

VOTO

A presente representação, formulada pela Juíza Titular da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas, Jaiza Maria Pinto Fraxe, deve ser conhecida, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, VII, do RITCU.

2. A representante indicou possível irregularidade na condução da Concorrência 114/2013, tipo técnica e preço, no âmbito da Amazonas Distribuidora de Energia S.A. – Adesa, que objetivou a contratação de escritório advocatício (indícios de distorções no critério - valor atribuído à técnica e ao preço - de classificação adotado pela Adesa).

3. Posteriormente, em adição à documentação enviada pela representante, o escritório Portela Advogados Associados (licitante daquele certame) remeteu à Secex/AM o documento acostado à peça 4, alegando que o escritório vencedor da referida licitação (Tostes & de Paula Advogados) vem descumprindo o contrato dela decorrente (Contrato OC 91.796/2014), uma vez que a equipe técnica que vem prestando os serviços junto à entidade não seria a mesma indicada na proposta do mencionado escritório.

4. A Secex/AM, após análise dos documentos que compõem os autos, identificou outra possível irregularidade, não relacionada ao contrato acima referido, consistente na celebração dos contratos 86.907/2013 e 89.417/2013, por dispensa de licitação, com o mesmo objeto (serviços advocatícios) e com o mesmo escritório (Portela Advogados Associados), com prazo total de 360 dias, em oposição ao disposto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 (prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, vedada a prorrogação).

5. Registro que, quanto à utilização dos pesos de técnica e preço para composição da nota final dos licitantes, nos percentuais de 60% para a técnica e 40% para o preço, entendi não haver, para o caso concreto, irregularidade, tendo em vista que, em que pese a Lei de Licitações não explicitar percentuais aceitáveis, é possível tomar como referência o disposto no § 2º do inciso II do art. 20 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), que permite “a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70%”.

6. A jurisprudência apresentada pela unidade técnica em sua primeira intervenção nos autos (peça 5), em essência, refere-se à solicitação de esclarecimentos quanto à ausência de justificativa para adoção de critérios de técnica e preço ou sobre a excessiva valorização da técnica em relação ao preço, 80% e 20%, como o caso do Acórdão 210/2011-TCU-Plenário.

7. Desse modo, acolhi a proposta da unidade técnica e determinei, por meio do despacho inserto à peça 7, exceto quanto ao fato acima referenciado, a realização de oitiva da Adesa e do escritório Tostes & de Paula Advogados para que se manifestassem sobre (a) o preço de referência da Concorrência 114/2013 e o critério de aceitabilidade das propostas; (b) os indícios de subcontratação no contrato decorrente da Concorrência 114/2013; e (c) a realização de dispensa de licitação para a contratação de serviços advocatícios (Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013).

II

8. Do exame dos esclarecimentos prestados pela Adesa e pelo Tostes & de Paula Advogados, a Secex/AM entendeu subsistirem as irregularidades atinentes aos indícios de descumprimento do Contrato OC 91.796/2014 e às indevidas contratações emergenciais, por mais dos 180 dias permitidos pela Lei de Licitações, do escritório Portela Advogados Associados, sem a adoção de medidas

tempestivas para superar a situação enfrentada.

9. Em relação ao preço de referência, ressaltou a Secex/AM que a estimativa da Adesa encontra respaldo em pesquisa de mercado devidamente realizada e documentada, com amparo na jurisprudência desta Corte (Acórdão 7.049/2010-TCU-2ª Câmara), não tendo visualizado indícios de sobrepreço.

10. No tocante à execução contratual, a unidade técnica registrou que o escritório contratado apresentou proposta técnica composta apenas por advogados de Minas Gerais, com alta qualificação técnica (quatro doutores, um mestre, quatro especialistas, todos com mais de dez anos de experiência), mas que os serviços estariam sendo prestados, devido a subestabelecimento a diversos advogados em Manaus, por profissionais que não constam da proposta original e que não teriam as mesmas qualificações daqueles indicados pelo escritório Tostes & de Paula Advogados.

11. A respeito do assunto, frisou que, não obstante a vencedora ter apresentado a segunda (de quatro) proposta comercial de maior valor, foi declarada vencedora haja vista o grande peso valorativo concedido pelo edital à proposta técnica. A proposta da vencedora obteve elevada pontuação técnica, justamente porque os profissionais por ela indicados preenchiam quase a totalidade dos critérios de pontuação.

12. Assim, o órgão instrutivo entendeu que não é o caso de se avaliar apenas o desempenho das atividades por parte do contratado, mas de verificar também a participação, nos serviços prestados, dos advogados integrantes da lista oferecida na fase de licitação.

13. De acordo com os documentos enviados pelo escritório Tostes & De Paula, está demonstrada, conforme apontou o órgão instrutivo, a participação, nos atos judiciais, de apenas um dos advogados listados na equipe técnica constante na proposta comercial. Para aquele órgão instrutivo, “não é razoável que somente um dos dez membros da equipe técnica esteja efetivamente executando o contrato, ainda que coordenando o trabalho de outros advogados que mantém vínculo com o escritório”.

14. Ante tal situação, concluiu a Secex/AM que “a fiscalização do Contrato OC 91.796/2014 tem sido deficiente, uma vez que a Adesa afirmou que o mesmo vem sendo cumprido adequadamente (item 5.3 desta instrução), a despeito dos fatos [ora] analisados”.

15. Quanto às contratações emergenciais, a entidade informou que a necessidade da celebração dos dois contratos decorreu da ausência de finalização da licitação aberta em 2009 (Concorrência 632/2009), cujo procedimento teria sido suspenso por força de decisão judicial em mandado de segurança. Ante a não resolução do conflito, cancelaram aquele certame e deflagaram a Concorrência 114/2013, que ora se examina. Durante esse tempo, como não poderiam ficar sem os serviços advocatícios e frente ao término do primeiro contrato emergencial, celebraram o segundo.

16. A Secex/AM não acatou tais justificativas. Apontou que, antes do primeiro contrato emergencial em foco (que se iniciou em 2/4/2013), já houve outro instrumento emergencial firmado por 180 dias, com Adair Moura Advogados Associados, que vigeu de 3/10/2012 a 1/4/2013. Dessa forma, conforme entendeu, por no mínimo um ano (desde a celebração do primeiro contrato emergencial com Adair Moura e o término do primeiro contrato emergencial com o escritório Portela), a Adesa deixou prolongar a situação.

17. Ressaltou, ainda mais, que, considerando que a ação judicial, a qual interrompeu a licitação iniciada em 2009, somente ocorreu em 2011, tem-se um intervalo entre ambas de mais de um ano sem a finalização daquele certame, cuja causa não pode ser atribuída a essa medida judicial, como alegado.

Nesse contexto, então, ponderou sobre a forma como se deu a prestação dos serviços advocatícios nesse período, apontando para a possibilidade de as contratações emergenciais não terem se iniciado somente em 2012, aproximadamente três anos após o início daquele certame de 2009 e mais de um ano depois do ajuizamento do mandado de segurança, esse último apontado como a causa da situação emergencial verificada.

18. Dessa forma, entendeu que devem ser esclarecidos, pela Adesa, os fatos que justifiquem as circunstâncias verificadas, afastando eventual inércia e morosidade na adoção de providências para solução do caso.

19. Por fim, para os dois fatos entendidos como não elididos, o órgão instrutivo propôs a realização de audiência:

(a) de dois ex-Diretores-Presidentes da entidade, por não “supervisionar diligentemente (*culpa in vigilando*) e deixar de providenciar tempestivamente a adequada fiscalização do Contrato OC 91.796/2014”, bem assim por dispensar indevidamente licitação na contratação sucessiva de mesmo escritório para prestação de serviços advocatícios, a “pretexto de situação emergencial, prologando por mais do que os 180 dias previstos no aludido diploma legal a contratação direta, em vez de adotar medidas tempestivas e eficazes com vistas a superar a situação enfrentada por via legalmente prevista como regra (Lei 8.666/1993, arts. 1º e 3º)”; e

(b) da Sra. Priscila Soares Feitoza e do Sr. Ediney Costa da Silva, gerente e fiscal do Contrato OC 91.796/2014, respectivamente, para que apresentem suas razões de justificativa “por exercerem com diligência abaixo da esperada a necessária fiscalização para a qual foram designados”.

20. Adicionalmente, sugeriu que fosse determinado à Adesa que, “no prazo de 120 dias, apure a forma como o escritório Tostes & De Paula vem executando esse contrato, aplicando as sanções eventualmente cabíveis”; e que “imediatamente, inicie a adoção das medidas necessárias a não renovação do ajuste danoso, sem solução de continuidade, de modo a evitar a ocorrência de novas contratações emergenciais indevidas”.

III

21. Registro minha concordância, na essência, com o parecer da unidade técnica, razão pela qual incorporo os argumentos por ela aduzidos e transcritos no relatório precedente, em minhas razões de decidir. Todavia, deixo de acompanhar **in totum** o desfecho proposto, ante as seguintes considerações.

22. Em primeiro lugar, quanto ao possível descumprimento contratual (Contrato OC 91.796/2014), deve ser definitivamente esclarecido se a prestação de serviço à Adesa está ocorrendo por meio dos profissionais indicados pelo escritório vencedor, em sua proposta comercial ou, caso tenha havido eventual substituição, se os novos profissionais têm a mesma qualificação técnica requerida no edital, nos termos dos itens 4.4 e 4.36 do projeto básico (peça 2, p.87 e 90).

23. Ao contrário do que alega o contratado, a sua atuação nos processos de interesse da Adesa deve ocorrer por meio dos profissionais nominados em sua proposta, como expressamente determinado no edital da Concorrência 114/2013 (item 10.2.3: “**serão pontuados somente os 10 (dez) integrantes da equipe exigidos no item 4.3 do Projeto Básico, os quais executarão o objeto contratual**” - peça 2, p. 47), com a possibilidade de substituição eventual, como dito acima.

24. Isso decorre, como bem ressaltou o órgão instrutivo, da própria necessidade da Adesa que, ao privilegiar a qualificação técnica (60%) em relação ao preço (40%), deu à primeira especial relevância (“*expertise* diferenciada, merecedora de pontuação maior pela titulação no julgamento da licitação”, conforme registrou a unidade técnica), o que justificou, inclusive, a contratação de licitante que cotou o segundo maior preço na licitação.

25. Assim, a entidade deve assegurar-se da efetiva atuação da equipe que garantiu a contratação do escritório vencedor ou de equipe cuja qualificação seja compatível, conforme disposição editalícia e contratual. Do contrário, poder-se-ia aventar a prática de ato antieconômico: inserção, no edital, de critérios de pontuação além do necessário, culminando, assim, com contratação em nível muito superior do que aquele necessário à execução dos serviços.

26. Da análise dos documentos constantes nos autos, encaminhados pela Adesa e pelo escritório Portela Advogados Associados, verifica-se que as peças judiciais juntadas (peça 45/48) foram todas assinadas por advogado integrante do rol constante na proposta comercial da contratada, em que pese haver referência também a outros profissionais nele não elencados (com o registro de que as notificações possam ser feitas a um ou a outro). Nas peças relativas às audiências estão declinados, como representantes da Adesa, diversos profissionais que não fazem parte daquele rol (peça 3).

27. Entretanto, não foram trazidos aos autos documentos que comprovem que as qualificações desses profissionais são equivalentes à dos integrantes do rol de profissionais constantes na proposta do contratado. Na hipótese de não o serem, caracterizar-se-ia, a meu ver, descumprimento contratual, o que demandaria a adoção das providências pertinentes, por parte da Adesa, com vistas à regular execução do contrato, sob pena, como disposto no termo contratual, de rescisão da avença.

28. Ante esses fatos, acolho a proposta da unidade técnica de determinar à entidade que se certifique da regular execução do contrato e, se for o caso, adote as providências necessárias à aplicação das sanções contratuais pertinentes, devendo informar a este Tribunal, no prazo de 30 dias, os resultados apurados.

29. Deixo de acolher, porém, a proposta no sentido de determinar a imediata adoção de medidas tendentes a não renovação do ajuste em exame, evitando, ainda, a ocorrência de novas contratações emergenciais. Primeiro, porque é iminente o término da vigência da primeira prorrogação do contrato (30/3/2016), não havendo mais tempo hábil para se evitar eventual contratação emergencial, no caso de não se renovar o contrato. Segundo, porque ausente notícia, nos autos, de que os serviços do contrato não estejam sendo executados a contento; ou seja, com indícios de prejuízo à Adesa decorrente da efetiva prestação dos serviços. Ao contrário, a Adesa assegura a boa execução contratual. Além disso, não há indícios de preços superfaturados, como concluiu a própria Secex/AM ao assinalar que “tanto a estimativa da administração quanto a efetiva contratação mostram-se razoáveis”.

30. Ante tal contexto, entendo mais adequado ao caso que seja determinado à entidade que, antes da renovação do contrato, certifique-se de que os profissionais que estejam atuando na prestação dos serviços têm qualificação em consonância com o item 10.2.3 do edital da Concorrência 114/2013, bem assim em conformidade com aquelas declinadas para os profissionais elencados na planilha comercial do escritório vencedor. E somente proceda a renovação do aludido contrato em caso positivo.

31. Entendo pertinente, ainda, determinar à entidade que, para as futuras licitações objetivando a contratação de serviços advocatícios, fundamente o processo com estudo demonstrando a pertinência

da prevalência da qualificação técnica em relação ao preço, mormente quanto a serviços aparentemente comuns a serem contratados.

32. Dessa maneira, entendo que se possa deixar, neste momento, de realizar as audiências dos ex-gestores, gerente e fiscal, quanto aos fatos ligados ao Contrato OC 91.796/2014, até que venham aos autos as informações ora solicitadas à entidade.

33. Por outro lado, acolho as audiências em relação às contratações emergenciais constatadas. Porém, devem ser apresentadas justificativas para as diversas contratações emergenciais verificadas nos autos – desde aquela ocorrida em 2012, com o escritório Adair Moura Advogados Associados, até as de 2013 (Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013), com o escritório Portela Advogados Associados - considerando o longo tempo decorrido desde o início da licitação em 2009 até a contratação que adveio da licitação de 2013, com vistas a afastar os indícios de inércia e morosidade na adoção de providências para solução do caso. Saliento que a alegação de morosidade decorrente de paralisação da Concorrência 632/2009, a princípio, não se justifica, pois, como exposto pela unidade técnica, a ordem judicial que veio a interromper o certame data de 2012. Portanto, cerca de três anos após o início da licitação.

34. Entendo pertinente, ainda, que seja determinado à Adesa que encaminhe a este Tribunal cópia dos contratos que deram cobertura à prestação de serviços advocatícios no período compreendido entre 2009 e a data da celebração do contrato emergencial firmado com o escritório Adair Moura, acompanhado do respectivo processo licitatório.

Diante do exposto, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a sua consideração.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de março de 2016.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator