualificação técnica.

Nenhuma ressalva foi feita quanto aos critérios de habilitação.

Da pontuação e classificação

A tabela a seguir refere-se à pontuação, decorrente de um quesito, a ser conferida às sociedades de advogados que buscam atuar na área 1, recuperação de crédito do segmento 1 (subitem 8.2 do Anexo IV, fl. 313 da peça 4):

Quesito 1 Documento	Quesito 1 Documento	Quesito 1 Documento
Patrocínio de ações judiciais de recuperação de crédito	Atestados, emitidos por pessoas jurídicas, que comprovem a prestação satisfatória de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica contenciosa na área cível, no patrocínio de ações de recuperação de crédito.	5 pontos por atestado emitido por instituição financeira do tipo Banco Comercial, Banco Múltiplo com Carteira Comercial ou Caixa Econômica, limitado a 5 instituições financeiras 2 pontos por atestado emitido por outras pessoas jurídicas, limitado a 3 pessoas jurídicas.

Além dessa pontuação, o edital prevê pontuação “extra”. No caso específico da área 1, segmento 1, a “pontuação extra em razão de atestados emitidos por instituições financeiras do tipo Banco Comercial, Banco Múltiplo com Carteira Comercial ou Caixa Econômica, que constem o total de processos de recuperação judicial ou falência com valor de crédito habilitado superior a R\$ 400 mil em que a sociedade de advogados atuou nos últimos 5 anos. A pontuação extra será obtida por meio do somatório do nº de processos informado nos atestados.” (subitem 8.2 do Anexo IV, fl. 314 da peça 4)

Total de processos de recuperação judicial ou falência com valor de crédito habilitado superior a R\$ 400 mil, em que atuou nos últimos 5 anos	
Até 50 ações	1 ponto;
De 51 a 100 ações	2 pontos;
De 101 a 150 ações	4 pontos;
De 151 a 200 ações	8 pontos;
Acima de 200 ações	16 pontos.

Da remuneração

De acordo com as regras de remuneração previstas na minuta de contrato (Anexo II-A, fl. 58 e seguintes, peça 4), os escritórios a serem contratados fazem jus a remuneração que varia conforme o tipo de atuação.

No que se refere especificamente à cobrança de crédito, o quadro seguinte faz um resumo do modelo remuneratório adotado.

Demandas e ações de recuperação de crédito	Forma de remuneração
Recebimento de crédito por meio de acordo negociado diretamente pela contratada:a) antes do ajuizamento da ação; b) depois do ajuizamento da ação;	Honorários negociados diretamente pela contratada: a) 10% do valor acordado; b) até 10% do valor acordado - a contratada deve concordar em flexibilizar, eventualmente, o valor dos honorários.
Crédito decorrente de acordo entre o contratante e a parte adversa, independentemente da participação da contratada: a) na fase pré-processual b) na fase processual	a) 5% do valor acordado (desde que a contratada tenha adotado medidas efetivas de cobrança), acrescido de percentual decorrente de “índice de eficiência” (Tabela 1, fl. 287 da peça 4); b) honorários de sucumbência no percentual mínimo de 7% do valor acordado, se não fixado percentual menor em juízo, acrescido de percentual decorrente de “índice de eficiência”;
Recebimento de crédito antes de qualquer procedimento efetivo de cobrança ou da adoção de medidas judiciais pela contratada	R\$ 300,00
Remuneração pela condução do processo de execução e embargos, atos cadastrais e de registros	Diversos valores fixos em reais (entre R\$ 50,00 e R\$ 390,00), estabelecidos nas Tabelas 2 a 6 da minuta de contrato (fl. 288 e seguintes)
Recebimento de crédito após o ajuizamento por via forçada	Percentual arbitrado em juízo acrescido de percentual de 3% até 8% (limitado ao valor máximo de R\$ 100.000,00), incidente sobre o montante recebido e inversamente proporcional ao prazo de recuperação do crédito.

O chamado índice de eficiência (vide Tabela 1, fl. 287 da peça 4) é, na verdade, uma faixa de intervalos percentuais de eficiência na recuperação de crédito e será obtido a partir do desempenho da contratada no atingimento de metas mensais para cada uma das fases de recuperação (pré-processual e processual), definidas pelo contratante.

O desempenho da contratada na recuperação de crédito resulta da relação entre os valores efetivamente recebidos na fase pré-processual/processual e os valores das operações encaminhadas para ajuizamento/ajuizadas.

O percentual da remuneração adicional incidirá sobre os valores efetivamente recuperados em cada uma das fases.

O edital estabeleceu as seguintes faixas de eficiência: a) até 80%; b) maior que 80% e até 100%; c) maior que 100% e até 120%; d) maior que 120%.

A cada uma dessas faixas corresponde um percentual de remuneração incidente sobre o valor efetivamente recuperado no mês: a) 2%; b) 3%; c) 5%; d) 8%.

Contudo, a remuneração adicional por eficiência é limitada ao valor de R\$ 100.000,00 mensais.

O edital também prevê uma “cota de manutenção”, no montante de R\$ 15,00/mês por processo, pelo prazo máximo de 24 meses, se em trâmite na justiça comum, e de 12 meses, se em trâmite no Juizado Especial.

Distribuição dos serviços

O edital prevê que os serviços serão distribuídos de forma isonômica entre as contratadas. É dizer, serão objeto de distribuição individual, aleatória e automática.

Do acordo de nível de serviços

O edital prevê que a contratante avalie a contratada (item 11 da minuta de contrato, Anexo II-A, fl. 41), que deve concordar em participar de comparação de desempenho.

O desempenho da contratada será feito com base em indicadores de eficiência (documento 2 da minuta de contrato, fl. 78, peça 4).

Esses índices abrangem: cadastro de certificado, registro de andamentos, registro de medidas de impulsão jurídico-negocial, tempestividade das informações prestadas, tempestividade do ajuizamento.

A partir desses índices, obtém-se o índice médio de eficiência.

A minuta de contrato prevê que o não atingimento do nível de eficiência estabelecido importará redução da cota de manutenção referente à condução de todos os processos (fl. 132 da peça 4).

Das hipóteses de rescisão

O modelo de contratação prevê, como hipótese de rescisão, aquelas previstas nos incisos I a XII e XVII a XVIII do art. 78 da Lei 8.666/1993. Ou seja, exclui as situações tratadas nos incisos XIII a XVI do citado artigo.

O modelo possibilita a rescisão amigável, “*em autorização escrita e fundamentada do CONTRATANTE, mediante aviso prévio por escrito, de 60 (sessenta) dias ou de prazo menor a ser negociado pelas partes à época da rescisão*” (item 27.2, fl. 108, peça 4, dentre outros).

Outras hipóteses de rescisão previstas são: “*motivar a suspensão dos serviços por parte de autoridades competentes*” (item 28.1, fl. 109, peça 4); a perda da condição de regularidade fiscal e trabalhista (item 28.2, fl. 109, peça 4); a realização de operações “*em curso anormal junto a qualquer agência do contratante*” (item 28.3, fl. 109, peça 4); declaração de inidoneidade por qualquer órgão da administração pública (item 28.4, fl. 109, peça 4); perda da capacidade econômico-financeira decorrente de protesto de título, execução fiscal (item 28.5, fl. 109, peça 4); utilização, em benefício próprio ou de terceiros, de informações sigilosas às quais tenha acesso por força de suas atribuições contratuais (item 28.6, fl. 109, peça 4).

Das sanções

O modelo de contrato em exame estipula sanções semelhantes àquelas previstas na Lei 8.666/1993.

Previsão de rateio de honorários advocatícios com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil

Está previsto no item 6.2 da minuta de contrato (fl. 65, peça 4):

“6.2 – Pela atuação ou condução de processos nos tribunais estaduais, regionais e ou superiores, os advogados-empregados do CONTRATANTE, representados pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil – ASABB, farão jus a 1/5 dos honorários de sucumbência devidos à CONTRATADA.”

Da posição da Secex/RJ

A instrução inicial da Secretaria de Controle Externo do Rio de Janeiro (Secex/RJ) constante do TC 012.423/2014-9 entendeu que os procedimentos adotados pelo Banco do Brasil para selecionar escritórios de advocacia para fins de cadastramento constituiriam, na prática, nova modalidade licitatória não prevista na Lei 8.666/1993 (peça 14 do TC 012.423/2014-9).

Entretanto, a unidade técnica entendeu que esse ponto restou superado. Isso porque o Banco, em sua oitiva prévia, alegou que o Edital 2013/16655 foi objeto de acompanhamento e aprovação por parte do Tribunal de Contas da União no processo TC 041.986/2012-1, que resultou no Acórdão 145/2014-Plenário.

Da posição da Secretaria de Logística

Ao instruir o processo 041.986/2012-1, a Selog (peça 88), cuja proposta foi acolhida pelo titular da unidade técnica, assim se manifestou:

“9. Análise

9.1. *O instituto do credenciamento não está expressamente previsto na Lei 8.666/93. A doutrina e a jurisprudência têm admitido esse procedimento, com base no art. 25 dessa norma legal, que trata dos casos de inexigibilidade de licitação, o que enseja a contratação de todos os participantes que atendam aos critérios estabelecidos em edital.*

9.2. *Exemplificativamente, um dos tipos de credenciamento mais comuns nas instituições financeiras públicas é aquele destinado à contratação de serviços de engenharia para avaliação de imóveis destinados ao financiamento habitacional.*

9.3. *Nesse caso, todos os prestadores que atendem aos critérios de habilitação e qualificação definidos em edital são efetivamente contratados, sempre em conformidade com o dispositivo legal mencionado e também com a doutrina e a jurisprudência.*

9.4. *Durante a execução contratual, os serviços são distribuídos aos prestadores, por ordem de contratação, e se iniciam e findam de forma pré-determinada e em curto prazo, cuja conclusão enseja a correspondente remuneração tal como pactuado pelas partes, ou seja, inexistindo caráter de continuidade em cada demanda.*

9.5. *De forma diferente se dá em relação aos serviços de advocacia, pois a sua distribuição (processos judiciais ou extrajudiciais) enseja a prestação continuada e sem previsão de término, mesmo que haja rescisão contratual, pois, nesse caso, os processos devem ser repassados para outros prestadores, de forma extremamente célere, sob o risco de descumprimento de prazos judiciais, o que poderia acarretar prejuízos consideráveis à Administração.*

9.6. *A remuneração das sociedades de advogados também ocorre de forma diferenciada, podendo ser estabelecida por alcance de metas em cada processo (ex: recuperação do crédito; celebração de acordos; participação em audiências; etc.), como é o caso do modelo do Banco do*

Brasil. Dessa forma, não há que se falar em remuneração exclusivamente após a conclusão de determinado, tal como se dá no caso dos serviços de engenharia para avaliação de imóveis.

9.7. *Neste contexto, o credenciamento típico pode ser mais adequado no caso dos serviços de engenharia, sem qualquer prejuízo à gestão da atividade, independentemente do quantitativo de demanda e do número de prestadores, pois, como já exposto, as tarefas se iniciam e são concluídas em curto prazo.*

9.8. *Para os serviços de advocacia numa instituição financeira pública de grande porte, que atua em cenário altamente competitivo, onde o seu dinamismo é essencial para disputar mercado com outros grandes bancos privados, o caráter de continuidade da prestação de cada serviço demandado pode não ter melhor acolhida nesse modelo de credenciamento, em face da imensa quantidade de processos que devem ser repassados aos prestadores (mais de 800 mil no caso do BB) e do grande número de contratados, com impacto considerável na sua gestão.*

9.9. *Poderia ser realizada concorrência do tipo 'melhor técnica', em princípio mais adequada para o objeto, porém, como bem ressaltado pelo BB, em eventual quebra contratual (rescisão antecipada), o fato implicaria o repasse imediato de grande número de processos para outro contratado, justamente em razão do risco de descumprimento de prazos judiciais e do fato de que o advogado preterido somente pode permanecer atuando nos autos por no máximo dez dias, tal como disposto no Estatuto da OAB.*

9.10. *Contudo, caso um prestador não tenha estrutura suficiente para suportar o repasse de todos os processos de outro contratado, com a urgência necessária, caberia então ao banco internalizá-la, sujeitando, todavia, ao risco de prejuízos consideráveis à gestão da atividade e de eventuais perdas de prazos judiciais.*

9.11. *Esse exíguo prazo de dez dias para substituição do advogado e o risco de descumprimento de prazos judiciais podem inviabilizar a realização de contratação emergencial, cujo procedimento, apesar de célere, possa não se consumir em tão curto espaço de tempo. Ademais, o período máximo de 180 dias de vigência do novo contrato pode também não ser atrativo para as sociedades de advogados.*

9.12. *Dessa forma, a situação pode ser razoavelmente mitigada com a existência do cadastro de reserva, de forma a possibilitar o banco a contratar tantos prestadores previamente qualificados quantos se fizerem necessários, o que permite concluir que as vantagens e as desvantagens apontadas pelo Banco do Brasil para a realização do credenciamento com o cadastro de reserva se mostram bastante razoáveis.*

9.13. *Ademais, a comparação feita pelo banco com o modelo de contratação adotado pelo IRB vem ao encontro dos fundamentos da presente análise, principalmente em face de dois aspectos bastante relevantes. O primeiro consiste na necessidade de o BB manter-se competitivo no segmento bancário, ambiente não observado minimamente com a mesma intensidade no caso do IRB. Já o segundo, a quantidade de processos a serem repassados aos contratados (800 mil no BB e 3.805 no IRB).*

9.14. *Ao contrário do IRB, a grande quantidade de processos terceirizáveis no Banco do Brasil tem impacto significativo na gestão da atividade, devendo-se inclusive considerar a possibilidade de imediata internalização de todos os processos de um determinado prestador, em caso de eventual quebra antecipada de contrato, quando outro contratado não possuir estrutura suficiente para suportar seu repasse.*

9.15. *Não se trata de acatar descumprimento de legislação, justamente em razão da fragilidade e da insuficiência da lei ao tratar do instituto do credenciamento, mas sim de ressaltar que inexistente violação a normas legais, tampouco aos princípios que regem o processo licitatório, como se verá a seguir.*

9.16. *Cumprir destacar, por oportuno, que o Banco do Brasil já publicou edital para o credenciamento destinado à contratação dos serviços de advocacia no dia 24/10/2013 (peça 87), cujo*

teor está em consonância com o modelo de contratação apresentado previamente pelo BB nos presentes autos.

9.17. As sociedades de advogados que pretenderem participar do certame serão inicialmente submetidas a fase de pré-qualificação (habilitação), com o devido credenciamento de todos que forem habilitados para que passem à fase de pontuação e classificação, segundo critérios técnicos estabelecidos pelo banco (peça 80, p. 3). Assim, todos os proponentes estão sendo tratados de forma isonômica e de forma impessoal, ou seja, com igualdade de oportunidade para todos os interessados.

9.18. **A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração ocorrerá por meio da contratação dos concorrentes mais bem avaliados, segundo critérios técnicos de pontuação, o que também indica objetividade da análise do perfil dos interessados.**

9.19. O modelo de contratação também não indica vícios de licitude na conduta dos agentes públicos, em observância ao princípio da moralidade, tampouco se verifica qualquer pretensão de se evitar a publicidade dos atos da Administração na condução do procedimento ou adoção de atos desvinculados do instrumento convocatório.

9.20. E pelo princípio da legalidade – segundo o qual deve haver vinculação dos interessados e da Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor – a utilização do credenciamento encontra guarida na doutrina e na jurisprudência de forma associada à Lei 8.666/93.

9.21. **Ademais, é imperioso frisar que todos os interessados que atenderem aos critérios de qualificação serão devidamente credenciados pelo Banco do Brasil e, enquanto a legislação não for aprimorada de forma a alcançar nuances não previstas à época da sua promulgação, principalmente quanto ao instituto do credenciamento, não se vislumbra impedimento para o estabelecimento de pontuação para avaliação técnica e a utilização de cadastro de reserva para posterior contratação, conforme as necessidades do banco e em estrita observância da ordem de classificação.**

9.22. *Inexistindo, portanto, violação legal e aos princípios que regem o processo licitatório, conclui-se que o modelo de contratação pretendido atende aos princípios da razoabilidade e da economicidade, ao primar pela eficiência na gestão dos serviços.”* (grifei)

Em conclusão, o AUFC encarregado da instrução propôs fosse o processo arquivado “em virtude de já ter-se analisado o modelo de contratação previsto no Projeto Jurídico 2.0 do Banco do Brasil S/A” (fl. 7 da peça 88 do TC 041.986/2012-1).

O Acórdão 145/2014-Plenário foi proferido nos seguintes termos:

“Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 143, inciso V, "a" e 169, inciso V do Regimento Interno/TCU, em considerar concluído o presente processo de acompanhamento, em virtude de já ter-se analisado o modelo de contratação previsto no Projeto Jurídico 2.0 do Banco do Brasil S.A, arquivar o processo, devendo ser dada ciência desta deliberação à entidade, acompanhada de cópia da instrução constante da peça 88, arquivar o seguinte processo, tendo em vista o cumprimento de seu objeto, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1. Processo TC-041.986/2012-1 (ACOMPANHAMENTO)

...omissis...

1.6. Determinações/Recomendações/Orientações: não há.” (grifei)

Da posição da Secex/SP

Há de se mencionar, também, a existência do processo TC 003.170/2014-4, que cuidava de representação formulada por cidadão junto ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e versava sobre exigências do Edital 2013/16655 consideradas indevidas pelo autor da peça.

Em nenhum momento essa representação questionou o modelo de “credenciamento” adotado pelo Banco do Brasil, mas apenas algumas exigências para fins de habilitação.

A Secex/SP também levantou possível utilização indevida do instituto do credenciamento, uma vez que este deve ser utilizado quando a administração objetiva contratar todos aqueles que se habilitam para a prestação do serviço e não apenas um número limitado de participantes, como ocorre na espécie.

Nesse sentido:

“11.2. Assim, não restam dúvidas de que a contratação das sociedades de advogados obedecerá à ordem decrescente, que será divulgada pela comissão de credenciamento após a ponderação dos respectivos pontos e da realização de sorteio público, no caso de empate, **procedimentos que não se coadunam com a figura do credenciamento**, consoante a jurisprudência prevalecente nesta Casa de Contas (Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário; 3.457/2012-TCU-Plenário; 141/2013-TCU-Plenário e 5.178/2013-TCU-1ª Câmara).

11.3. Ademais, pela característica do credenciamento, todos os escritórios de advocacia que atendessem aos requisitos mínimos estabelecidos no edital estariam aptos a ser contratados, não havendo que se falar em ordenação dos habilitados, nem em contratação dos mais bem pontuados, muito menos de sorteio em caso de empate.” (grifei)

Por conseguinte, em nome do princípio da segurança jurídica – uma vez que a matéria – inclusive o Edital 2013/16655 – foi examinada no TC 041.986/2012-1, a Secex/SP considerou prejudicado o exame daquela representação.

A proposta da unidade técnica foi acolhida pelo Tribunal por meio do Acórdão 972/2014 (Relação 12/2014-Plenário, rel. Ministro José Múcio), que determinou o arquivamento do processo.

Da posição deste revisor

A despeito do fato de o presente modelo de contratação ter sido objeto do Acórdão 145/2014-Plenário, entendo que a matéria não foi devidamente examinada por esse Plenário, razão pela qual teço, a seguir, algumas considerações sobre pontos que julgo serem mais relevantes.

a) Credenciamento

Nada obstante a instrução da Secex/RJ e mesmo do posicionamento final da Selog, resta evidente que o modelo de contratação ora efetuado pelo Banco do Brasil não pode ser classificado como credenciamento, uma vez que não busca possibilitar a contratação de todos os que atenderem aos requisitos de habilitação.

O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços.

Nesse sentido, transcrevo, por pertinente, a lição de Marçal Justen Filho:

2.6) Ausência de exclusão e o credenciamento

Mas somente se impõe a licitação quando a contratação por parte da Administração pressupuser a competição entre os particulares por uma contratação que não admita a satisfação concomitante de todos os possíveis interessados. A obrigatoriedade da licitação somente ocorre nas situações de exclusão, em que a contratação pela Administração com determinado particular exclui a possibilidade de contratação de outrem. Já que haverá uma única contratação, excludente da viabilidade de outro contrato ter o mesmo objeto, põe-se o problema da seleção da alternativa mais vantajosa e do respeito ao princípio da isonomia. É necessário escolher entre diversas alternativas e diferentes particulares interessados. A licitação destina-se a assegurar que essa escolha seja feita segundo os valores norteadores do ordenamento jurídico.

Não haverá necessidade de licitação quando houver número ilimitado de contratações e (ou) quando a escolha do particular a ser contratado não incumbir à própria Administração. Isso se verifica quando uma alternativa de contratar não for excludente de outras, de molde que todo o particular que o desejar poderá fazê-lo. O raciocínio não é afastado nem mesmo em face da

imposição de certos requisitos ou exigências mínimos. Sempre que a contratação não caracterizar uma ‘escolha’ ou ‘preferência’ da Administração por uma dentre diversas alternativas, será desnecessária a licitação.

Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento – ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação.

...omissis...

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. fl. 48)

Além dos exemplos mencionados na instrução da Selog, cito o credenciamento de instituições financeiras por parte da Receita Federal do Brasil para arrecadação tributária (pagamento por meio de DARF e GPS).

Nessa situação, a administração busca oferecer ao contribuinte uma vasta gama de instituições nas quais possa ser feito o recolhimento de tributos. Para tanto, são celebrados contratos com as instituições que cumpram os requisitos de habilitação e que aceitem as condições de remuneração por documento arrecadado e de recolhimento dos valores aos cofres do Tesouro Nacional.

Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da administração de restringir o número de contratados.

Na hipótese em exame, isso não ocorre. Existe, sim, a possibilidade de competição, mas não há interesse da administração de contratar número significativo de escritórios. Tanto é assim que o Gerente de Área responsável pela Logística de São Paulo (peça 26, fl. 5) asseverou que:

“De outro turno, não se pode perder de vista a anterior auditoria realizada por essa Corte, nos autos do TC 011.312/2009-0, onde restou consignada a necessidade de melhor gerir o processo de terceirização do Banco que à época contava com um número muito expressivo de sociedades de advogados contratadas”

Portanto, **o modelo adotado pelo Banco do Brasil não pode ser classificado como credenciamento**, pois desatende o requisito essencial, qual seja, maximizar o número de prestadores de serviços, atendidos os requisitos mínimos estipulados em edital.

b) Contratação simultânea de mais de um licitante

Diversamente do que estipula a Lei 8.666/1993, o Banco do Brasil busca contratar mais de um licitante para o mesmo objeto, conforme tabela apresentada no início desse voto revisor.

Para atender as disposições legais, o Banco do Brasil deveria proceder a novo parcelamento e contratar um único escritório para cada objeto. Assim, no que se refere à recuperação de crédito, por exemplo, poderia estabelecer novos segmentos.

A contratação que ora se busca guarda semelhança nas licitações para contratação de serviços de publicidade (Lei 12.232/2010):

“Art. 2º. Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

...omissis...

§ 3º *Na contratação dos serviços de publicidade, faculta-se a adjudicação do objeto da licitação a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de licitação.*”

c) Cadastro de reserva

Com o intuito de poder substituir agilmente um escritório de advocacia em caso de rescisão contratual, o Edital 2013/16655 prevê a criação de um cadastro de reserva com os escritórios que tenham se habilitado no certame, mas cuja pontuação não os tenha colocado dentro do número de vagas previsto para cada objeto.

Esse cadastro assemelha-se àquele tratado no Decreto 7.892/2013, que regulamentou o sistema de registro de preços previsto no art. 15 da Lei 8.666/1993.

Nesse sentido, transcrevo os dispositivos pertinentes da norma regulamentar:

“Art. 11. *Após a homologação da licitação, o registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:*

...omissis...

II - será incluído, na respectiva ata na forma de anexo, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, excluído o percentual referente à margem de preferência, quando o objeto não atender aos requisitos previstos no [art. 3 da Lei nº 8.666, de 1993](#); ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

III - o preço registrado com indicação dos fornecedores será divulgado no Portal de Compras do Governo Federal e ficará disponibilizado durante a vigência da ata de registro de preços; e ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

IV - a ordem de classificação dos licitantes registrados na ata deverá ser respeitada nas contratações. ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))

§ 1º *O registro a que se refere o inciso II do **caput** tem por objetivo a formação de cadastro de reserva no caso de impossibilidade de atendimento pelo primeiro colocado da ata, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21. ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))*

§ 2º *Se houver mais de um licitante na situação de que trata o inciso II do **caput**, serão classificados segundo a ordem da última proposta apresentada durante a fase competitiva. ([Redação dada pelo Decreto nº 8.250, de 2.014](#))*”

Contudo, diversamente do previsto no decreto (§ 3º do art. 11), no modelo de contratação de escritório de advocacia do Banco do Brasil a habilitação antecede a própria criação do cadastro de reserva, pois é condição para o “cadastramento”.

d) Rescisão contratual

Ao que parece, o principal objetivo da estatal com o certame – termo utilizado pelo próprio Edital 2013/16655 em diversas passagens – é a assinatura de contratos que tenham maior flexibilidade que os contratos administrativos, de modo a tornar mais ágil a rescisão contratual, a qual será seguida pela contratação imediata de escritório constante do cadastro, segundo sua ordem de classificação.

Basicamente, a Lei 8.666/1993 limita a rescisão aos casos de inexecução contratual (por parte do contratado), de prática de atos por parte da administração que inviabilizem a atuação da contratada, por atrasos nos pagamentos (superiores a 90 dias) e razões de interesse público. Além disso, o art. 79 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de rescisão amigável do contrato administrativo, caso haja interesse da administração.

No modelo examinado, o Banco do Brasil estipulou algumas situações específicas, como aquela decorrente de quebra de fidúcia (utilização de informações confidenciais) e de a realização de operações “*em curso anormal junto a qualquer agência do contratante*”.

Além disso, disciplinou a rescisão amigável, que passa a ser possível mediante autorização fundamentada do contratante após o recebimento de aviso prévio por escrito do contratado no prazo de 60 dias (ou de prazo menor a ser negociado entre as partes – fl. 108 da peça 4).

Pelo que se extrai da leitura das minutas de contrato, o Banco do Brasil objetiva simplificar a prática de rescisão amigável e permitir a contratação imediata de novo escritório constante de cadastro de reserva.

O instituto da rescisão amigável previsto na Lei 8.666/1993 tem aplicação restrita. Em primeiro lugar, não é cabível quando configurada outra hipótese que daria ensejo à rescisão. Em segundo lugar, somente pode ocorrer quando for conveniente para a administração. Por conseguinte, não pode, jamais, resultar em prejuízo para o contratante.

Assim sendo, difícil imaginar rescisão amigável em serviço de natureza continuada, salvo se o gestor estiver se valendo desse expediente para solucionar pendências com a empresa contratada, o que seria um desvio de finalidade.

Sendo necessário o serviço, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato. E, caso a contratada não esteja desempenhando suas atribuições a contento, é dever do gestor aplicar as sanções previstas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993.

Na situação que se examina, supõe-se que o Banco do Brasil não veria óbices à rescisão amigável, ante a possibilidade de contratar imediatamente escritório constante do cadastro de reserva.

Assim, situações que, de outro modo poderiam dar ensejo a aplicações de sanções ou a rescisões conflituosas, seriam passíveis de resolução mediante rescisão amigável.

e) Previsão de rateio de honorários advocatícios com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil

Consta do item 6 do modelo de contrato (rateio de honorários advocatícios) a seguinte cláusula:

6.2 – Pela atuação ou condução de processos nos tribunais estaduais, regionais e ou superiores, os advogados-empregados do CONTRATANTE, representados pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil – ASABB, farão jus a 1/5 dos honorários de sucumbência devidos à CONTRATADA.

A matéria relativa aos honorários devidos ao advogado-empregado foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1194/DF, julgado em 20.5.2009 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal) e assim restou ementada:

EMENTA: ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB. ARTIGOS 1º, § 2º; 21, PARÁGRAFO ÚNICO; 22; 23; 24, § 3º; E 78 DA LEI N. 8.906/1994. INTERVENÇÃO COMO LITISCONSÓRCIO PASSIVO DE SUBSEÇÕES DA OAB: INADMISSIBILIDADE. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ARTIGOS 22, 23 E 78: NÃO-CONHECIMENTO DA AÇÃO. ART. 1º, § 2º: AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ART. 21 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO: INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ART. 24, § 3º: OFENSA À LIBERDADE CONTRATUAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A intervenção de terceiros em ação direta de inconstitucionalidade tem características distintas deste instituto nos processos subjetivos. Inadmissibilidade da intervenção de subseções paulistas da Ordem dos Advogados do Brasil. Precedentes. 2. Ilegitimidade ativa da Confederação Nacional da Indústria - CNI, por ausência de pertinência temática, relativamente aos artigos 22, 23 e 78 da Lei n. 8.906/1994. Ausência de relação entre os objetivos institucionais da Autora e do conteúdo normativo dos dispositivos legais questionados. 3. A obrigatoriedade do visto de advogado para o registro de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas (artigo 1º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994) não ofende os princípios constitucionais da isonomia e da liberdade associativa. 4. O art. 21 e seu parágrafo único da Lei n. 8.906/1994 deve ser interpretado no sentido da preservação da liberdade contratual quanto

à destinação dos honorários de sucumbência fixados judicialmente. 5. Pela interpretação conforme conferida ao art. 21 e seu parágrafo único, declara-se inconstitucional o § 3º do art. 24 da Lei n. 8.906/1994, segundo o qual "é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência". 6. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida em parte e, nessa parte, julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único e declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 24, todos da Lei n. 8.906/1994.

Por conseguinte, a destinação dos honorários sucumbenciais pode ser objeto de acordo entre o empregador e o advogado-empregado.

Contudo, entendo que o contrato a ser celebrado com escritório de advocacia não pode servir de instrumento para tal acordo, pois deve reger apenas a relação entre o Banco do Brasil e o escritório a ser contratado, mas jamais criar direitos para os empregados da instituição.

O rateio dos honorários no modelo de contrato é possível em determinadas situações, a serem devidamente especificadas – já que se imagina que o escritório contratado deva ser capaz de conduzir sozinho o processo judicial. No entanto, a cota-parte dos honorários a que se refere a citada cláusula há de ser destinada ao contratante, a quem cabe os custos de manutenção de seu corpo de advogados.

O pagamento de honorários aos advogados da estatal – ainda que por meio da associação de classe - deve ser objeto de acordo entre o empregador e a categoria. Logo, não deve ser objeto do contrato de prestação de serviços com terceiros.

Não me parece legítimo, à primeira vista, que o setor jurídico do Banco do Brasil, que certamente trabalhou diretamente na elaboração do modelo de contratação de escritório de advocacia, faça inserir cláusula com o intuito de preservar o interesse da categoria da qual seus membros façam parte.

No momento, não se dispõe de informação sobre eventuais acordos firmados entre o Banco do Brasil e a Associação de Advogados do Banco do Brasil quanto a pagamento de honorários sucumbenciais, razão pela qual entendo este Tribunal deve adotar medidas para evitar que a futura contratação venha inovar na relação ora existente entre o Banco e seus advogados-empregados.

Proposta de encaminhamento

Em síntese, são os seguintes os indícios de irregularidades que observei no edital que rege o certame realizado pelo Banco do Brasil:

a) adoção de modelo licitatório próprio, **indevidamente classificado como credenciamento**, que apresenta, dentre outras, as seguintes irregularidades:

a.1) não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei;

a.2) previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto;

a.3) não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;

a.4) flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993;

a.3) criação de um cadastro de reserva para futuras contratações, o que somente seria possível se fosse realizada licitação para registro de preços (que pressupõe concorrência tipo menor preço ou pregão);

a.4) inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio entre os de honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil.

Feitas essas considerações, proponho seja deferida medida cautelar **inaudita altera pars** com o objetivo de paralisar os atos decorrente do Edital 2013/16655, inclusive em relação ao teor da Cláusula 6.2 das minutas de contrato.

A despeito de já ter sido realizada a oitiva prévia do Banco do Brasil, entendo que o transcurso do tempo e a especificação que ora se faz das irregularidades encontradas impõe a renovação daquela oitiva.

Observo que, quando da primeira oitiva (Ofício 1299/2014-TCU, de 29.5.2014, fl. 1), a irregularidade mencionada referia-se a vícios no credenciamento:

“b) manifeste-se acerca do entendimento exarado no Acórdão 141/2013–TCU–Plenário relativamente à incompatibilidade entre a figura do credenciamento e as regras de classificação dos habilitados e efetiva contratação apenas dos mais bem pontuados, confrontando aquele posicionamento com as regras constantes do Edital de Credenciamento n. 2013/16655 (7421);”

Como se viu, o Banco do Brasil não busca promover o cadastramento de todos os escritórios capazes de prestar o serviço, pois entende que isso traria uma série de dificuldades no gerenciamento dos contratos.

Objetiva, sim, a contratação de um número limitado de prestadores de serviço mediante contratos-padrões com condições de remuneração previamente definidas.

Portanto, o Banco deve ser ouvido em razão da não observância das regras de licitação e não em razão de falhas no processo de credenciamento, já que não restou configurada essa hipótese.

Uma vez que a administração não adotou o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993 e, ao que consta, os contratos ainda não foram assinados, entendo não restar configurada a hipótese de obrigatoriedade de chamamento, nesta fase processual, dos escritórios “cadastrados”, na forma disciplinada no art. 49 da lei.

Diversa seria a situação caso houvesse contrato assinado, o que pode vir a ocorrer a qualquer momento. Por essa razão, proponho que a unidade técnica competente verifique o atual estágio de desenvolvimento do certame.

Além disso, devem ser solicitadas informações acerca de eventuais acordos existentes entre o Banco do Brasil e seus advogados-empregados, de modo a verificar as regras que atualmente regem o pagamento de honorários sucumbenciais.

Tendo em vista que proponho, por ora, adoção de medida cautelar, deixo de me pronunciar sobre o mérito das representações de que cuida este processo, nada obstante acolha o exame efetuado pelo ilustre relator sobre diversos pontos abordados no processo.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Plenário.

“9.1 conhecer das representações formuladas por Ayrton Dias Camargo e pelos escritórios Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédís Advocacia;

9.2. conceder medida cautelar **inaudita altera pars** e determinar a suspensão do certame objeto do Edital 2013/16655 do Banco do Brasil, por não observar as disposições relativas às licitações previstas na Lei 8.666/1993, bem assim aquelas que regem os contratos administrativos;

9.3. determinar à Secretaria de Controle Externo do Rio de Janeiro que:

9.3.1. promova a oitiva do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logística de São Paulo, do Banco do Brasil S.A., para que se manifeste sobre as seguintes irregularidades no modelo licitatório adotado no Edital 2013/16655, **indevidamente classificado como credenciamento**:

9.3.1.1. não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei;

9.3.1.2. previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto;

9.3.1.3. não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;

9.3.1.4. flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993;

9.3.1.5. criação, sem base legal, de um cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655;

9.3.1.6. inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio entre os honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil;

9.3.2. obtenha informações junto ao Banco do Brasil com vistas a:

9.3.2.1. obter informações sobre o andamento do processo de contratação decorrente do Edital 2013/16655;

9.3.2.2. verificar a existência de acordo sobre rateio de honorários sucumbenciais entre a entidade e seus advogados-empregados.

9.3.2. promova a oitiva prévia dos escritórios selecionados dentro do número de vagas estipulado no Anexo I do Edital 2013/16655.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de dezembro de 2014.

BENJAMIN ZYMLER
Revisor

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO
TC-018.515/2014-2

Natureza: Representação

Representantes: Ayrton Dias Camargo, Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia

Unidade: Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A.

VOTO COMPLEMENTAR

Em outra oportunidade, manifestei-me, nos autos, pela legitimidade do credenciamento de sociedade de advogados pelo Banco do Brasil, objeto deste processo, sobretudo em respeito à segurança jurídica, tendo em vista a deliberação anterior do Plenário desta Corte, já neste ano de 2014, em processo específico de acompanhamento instaurado para examinar o procedimento em questão.

Não obstante, em razão das pertinentes considerações do Revisor, Ministro Benjamin Zymler, pronuncio-me de acordo com a proposta de Sua Excelência no sentido de adotar medida cautelar **inaudita altera pars**, suspendendo o procedimento até que este Tribunal decida sobre o mérito da representação, sem prejuízo de determinar a oitiva da entidade.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de dezembro de 2014.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

ACÓRDÃO Nº 3567/2014 – TCU – PLENÁRIO

1. Processo nº TC-018.515/2014-2
2. Grupo I, Classe VII – Representação
3. Representantes: Ayrton Dias Camargo, Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédís Advocacia
4. Unidade: Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A.
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
- 5.1. Revisor: Ministro Benjamin Zymler
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/RJ
8. Advogados constituídos nos autos: Marcio Antonio Sasso (OAB/PR 28.922/PR), Genésio Felipe da Natividade (OAB/PR 10.747), Giovani Gionédís (OAB/PR 8.128), Luana Katarine Rocha de Souza (OAB/SP 284.566) e outros

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de cautelar, relativos ao procedimento, regido pelo Edital 2013/16655 e realizado pelo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A. para o credenciamento de sociedades de advogados.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, e com fundamento nos arts. 235, caput, 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, e art. 276, caput e § 3º, do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, bem como nos arts 2º, inciso I, e 36, caput, da Resolução TCU 259/2014, em:

9.1 conhecer das representações formuladas por Ayrton Dias Camargo e pelos escritórios Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédís Advocacia;

9.2. conceder medida cautelar inaudita altera pars e determinar a suspensão do certame objeto do Edital 2013/16655 do Banco do Brasil, por não observar as disposições relativas às licitações previstas na Lei 8.666/1993, bem assim aquelas que regem os contratos administrativos;

9.3. determinar à Secretaria de Controle Externo do Rio de Janeiro que:

9.3.1. promova a oitiva do Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logística de São Paulo, do Banco do Brasil S.A., para que se manifeste sobre as seguintes irregularidades no modelo licitatório adotado no Edital 2013/16655, indevidamente classificado como credenciamento:

9.3.1.1. não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei;

9.3.1.2. previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto;

9.3.1.3. não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;

9.3.1.4. flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993;

9.3.1.5. criação, sem base legal, de um cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655;

9.3.1.6. inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio entre os honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil;

9.3.2. obtenha informações junto ao Banco do Brasil com vistas a:

9.3.2.1. obter informações sobre o andamento do processo de contratação decorrente do Edital 2013/16655;

9.3.2.2. verificar a existência de acordo sobre rateio de honorários sucumbenciais entre a entidade e seus advogados-empregados.

9.3.3. promova a oitiva prévia dos escritórios selecionados dentro do número de vagas estipulado no Anexo I do Edital 2013/16655;

10. Ata nº 49/2014 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/12/2014 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3567-49/14-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Revisor), Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro (Relator) e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral