

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC-018.515/2014-2

Apenso: TC-012.423/2014-9

Natureza: Representação

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

Representantes no apenso: Virginia de Jesus Aguiar Gomes e Alysson Kennerly Colaciti

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 IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAR COMO CREDENCIAMENTO PROCEDIMENTO DE ESCOLHA PARA A CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADES DE ADVOGADOS. ADOÇÃO DE MODALIDADE DE LICITAÇÃO NÃO PREVISTA NA LEI. PREVISÃO EDITALÍCIA PARA O RATEIO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COM ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS DO BANCO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA A SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO SEM A OITIVA PRÉVIA DA ENTIDADE. APRESENTAÇÃO DE NOVOS ELEMENTOS PELA INSTITUIÇÃO. CONTEXTO CONSIDERAVELMENTE DESFAVORÁVEL OBSERVADO NO ATUAL MODELO DE CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS JURÍDICOS DE TERCEIROS. PONDERAÇÃO DE QUE A SISTEMÁTICA IMPUGNADA FORA RATIFICADA ANTERIORMENTE POR ESTE TRIBUNAL. VERIFICAÇÃO DE **PERICULUM IN MORA** REVERSO. REVOGAÇÃO, DE OFÍCIO, DA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO PARA QUE SEJAM EXCLUÍDOS OS ITENS RELATIVOS AO RATEIO INDEVIDO DE HONORÁRIOS. DETERMINAÇÃO À SECRETARIA DESTE TRIBUNAL PARA QUE REALIZE, COM URGÊNCIA, O EXAME DE MÉRITO DESTE PROCESSO.

RELATÓRIO

As representações com pedido de cautelar, objeto deste processo e do apenso (TC-012.423/2014-9), tratam de supostas irregularidades 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 a contratação de sociedades de advogados.

2. Independentemente das questões trazidas pelo representante, o Ministro Benjamin Zymler pronunciou-se quanto à possibilidade de o procedimento adotado pela instituição bancária não se caracterizar como credenciamento, conforme condições definidas pela doutrina e pela jurisprudência. Dessa forma, não se trataria de caso de inviabilidade de competição, configurando, assim, burla ao art. 22, § 8º, da Lei 8.666/1993, que veda a criação de novas modalidades de licitação que não sejam as previstas no mencionado ato normativo.

3. Em razão das considerações do Revisor, manifestei-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.

4. Tendo o Plenário desta Corte decidido, de forma unânime, nesse sentido (Acórdão 3.567/2014 – Plenário), a instituição foi instada a se pronunciar a respeito destes pontos:

“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.”

5. Já após a apresentação da resposta do banco em sede de oitiva, este trouxe aos autos nova peça argumentativa em que expõe questões fáticas e requer a revogação da medida cautelar, bem como deliberação pela improcedência das representações.

É o relatório.

VOTO

As representações com pedido de cautelar que constituem o objeto deste processo, bem como do apenso (TC-012.423/2014-9), tratam de supostas irregularidades 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 a contratação de sociedades de advogados para a prestação de serviços jurídicos e técnicos em todo o território nacional.

2. Mediante o Acórdão 3.567/2014 – Plenário, acolhendo o voto do Ministro Benjamin Zymler (com o qual também manifestei minha concordância), este Tribunal adotou medida cautelar **inaudita altera pars**, suspendendo o procedimento até que houvesse deliberação sobre o mérito da representação, sem prejuízo de determinar a oitiva da entidade.

3. Em essência, o Revisor fundamentou seu posicionamento na impossibilidade de o procedimento adotado pela instituição bancária ser definido como credenciamento, considerado legítimo pela doutrina e pela jurisprudência com base no art. 25 da Lei 8.666/1993 (inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição), cujas características básicas são a realização de pré-qualificação de todos os interessados aptos a prestar o serviço e a adoção de critério objetivo e imparcial para a distribuição das atividades entre todos os capazes. Tendo em vista que o aludido edital prevê a contratação de um número restrito de escritórios, estaria sendo desrespeitado requisito essencial, configurando-se, assim, burla ao art. 22, § 8º, da Lei 8.666/1993, que proíbe a utilização de modalidade de licitação não prevista na lei.

4. Além da impossibilidade de classificar o processo de contratação como credenciamento, o Revisor identificou ainda outras ocorrências que são vedadas pela Lei de Licitações e Contratos, tais como a contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto, a existência de cadastro

reserva, rescisão contratual em desacordo com a lei e a previsão de rateio de honorários advocatícios com a Associação de Advogados do Banco do Brasil.

5. A despeito de a resposta do banco em sede de oitiva já ter sido recebida pela Secex/RJ, a entidade trouxe, recentemente, aos autos, memorial em que expõe, com mais clareza, questões que acredito devam ser discutidas desde já por este Tribunal e que, na minha compreensão, justificam a revogação da cautelar, com base no art. 276, § 5º, do Regimento Interno do TCU.

6. Antes de discutir esses pontos, devo ressaltar que tanto a deliberação anterior quanto a presente análise referem-se à adoção de medida cautelar, tratando-se, portanto, de análise em cognição sumária. Desse modo, não sendo exaustivo o exame da matéria, reserva-se a decisão definitiva de mérito para um momento futuro.

7. De início, reconheço que os elementos presentes nos autos permitem que se conclua, ainda que preliminarmente, pela irregularidade do procedimento. De fato, o modelo utilizado pela entidade está distante do credenciamento tal como preceituam a doutrina e a jurisprudência. Logo, como estaria sendo utilizada, na prática, uma modalidade licitatória não prevista na Lei de Licitações, haveria ofensa ao art. 22, § 8º, da norma.

8. No entanto, a situação fática trazida pelo banco não pode ser totalmente desconsiderada por este Tribunal, cuja convicção se forma a partir não apenas da interpretação literal da legislação, mas também de outros aspectos relacionados a princípios da Administração Pública e do direito, tais como os atinentes à eficiência, à economicidade e à segurança jurídica.

9. Ao longo das últimas décadas, a instituição bancária tem enfrentado óbices na gestão da terceirização de serviços advocatícios. A forma de escolha e a contratação têm sofrido alterações decorrentes da experiência frustrada com os modelos empregados.

10. Neste ponto, cumpre assinalar, a respeito das dificuldades da instituição na terceirização dos serviços jurídicos, que, no âmbito de auditoria realizada por este Tribunal (TC-011.312/2009-0), as principais deficiências identificadas pela equipe de fiscalização também tinham sido verificadas por auditoria interna do banco, cujas recomendações foram consideradas adequadas por esta Corte e serviram de referência importante para a elaboração do modelo em apreço. Entre as medidas sugeridas, estavam a redução do número de terceirizados e a criação de cadastro de reserva.

11. Voltando ao pronunciamento mais recente da entidade, esta afirma, em síntese, que, diante do crescimento considerável da demanda por serviços jurídicos, mesmo com mudanças promovidas no modelo de contratação, persistem alguns problemas relevantes, assim descritos pelo banco: *“grande número de ações terceirizadas; escritórios que não atendem às necessidades da empresa; grande incidência de perda de prazo; má qualidade das peças processuais; e falta de informação dos andamentos processuais”*.

12. Em relação à quantidade de prestadores, consta nos autos que, em junho de 2003, havia um total de 3.805 contratos com advogados e escritórios. A partir de 2008, quando se realizou o primeiro processo de credenciamento – ainda distinto do atual, mas com algumas características semelhantes –, houve significativa redução no número de ajustes e a conseqüente melhoria na qualidade dos serviços, embora se tenha percebido a necessidade de aprimoramentos no procedimento, para escoimar as falhas ainda constatadas.

13. Para que se entenda melhor a dimensão do problema, anoto que, admitindo-se a hipótese de adoção do credenciamento puro no procedimento em análise, pressupondo também que se mantivesse a quantidade de 110 participantes habilitados, o banco projeta a celebração de 1.169 avenças, prevendo, como decorrência natural desse número, a repetição do cenário de ineficiência e fragilidade, em razão, principalmente, da impossibilidade de gerir todas as avenças de maneira satisfatória.

14. Na realidade, a expectativa de distribuição das atividades para todos os habilitados, com a pulverização dos serviços, teria como conseqüência o baixo interesse de escritórios qualificados, o que torna ainda mais desfavorável o cenário antevisto, com a perpetuação de alguns vícios ainda observados atualmente, como a má qualidade das peças produzidas e a perda de prazos processuais.

15. Outro fato a se destacar é a ratificação do modelo em questão por este Tribunal, que, mediante processo criado especificamente para esse fim (TC-041.986/2012-1), considerou, no início de 2014, não haver violação à lei ou a princípios licitatórios e que esse tipo de credenciamento seria o mais adequado para uma instituição financeira do porte do Banco do Brasil (Acórdão 145/2014 – Plenário).

16. Embora tenhamos que reconhecer o desacordo com o dispositivo da Lei de Licitações, a meu ver, por todas as informações colhidas dos autos, há outras duas conclusões que estão claras: a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada nos dias atuais; e a percepção de que o novo modelo poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses do banco. Creio que a restrição da quantidade de ajustes, com a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro de reserva, tendem a atrair prestadores mais qualificados.

17. Diante de todo esse contexto, em especial do prejuízo relevante que a atual forma de terceirização continua gerando à entidade, somado ao fato de o TCU ter ratificado o novo padrão na época do lançamento do edital em discussão, entendo que a decisão mais apropriada para o momento é revogar a cautelar, com fundamento no art. 276, § 5º, do Regimento Interno do TCU, permitindo, em caráter excepcional, o prosseguimento do procedimento.

18. Essa medida se justifica, sobretudo, pela caracterização do **periculum in mora** reverso, pois a suspensão do processo de escolha que culminaria com a contratação por meio da nova sistemática impõe ao banco, a curto e médio prazo, a continuidade da prestação dos serviços jurídicos mediante a prorrogação das avenças existentes, mantendo-se inalterada a realidade adversa observada atualmente.

19. Ressalto ainda que o contexto descrito acima torna urgente a manifestação deste Tribunal a respeito do mérito. Por conseguinte, é necessário determinar à Secex/RJ que priorize a instrução definitiva deste processo.

20. Em que pese meu posicionamento pela revogação da cautelar, acredito que uma questão trazida pelo Ministro Benjamin Zymler deve ser examinada desde já, para que se registre uma ressalva na autorização para o prosseguimento do procedimento em discussão.

21. Refiro-me à previsão do item 6.2 da minuta de contrato (peça 4, p. 122), para que a Associação dos Advogados do Banco do Brasil faça jus a 1/5 dos honorários advocatícios. De fato, como bem afirmou o Ministro, é inapropriado que assunto concernente à relação entre a instituição e seus empregados seja incluído no contrato entre o banco e a prestadora de serviço. Por essa razão, deve ser determinada a exclusão dos itens relativos a esse tema, sem prejuízo de informar da desnecessidade de republicação do edital, visto que isso não afeta o conteúdo das propostas.

22. Enfim, penso que o quadro verificado exige, com efeito, a adoção de medida peculiar para que o interesse público seja atendido e o erário seja preservado. Considero suficiente o prazo a ser fixado para o banco para a busca de uma solução que seja aderente à legislação e permita a gestão eficaz e efetiva dos serviços jurídicos prestados para a entidade.

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

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 18 de março de 2015.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

ACÓRDÃO Nº 532/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC-018.515/2014-2
- 1.1 Apenso: TC-012.423/2014-9
2. Grupo II, Classe VII – Representação
3. Representantes: Ayrton Dias Camargo (CPF 311.639.298-67), Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados (CNPJ 01.802.618/0001-38) e Pereira Gionédis Advocacia (CNPJ 81.908.543/0001-03)
- 3.1 Representantes no apenso: Virginia de Jesus Aguiar Gomes (CPF 249.855.358-42) e Alysso Kennerly Colaciti (CPF 311.639.298-67)
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
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: não atuou
8. Advogados constituídos nos autos: Marcio Antonio Sasso (OAB/PR 28.922/PR), Genésio Felipe da Natividade (OAB/PR 10.747), Giovani Gionédis (OAB/PR 8.128), Luana Katarine Rocha de Souza (OAB/SP 284.566), Eric Sarmanho de Albuquerque (OAB/DF 17.406), Sílvio Oliveira Torves (OAB/RS 29.355) 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 a contratação 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 no art. 276, § 5º, do Regimento Interno do TCU, em:

 - 9.1 revogar a medida cautelar concedida por meio do Acórdão 3.567/2014 – Plenário, permitindo, em caráter excepcional, a continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo Edital 2013/16655;
 - 9.2 determinar ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A. que reformule o Edital 2013/16655, para que não constem itens alheios à relação jurídica entre o banco e as futuras contratadas, em especial os que tratem de rateio de honorários advocatícios para a Associação dos Advogados do Banco do Brasil, deixando assente que essa medida não implica a necessidade de republicação do edital, visto que não afeta o conteúdo das propostas dos participantes;
 - 9.3 remeter os autos à Secex/RJ para que, em caráter de urgência, elabore a instrução de mérito.
10. Ata nº 9/2015 – Plenário.
11. Data da Sessão: 18/3/2015 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0532-09/15-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro (Relator), Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral