

TC 003.939/2015-5

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Amazonas
Distribuidora de Energia S. A.

Representante: Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe

Representado: Marcos Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91)

Advogado ou Procurador: Andressa Veronique Pinto Gusmão de Oliveira, OAB/AM 3.554, e outros (peças 21, 82, 88 e 89); Gustavo Henrique Wykrota Tostes, OAB/MG 64.601, e outros (peça 13)

Interessado em sustentação oral: Tostes e De Paula Advocacia Empresarial, CNPJ 01.567.420/0001-17 (peça 40, p. 12; e peças 67 a 70)

Proposta: diligência

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de cópia do Mandado de Segurança (MS) 5353-68.2014.4.01.3200, enviada a esta unidade técnica pela Sra. Jaiza Maria Pinto Fraxe, Juíza Titular da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas (peça 1). O mencionado processo trata de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 114/2013, promovida pela Amazonas Distribuidora de Energia S.A. (Adesa), cujo objeto é a contratação de escritório de advocacia para a prestação de serviços jurídicos. O certame em questão é do tipo técnica e preço, e tem valores orçados em R\$ 968.000,00 para um ano de contrato.

HISTÓRICO

2. Após proposta da instrução inicial (peça 5), despacho do Sr. Ministro-Relator (peça 7) determinou o conhecimento da representação e a realização de oitiva da Adesa e do escritório de advocacia Tostes e De Paula, além de diligência para obtenção de esclarecimentos e documentos da Adesa.

3. Expedidas a diligência e as oitivas (peças 9 a 11), depois das respectivas prorrogações solicitadas (peças 19 e 22) e deferidas (peça 20 e 23), chegaram a esta Secex as respostas da Adesa (peças 30 a 36) e do escritório de advocacia ouvido (peças 40 a 63).

4. Com fulcro na documentação encaminhada, instrução precedente (peça 65) propôs a realização das seguintes audiências:

a) Sr. Marco Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91), Diretor-Presidente da Amazonas Distribuidora de Energia S. A. em 2013 e 2014, por ter dispensado indevidamente licitação (com base no art. 24, IV, da Lei de Licitações), a pretexto de situação emergencial, prorrogando por mais do que os 180 dias previstos no aludido diploma legal a contratação direta, ao invés 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);

b) Srs. Marco Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91), Radyr Gomes de Oliveira (CPF 119.281.152-68) e Antônio Carlos Faria de Paiva (CPF 412.893.746-00), Diretores-Presidentes da Amazonas Distribuidora de Energia S.A., por não terem supervisionado diligentemente (*culpa in vigilando*) e terem deixado de providenciar tempestivamente a adequada fiscalização do Contrato OC

91.796/2014, contrariando os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade e supremacia do interesse público e a Lei 8.666/1993 (art. 30, caput II e §10 e arts. 66, 67, 72, 76, 77, 78, I);

c) Sra. Priscila Soares Feitoza (CPF 516.069.502-82) e do Sr. Ediney Costa da Silva (CPF 624.564.742-87), respectivamente gerente e fiscal do Contrato OC 91.796/2014, por exercerem com diligência abaixo da esperada a necessária fiscalização para a qual foram designados, contrariando os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade e supremacia do interesse público e a Lei 8.666/1993 (art. 30, caput II e §10 e arts. 66, 67, 72, 76, 77, 78, I).

5. Ainda, propôs determinar à Adesa o seguinte:

a) apurar a forma como o escritório Tostes e De Paula vem executando esse contrato, aplicando as sanções eventualmente cabíveis;

b) iniciar a adoção das medidas necessárias à não renovação do ajuste danoso, sem solução de continuidade, de modo a evitar a ocorrência de novas contratações emergenciais indevidas;

6. Em voto proferido (peça 72), o Exmo. Ministro Vital do Rêgo, Relator deste processo, dissentiu parcialmente da proposta supramencionada, acrescentando imputação de responsabilidade ao Sr. Pedro Carlos Hosken Vieira, Diretor-Presidente antecessor. Entendeu, ainda, o Exmo. Ministro que, no momento, não cabiam as audiências das letras “b” e “c” do parágrafo 4 desta instrução.

6.1. O Relator submeteu seu voto ao Plenário, sendo deliberado nos termos do Acórdão 532/2016 – TCU – Plenário (peça 71), conforme excerto abaixo:

9.1 conhecer, com fulcro nos arts. 235 e 237, VII, do RITCU, a presente representação;

9.2 promover, com fulcro no art. 250, inciso IV, do RI/TCU, a audiência dos Srs. Pedro Carlos Hosken Vieira (CPF 141.356.476-34) e Marco Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91), Diretores-Presidentes da Adesa, em 2012 e 2013, respectivamente, para que apresentem razões de justificativa para as contratações emergenciais relativas ao período de 2012, com o escritório Adair Moura Advogados Associados, a 2013 (Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013, com o escritório Portela Advogados Associados), ante o longo tempo decorrido desde o início da licitação em 2009 até a contratação que adveio da licitação de 2013 evidencia indícios de inércia e morosidade na adoção de providências para solução do caso;

9.3 determinar à Adesa que:

9.3.1 certifique-se, antes da renovação do Contrato OC 91.796/2014, 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 da contratada;

9.3.2 adote, em caso de eventual descumprimento do referido contrato, as providências necessárias à aplicação das sanções contratuais pertinentes;

9.3.3 somente proceda a renovação do aludido contrato em caso de regular execução contratual;

9.3.4 informe a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, os resultados apurados a partir das providências acima;

9.3.5 encaminhe a este Tribunal, no prazo de 15 (quinze) dias, cópia do contrato de prestação de serviços advocatícios relativos ao período de 2009 até a data da celebração da contratação emergencial do escritório Adair Moura Advogados Associados, acompanhada do respectivo processo licitatório;

9.3.6 fundamente os processos das futuras licitações objetivando a contratação de serviços advocatícios com estudo adequado à demonstração da pertinência da prevalência da qualificação técnica em relação ao preço, considerando a natureza dos serviços a serem executados pelos contratados.

7. As audiências dos Srs. Pedro Carlos Hosken Vieira (CPF 141.356.476-34) e Marco Aurélio

Madureira da Silva (CPF 154.695.816- 91), Diretores-Presidentes da Adesa, foram realizadas mediante os expedientes das peças 75 e 76. A Adesa foi notificada por meio do expediente da peça 78.

8. A Adesa apresentou a documentação do item 9.3.5 do Acórdão 532/2016 – TCU – Plenário (peça 71), conforme disposto nas peças 80 e 81. No que tange aos demais itens, encaminhou o documento acostado à peça 94.

9. Os Srs. Pedro Carlos Hosken Vieira (CPF 141.356.476-34) e Marco Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91), Diretores-Presidentes da Adesa, apresentaram as suas razões de justificativas, respectivamente, por meio dos documentos acostados às peças 95 e 96-97.

EXAME TÉCNICO

10. A fim de cumprir a determinação contida no item 9.3.5 do citado Acórdão, a Adesa encaminhou os seguintes documentos (peças 80 e 81):

10.1. Contrato 1.743/2004 (peça 80, p. 2-10), 1º a 4º aditivos (peça 80, p. 11-12; p. 47-48; p. 65-67; p. 92-93), no valor de R\$ 696.000,00 cada, e 5º e 6º aditivos, ambos por 6 meses (peça 80, p. 110-111 e 133-134), no valor respectivo de R\$ 348.000,00, decorrentes da Concorrência 149/2003, firmados com a empresa Adair Moura e Advogados S.A., no período de 8/9/2004 a 8/9/2010 – contrato e prorrogações.

10.2. Contrato 59.904/2010 (peça 80, p. 150-158) celebrado por 6 (seis) meses com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., no valor de R\$ 348.000,00, no período de 8/9/2010 a 8/3/2011.

10.3. Contrato 73.148/2011 (peça 80, p. 197-205) celebrado por 6 (seis) meses com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., no valor de R\$ 348.000,00, no período de 10/3/2011 a 10/9/2011.

10.4. Contrato 78.500/2011 (peça 81, p. 12-21) celebrado por 6 (seis) meses com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., no valor de R\$ 348.000,00, no período de 12/10/2011 a 11/4/2012.

10.5. Contrato 81.495/2012 (peça 81, p. 72-81) celebrado por 6 (seis) meses com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., no valor de R\$ 348.000,00, no período de 2/4/2012 a 2/10/2012.

10.6. Contrato 84.661/2012 (peça 81, p. 164-173) celebrado por 6 (seis) meses com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., no valor de R\$ 348.000,00, no período de 3/10/2012 a 3/4/2013.

Análise

11. Na documentação encaminhada, observa-se que o Contrato 1.743/2004 (peça 80, p. 2-10), celebrado em 8/9/2004 e oriundo da Concorrência 149/2003, cujo objeto é a prestação de serviços advocatícios de forma contínua, foi prorrogado, nos termos do que preceitua o inciso II, art. 57 da Lei 8.666/1993 – limite de 60 meses -, consoante se depreende do 1º ao 4º aditivo do contrato (peça 80, p. 11-12; p. 47-48; p. 65-67; p. 92-93).

11.1. Observa-se ainda que o contrato foi prorrogado por mais 12 meses, conforme dispõem o 5º e 6º aditivo contratual (peça 80, p. 110-111 e 133-134), respectivamente, com fundamento na inteligência do § 4º, art. 57 da Lei 8.666/1993 – “em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo limite de 60 meses poderá ser prorrogado por até 12 meses”.

11.2. Verifica-se que, com base no inciso IV, art. 24 da Lei 8.666/1993, os contratos emergenciais foram celebrados, após o decurso dos aditivos mencionados no parágrafo acima, no total de 7 (5 com Adair Moura e Advogados S.A. e 2 com Portela Advogados Associados), no período de 8/9/2010 a 31/3/2014 – aproximadamente 3 anos e 6 meses de contratos emergenciais.

11.3. Ante as observações mencionadas, vê-se que o fundamento – “aguardando finalização de procedimento licitatório” – utilizado no parecer jurídico (peça 80, p. 115-117) para prorrogar o Contrato 1.743/2004, no seu 5º termo aditivo, assinado em 25/8/2009, não encontra sustentação no § 4º, art. 57

da Lei 8.666/1993, uma vez que, consoante informação apresentada pela própria Adesa e presente nos autos, não existia certame licitatório em curso, pois a Concorrência 632/2009 foi lançada apenas em dezembro/2009, o que pressupõe indícios de que houve ilegalidade na citada prorrogação excepcional.

11.4. A jurisprudência deste Tribunal dispõe que a prorrogação contratual por até mais 12 meses aplicável a serviços contínuos, além do limite de 60 meses previsto, somente é pertinente em situações excepcionais ou imprevistas, diante de fato estranho à vontade das partes, não sendo cabível sua adoção justificável apenas pela vantajosidade de preços à Administração, consoante dispõem, exemplificativamente, os Acórdãos TCU 126/2002 – 2ª Câmara e 1.159/2008 – Plenário.

11.5. Assim, ante a proximidade da expiração do Contrato 1.743/2004, após o decurso de 60 meses, conclui-se que houve inércia da entidade em agir para providenciar novo procedimento licitatório. Este fato reveste-se com gravidade ainda maior, visto que tal prorrogação ocorreu mediante indícios de fundamentação inexistente, o que viola o preceito contido no § 4º, do art. 57 da Lei de Licitações, o qual disciplina que a medida adotada deve ser amparada em fato imprevisível ou situação excepcional que a justifique. Entende-se, assim, que os responsáveis devem ser ouvidos em audiência após as diligências propostas adiante.

11.6. As diligências são pertinentes para aferir adequadamente a responsabilidade pelas ilegalidades identificadas. Nesse sentido, deve-se requisitar à Adesa que encaminhe as seguintes informações/documentos:

- a) Normativos que disciplinam a área de licitações e contratos da Adesa desde o ano de 2009;
- b) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento jurídico da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- c) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento de licitações da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- d) Período de gestão dos Diretores-Presidentes e demais Diretores desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- e) Nome e CPF do parecerista que elaborou o parecer que deu suporte à emissão do 5º termo aditivo do Contrato 1.743/2004; e
- f) Processo licitatório, para contratação de serviços advocatícios, em curso por ocasião do término do Contrato 1.743/2004 (8/9/2009).

12. Em síntese, para cumprir as demais determinações, especialmente, a que consta do item 9.3.1 do Acórdão, a Adesa encaminhou as seguintes informações (peça 94):

12.1. O escritório jurídico Tostes & de Paula Advocacia Empresarial, vencedor da Concorrência 114/2013, cumpre satisfatoriamente todos os requisitos jurídicos e contratuais dispostos no edital e contrato decorrente.

12.2. Ocorre a participação de todos os advogados especialistas indicados na planilha da proposta vencedora do certame e, também, de outros advogados de sua filial em Manaus. Estes não estão incluídos na proposta técnica apresentada na licitação, disponibilizando à essa Concessionária um número de advogados muito além do número mínimo de 10 (dez) advogados exigidos no certame.

12.3. O projeto básico, no seu item 4, subitem 4.3, exige um quantitativo mínimo de 10 (dez) advogados tecnicamente habilitados. Nesse sentido, a gestão do contrato afirma que esta exigência editalícia vem sendo cumprida, uma vez que o contato com o referido escritório e as demandas de serviço são tratadas exclusivamente com os advogados especialistas, que ficam na sede do escritório em Belo Horizonte/MG, e com eles, são definidas as estratégias de defesas e planejamento de ações preventivas, como meio de mitigar demandas futuras.

12.4. Ademais, não obstante este número mínimo exigido, há os demais advogados que militam em Manaus, que podem ter ou não a mesma qualificação técnica dos constantes da proposta comercial, visto que são mero executores do trabalho intelectual que lhes é remetido da sede da entidade advocatícia, sediada em Belo Horizonte/MG, atuando, dessa forma, no suporte das diversas demandas desta empresa.

12.5. Em obediência ao Acórdão 532/2016 – TCU – Plenário, o departamento jurídico irá implementar medidas de controle e aprimoramento da gestão do contrato firmado com o escritório Jurídico Tostes & de Paula Advocacia Empresarial, de modo a garantir o cumprimento das cláusulas contratuais, com a comprovação de que os advogados especialistas listados no certame estão em plena atuação.

Análise

13. Em apertada síntese, a Adesa informa que o escritório jurídico Tostes & de Paula Advocacia Empresarial cumpre o contrato com a participação dos 10 (dez) advogados especialistas indicados na sua proposta técnica, de forma intelectual, e que, além disso, conta, sob a coordenação/supervisão da sede, com o apoio do escritório filial instalado nesta cidade, a fim de cumprir os trabalhos rotineiros que os serviços advocatícios requerem. Assim, estes advogados suporte da filial podem “possuir ou não as mesmas qualificações da proposta técnica apresentada”.

13.1. Estas informações não trazem novidade aos autos, visto que já foi observado que os advogados locais são coordenados/supervisionados por apenas 1 (um) dos advogados da proposta técnica, conforme análise dos parágrafos 26 e 27 do voto do Exmo. Ministro Vital do Rêgo (peça 72, p. 4).

13.2. Dessa forma, fica evidente que, não obstante a realização do trabalho dito intelectual, realizado pela sede, os serviços advocatícios rotineiros são prestados, em grande parte, por advogados que militam nesta cidade e que atuam sob a coordenação/supervisão da sede, podendo, conforme informado pela própria Adesa, “possuir ou não a mesma qualificação técnica”, o que suscita estranheza nos critérios estabelecidos para a pontuação técnica presente no item 10.2.3 do edital da Concorrência 114/2013 (peça 2, p. 46-47), tendo em vista que se privilegiou a qualificação técnica (60%) em relação ao preço (40%), justificando, inclusive, a contratação de licitante que cotou o segundo maior preço da licitação.

13.3. Por outro lado, verifica-se, nos itens abaixo que tratam “**das obrigações do contratado**”, que o contrato está sendo executado de acordo com o previsto no projeto básico (peça 2, p. 87), consoante o seguinte excerto:

4.2. **Comunicar o nome e qualificação dos advogados que trabalham sob a sua coordenação**, para efeito de inclusão no subestabelecimento, ficando ressalvada, contudo, a responsabilidade exclusiva do Contratado, pelas obrigações deste Projeto Básico;

4.3. O Contratado deverá **possuir em seu quadro de advogados**, a quantidade mínima de 10 (dez) advogados **tecnicamente habilitados**, com experiência mínima de 03 (três) anos de advocacia, **para a execução dos serviços**, assim como estrutura física compatível ao volume de atividades que serão desempenhadas;

4.4. **Na hipótese de substituição de qualquer dos advogados constantes da Proposta Comercial**, o Contratado deverá encaminhar à AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A., fotocópia, com firma reconhecida, do documento hábil a comprovar o vínculo do profissional com o escritório contratado. Certidão Negativa de Débito junto à OAB/AM, curriculum vitae do novo advogado com os devidos documentos comprobatórios das qualificações requeridas;

4.5. Manter **obrigatoriamente escritório de advocacia com pessoal próprio, equipamentos, materiais e advogados no Município de Manaus/AM**, podendo manter apenas correspondente na cidade de Brasília/DF;

13.4. Assim, comparando este trecho do projeto básico com as informações prestadas pela Adesa, conclui-se que:

a) existem advogados que trabalham em Manaus, sob a coordenação da sede do escritório contratado;

b) o escritório possui, em seu quadro, a quantidade mínima de 10 (dez) advogados tecnicamente habilitados, que executam intelectualmente os serviços advocatícios;

c) não houve substituição de nenhum advogado da proposta comercial apresentada na habilitação; e

d) existe escritório filial, na cidade de Manaus/AM, com pessoal e estrutura própria para a realização dos serviços advocatícios.

13.5. Sendo assim, o cerne da questão consiste na relevância da pontuação técnica (60%), atribuída aos licitantes, em detrimento do preço (40%), para os serviços advocatícios contratados pela Adesa, visto que grande parte dos trabalhos é realizado por advogados da filial que “possuem ou não a mesma qualificação técnica” da proposta comercial. Tal critério permitiu a contratação de empresa que não ofertara o menor preço.

13.6. Nesse contexto, ante a informação da Adesa de que existe execução contratual satisfatória, bem como os valores dos serviços advocatícios estão dentro dos estabelecidos no mercado, segundo análise proferida no voto do Ministro Relator (peça 72), entende-se que esta questão resta superada. Ademais, o próprio Acórdão 532/2006 – TCU – Plenário já determinou, no seu item 9.3.6, à empresa que “fundamente os processos das futuras licitações objetivando a contratação de serviços advocatícios com estudo adequado à demonstração da pertinência da prevalência da qualificação técnica em relação ao preço, considerando a natureza dos serviços a serem executados pelos contratados”.

14. Em apertada síntese, o Sr. Pedro Carlos Hosken Vieira (CPF 141.356.476-34), Diretor-Presidente, apresentou as suas razões de justificativas por meio do documento da peça 95.

14.1. O seu período de gestão foi de 5/4/2010 a 1º/6/2011.

14.2. Não determinou que o departamento jurídico da Adesa realizasse as dispensas de licitação que originaram os contratos com o escritório Adair Moura Advogados Associados, nem assinou estes contratos, visto que não era a autoridade competente para deflagrar o procedimento licitatório, tampouco para assinar os contratos.

14.3. Dessa forma, os responsáveis pelas contratações relativas aos Contratos 59.904/2010 (Dispensa de Licitação 386/2010) e 73.148/2011 (Dispensa de Licitação 189/2011), celebrados com o escritório Adair Moura e Advogados S.A., foram o gerente do departamento jurídico e do departamento de licitações.

14.4. Nesse contexto, informa que, à época, vigorava a Norma Interna DG-LC-03/N-001, vigente até 13/12/2013 (peça 95, p. 12-29), cujo teor estabelecia as diretrizes que regulamentavam o planejamento das aquisições de bens e contratações de obras e serviços e, também, a própria execução dos processos licitatórios no âmbito dessa empresa. Essa norma era complementada pela Deliberação do Conselho de Administração, DEL 22-2010, de 21/6/2010, que definia o limite de competência para a assinatura dos contratos da entidade, a alçada para o ordenamento de despesas e, consequentemente, a responsabilidade por tais atos.

14.5. O Anexo I da Norma Interna DG-LC-03/N-001 (peça 95, p. 6) dispunha que os contratos de material e serviço nos valores de R\$ 80.000,00 a R\$ 650.000,00 eram autorizados pelo representante do diretor da área solicitante no comitê de gestão, homologados/adjudicados pelo gerente de licitações e a assinatura do contrato competia ao gerente de licitação e ao gerente do departamento solicitante concomitantemente.

14.6. Sendo assim, a obrigatoriedade de ratificar as licitações realizadas na empresa, em razão do

valor dentro do limite estabelecido pela empresa (peça 95, p. 6), era, à época, uma mera formalidade a ser observada após todos os atos praticados dentro do processo licitatório pela área requisitante e de licitação.

14.7. A Dispensa de Licitação (DL) 386/2010, que originou o Contrato 59.904/2010, foi realizada com ampla justificativa legal, uma vez que a Concorrência 632/2009, de alta complexidade, lançada para contratar escritório jurídico em substituição ao contrato vigente, ainda estava em andamento, sendo os serviços advocatícios indispensáveis para a administração.

14.8. A Concorrência 632/2009 teve sua finalização atrasada em virtude da interposição de recursos administrativos, e, posteriormente, o certame foi suspenso por força de decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança 0209573-10.2011.8.04.0001, retardando ainda mais a conclusão da licitação e corroborando para a perpetuação da emergência, sendo que todos esses fatos impeditivos foram absolutamente estranhos à vontade da concessionária.

14.9. Devido às restrições do Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), da controladora Eletrobras e da própria Aneel não havia margem para abertura de concurso público para acréscimo do quadro próprio de advogados.

14.10. Por derradeiro, relatou que não possui participação na celebração dos Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013, firmados com o escritório Portela Advogados Associados, por não fazer mais parte da diretoria dessa concessionária, uma vez que seu mandato extinguiu-se em 1º/6/2011.

Análise

15. Inicialmente, impende relatar que o Sr. Pedro Carlos Hosken Vieira não possui responsabilidade pelos Contratos 78.500/2011 (12/10/2011 a 11/4/2012) (peça 81, p. 12-21), 81.495/2012 (2/4/2012 a 2/10/2012) (peça 81, p. 72-81), firmados com o escritório Adair Moura Advogados Associados, bem como pelos Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013, celebrados com Portela Advogados Associados, porquanto não pertencia ao corpo dirigente da entidade. A responsabilidade destes contratos recai sobre a gestão do Sr. Marco Aurélio Madureira da Silva, Diretor-Presidente, que lhe sucedeu.

15.1. No que tange à ausência de responsabilidade pelos Contratos emergenciais 59.904/2010 (peça 80, p. 150-158) e 73.148/2011 (peça 80, p. 197-205), ajustados com o escritório Adair Moura Advogados Associados, e nos quais imputa responsabilidade pela contratação ao gerente do departamento jurídico e ao do departamento de licitações, não lhe assiste razão, visto que, embora não seja signatário destes contratos, existem, nestes autos, documentos que indicam, de maneira inequívoca, a sua participação neste processo (peça 80, p. 186-188; 235-236; peça 81, p. 1).

15.2. No tocante à celebração dos Contratos emergenciais 59.904/2010 e 73.148/2011 sob a sua gestão, respectivamente, em setembro/2010 e abril/2011, tendo em vista a ausência de conclusão da Concorrência 632/2009 – iniciado em dezembro/2009 -, em razão de recursos administrativos e mandado de segurança impetrado por licitante, entende-se que esta justificativa não é razoável, visto que o mandado de segurança foi impetrado somente em 24/2/2011, sendo suspenso o processo em 2/3/2011, segundo informações da própria Adesa (peça 96, p. 197), o que computa um lapso aproximado de 14 meses, desde a deflagração do certame até a suspensão mediante mandado de segurança.

15.3. Este entendimento se fundamenta nos princípios da razoabilidade e da eficiência estabelecidos no art. 2º da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Nesse sentido, não é razoável que o certame tenha se alongado por 14 meses sem que houvesse sido concluído, sobretudo, quando o objeto, não obstante tenha sido dito de alta complexidade, não possui características de contratação complexas que demandem a dilação irrazoável do processo licitatório.

15.4. Assim, não cabe, neste processo, avaliar o mérito das decisões tomadas pelo Sr. Pedro Carlos

Hosken Vieira, com o auxílio dos gerentes dos departamentos jurídico e de licitações, em relação às contratações emergenciais realizadas, contudo, não se pode acolher as justificativas apresentadas, visto que seria premiar a inércia e a morosidade nas soluções para as situações emergenciais enfrentadas. Todavia, entende-se que seria extremamente severo aplicar-lhe multa, visto que as contratações emergenciais não resultaram em prejuízo para a Administração Pública. Por outro lado, por ocasião da proposta de mérito, deve-se dar ciência à Adesa de que a inércia e a morosidade administrativa violam o art. 2º da Lei 9.784/1999 (princípios da razoabilidade e da eficiência).

15.6. Por fim, ante a proposta de ciência supramencionada, entende-se que se torna desnecessária audiência dos gerentes dos departamentos jurídico e de licitações da empresa, visto que trariam argumentos semelhantes aos apresentados pelo Sr. Pedro Carlos Hosken Vieira.

16. Em síntese, o Sr. Marco Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816- 91), Diretor-Presidente, em 2012 e 2013, apresentou as suas razões de justificativa mediante os documentos acostados às peças 96 e 97.

16.1. Inicialmente, cabe descrever de forma sintetizada o breve relato do justificante acerca do processo da Concorrência 632/2009:

16.1.1. Em dezembro de 2009, foi lançada a Concorrência 632/2009, cujo objeto era a prestação de serviços advocatícios à Adesa, que foi paralisada inúmeras vezes, em razão de vários recursos apresentados pelos licitantes, e findou por se tornar uma licitação bastante tumultuada.

16.1.2. Em 28/6/2010, a comissão de licitação responsável pelo certame divulgou o resultado da análise e julgamento da documentação de habilitação, que, com tantos reclames, recursos e pedidos de esclarecimento e reconsideração, arrastou-se durante o exercício de 2010 e início de 2011.

16.1.3. Em 24/2/2011, o escritório Adair Moura Advogados Associados, inabilitado na Concorrência 632/2009, impetrou mandado de segurança em face do gerente do departamento de licitação e contratação da Adesa. Nesse contexto, no exercício de suas atribuições, considerou-se a oportunidade e conveniência derivadas dos fatos, dando prosseguimento ao processo, tendo em vista a existência de fatores de interesse público, pois, a paralisação do processo só causaria maiores transtornos para todas as partes envolvidas.

16.1.4. Esta ação, contudo, foi bastante tumultuada, com inúmeros litisconsortes apresentando suas razões ao juízo, o que pela lei processual dobrava prazos e contribuía para a demora no julgamento da ação judicial e, conseqüentemente, mantinha suspensa a concorrência em tela.

16.1.5. Em 21/10/2011, com uma sentença desfavorável, foi determinada a nulidade total da Concorrência 632/2009 (peça 97, p. 63-66), decisão que foi objeto de embargos declaratórios e apelação imediata da Adesa (peça 97, p. 91-103 e 111-116). Em 19/4/2012, foi recebida esta apelação e encaminhada ao Tribunal de Justiça do Amazonas (TJ/AM).

16.1.6. Não obstante a existência de razões para insistir na defesa do mandado de segurança e defender a manutenção da Concorrência 632/2009, em 27/8/2012, juntou-se aos autos um parecer do Ministério Público Estadual (MPE/AM), o qual recomendava a manutenção da sentença (peça 97, p. 258-268). Sendo assim, a partir desse momento, o departamento jurídico passou a avaliar a revogação da concorrência em curso e a conveniência e oportunidade da abertura de novo processo licitatório. Porém, como é cediço, tal decisão merecia uma substancial análise do mérito administrativo de tal ato (peça 96, p. 62-75).

16.1.7. Após a análise, em 25/2/2013, foi juntada petição da Adesa que solicitou a revogação da Concorrência 632/2009 sob a justificativa de estar realizando sequenciais dispensas de licitação e, assim, descaracterizando o objetivo do certame (peça 96, p. 77-79). Em 9/5/2013, foi proferida decisão monocrática da Justiça homologando o pedido de desistência da Adesa (peça 97, p. 275).

16.1.8. Assim, ante a necessidade dos serviços e após consulta a 8 (oito) escritórios de advocacia, dentre os orçamentos apresentados, o escritório jurídico Portela Advogados Associados ofertou a proposta mais vantajosa à Adesa, no valor total de R\$ 214.740,00, para o período de 180 dias. Dessa forma, o departamento jurídico lançou mão da única alternativa que lhe era viável e procedeu à celebração do Contrato 86.907/2013, em 2/4/2013, com término previsto para 29/9/2013.

16.1.9. Em 3/6/2013, foi lançado o novo certame licitatório – Concorrência 114/2013 – que se encerrou em 1º/4/2014, celebrando o Contrato 91.796/2014 com o escritório Tostes & de Paula Advocacia Empresarial.

16.2. Após o relato sucinto, passa-se às justificativas do responsável:

16.3. O seu período de gestão foi de 2/6/2011 a 25/10/2013 e 15/4/2014 a 15/7/2014.

16.4. Todas as DLs e inexigibilidades lançadas por essa empresa são analisadas pela Controladoria-geral da União (CGU) e o resultado desta análise é remetido ao Tribunal de Contas da União (TCU) por ocasião da auditoria anual de contas.

16.5. Houve uma auditoria de natureza operacional, com o objetivo de avaliar os controles internos da área de licitações e contratos da Adesa, no âmbito do TC 012.726/2013-3, momento em que foram analisados minuciosamente todos os processos de aquisições de bens/serviços e contratos no intervalo de janeiro/2010 a maio/2013. Tal fiscalização deu origem a várias determinações deste Tribunal, entretanto, não foram mencionadas as DLs realizadas em razão da paralisação da Concorrência 632/2009.

16.6. Não possui responsabilidade direta pela assinatura dos Contratos 59.904/2010 e 73.148/2011, celebrados com o escritório Adair Moura Advogados Associados, por não pertencer ao corpo dirigente da empresa, tampouco pelos Contratos 86.907/2013 e 89.417/2013, firmados com o escritório Portela Advogados Associados, por não ser a autoridade competente para deflagrar o procedimento licitatório e nem por assinar os contratos.

16.7. À época vigorava a Norma Interna DG-LC-03/N-001, vigente até 13/12/2013 (peça 96, p. 25-42), que estabelecia as diretrizes que regulamentavam o planejamento das aquisições de bens e contratações de obras e serviços e, também, a própria execução dos processos licitatórios no âmbito da empresa. Essa norma era complementada pela Deliberação do Conselho de Administração, DEL 22-2010, de 21/6/2010, que definia o limite de competência para a assinatura dos contratos da entidade, a alçada para o ordenamento de despesas e, consequentemente, a responsabilidade por tais atos.

16.8. Com fulcro na norma, a obrigatoriedade de ratificar as licitações realizadas na empresa, em razão do valor dentro do limite estabelecido pela empresa (peça 96, p. 7), era, à época, uma mera formalidade a ser observada após todos os atos praticados dentro do processo licitatório pela área requisitante e de licitação.

16.9. Em relação aos Contratos abaixo, celebrados emergencialmente, nos termos do inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, com o escritório Adair Moura Advogados S.A., relatou que:

16.9.1. 78.500/2011 - licitação deflagrada pela gerência do departamento jurídico e contrato assinado pelos gerentes do departamento jurídico e de licitação.

16.9.2. 81.495/2012 – licitação deflagrada pela gerência do departamento jurídico e contrato assinado pelo gerente do departamento jurídico e assistente da presidência.

16.9.3. 84.661/2012 - licitação deflagrada pela gerência do departamento jurídico e contrato assinado, em 3/10/2012, pelo gerente do departamento jurídico e diretor-presidente (apenas assinou por ter tido conhecimento do tumulto processual acerca da concorrência 632/2009, dando ordem ao departamento jurídico para que a mesma fosse revogada e lançado novo certame).

16.10. A DL 386/2010, que originou o Contrato 59.904/2010, assinado em 9/9/2010, foi realizada com farta justificativa legal, uma vez que a Concorrência 632/2009, de alta complexidade, lançada para a contratação de escritório jurídico em substituição ao contrato vigente, ainda estava em andamento, sendo os serviços indispensáveis para a administração.

16.11. Assim, na permissão do art. 24, inciso IV da Lei 8.666/1993, caracterizada a emergência e a urgência no atendimento do interesse público, firmou-se o Contrato 59.904/2010. Essa DL foi realizada com pesquisas de mercado, contudo, o preço do contratado demonstrou-se ser mais vantajoso. Além disso, foram considerados pelo departamento jurídico os riscos da desmobilização do escritório que já estava há 5 (cinco) anos à frente dos processos judiciais da empresa.

16.12. Com a não finalização da Concorrência 632/2009, a emergência permaneceu, o que causou a realização de nova DL, gerando o Contrato 73.148/2011, assinado em 12/4/2011, com o escritório Adair Moura Advogados Associados, que continuou apresentando a opção mais vantajosa para administração, indicando ausência de dano ao erário.

16.13. Por derradeiro, informa que devido às restrições do DEST, da controladora Eletrobras e da própria Aneel não havia margem para abertura de concurso público para acréscimo do quadro próprio de advogados.

Análise

17. Não obstante o exposto pelo justificante, no que concerne ao relato de que todas as DLs lançadas pela Adesa são analisadas pela CGU e o resultado desta análise é remetido ao TCU por ocasião da auditoria anual de contas, e de que houve uma auditoria que analisou minuciosamente todos os processos de aquisições de bens/serviços e contratos no intervalo de janeiro/2010 a maio/2013, entende-se que sua afirmação não encontra amparo nas normas e procedimentos de auditoria.

17.1. É cediço que as auditorias realizadas pelos órgãos de controle interno e externo não têm o condão de avaliar minuciosamente cada processo, muito menos esgotar a análise em todos os processos licitatórios da entidade auditada, visto que a grande maioria dos trabalhos de auditoria se dá por amostragem.

17.2. Ademais, o art. 206 Regimento Interno deste Tribunal dispõe que “a decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas ordinária não constituirá fato impeditivo da aplicação de multa ou imputação de débito em outros processos, salvo se a matéria tiver sido examinada de forma expressa e conclusiva, hipótese na qual o seu exame dependerá do conhecimento de eventual recurso interposto pelo Ministério Público”. Sendo assim, portanto, esta informação trazida aos autos pelo justificante não lhe agrega valor, tampouco elide as irregularidades identificadas.

17.3. No que tange à ausência de responsabilidade pelos Contratos emergenciais 78.500/2011 (peça 81, p. 12-21), 81.495/2012 (peça 81, p. 72-81) e 84.661/2012 (peça 81, p. 164-173), ajustados com o escritório Adair Moura Advogados Associados, e nos quais imputa responsabilidade pela contratação ao gerente do departamento jurídico e ao do departamento de licitações, não lhe assiste razão, visto que, embora não seja signatário destes contratos, existem, nestes autos, documentos que indicam, de maneira inequívoca, a sua participação neste processo (peça 81, p. 56-57; 101-102 e 192-194).

17.4. Em conformidade com o histórico explicitado pela Adesa – parágrafos 16.1 a 16.1.9 desta instrução -, verifica-se que, após a suspensão da Concorrência 632/2009, em 2/3/2011, em face da impetração de mandado de segurança, apenas em 25/2/2013, a Adesa agiu para revogar o certame sob a justificativa de estar realizando sequenciais dispensas de licitação e, assim, descaracterizando o objetivo do processo licitatório (peça 96, p. 77-79). Tal fato computa um prazo de aproximadamente 2 (dois) anos, os quais foram dedicados a recursos perante o Poder Judiciário e à avaliação da oportunidade e conveniência para realizar novo certame.

17.5. Nesse interregno, em 21/10/2011, a Adesa obteve uma sentença desfavorável, que determinou a nulidade da Concorrência 632/2009 (peça 97, p. 63-66), sendo tal decisão objeto de recursos (peça 97, p. 91-103 e 111-116), insistindo na defesa do mandado de segurança e, consequentemente, na continuação do certame.

17.6. Entretanto, em 27/8/2012, parecer do MPE/AM recomendou a manutenção da sentença (peça 97, p. 258-268), momento em que se avaliou a conveniência e a oportunidade de revogar a concorrência em curso.

17.7. Verifica-se que, entre a recomendação de manutenção de sentença do MPE (27/8/2012) e a solicitação da revogação do certame perante o Judiciário, existe um período de 6 meses. Assim, mais uma vez, observa-se a inércia e morosidade da administração em agir, considerando que o certame já estava suspenso há quase 1 ano e 6 meses, deste 2/3/2011.

17.8. Assim, entende-se que, diante da sentença proferida pelo Poder Judiciário de anular o certame, eivado de ilegalidade, é razoável exigir que o gestor público adote, dentro do seu poder discricionário, a decisão prevista na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF) “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

17.9. Assim, não cabe, neste processo, avaliar o mérito da decisão do TJ/AM, bem como as medidas adotadas pelo Sr. Marco Aurélio Madureira da Silva, com o auxílio dos gerentes dos departamentos jurídico e de licitações, em relação às contratações emergenciais realizadas, preferindo seguir adiante com o processo judicial, contudo, não se pode acolher as justificativas apresentadas, visto que seria premiar a inércia e a morosidade nas soluções para as situações emergenciais enfrentadas, em afronta aos princípios da razoabilidade e eficiência presentes no art. 2º da Lei 9.784/1999.

17.10. Tal entendimento encontra, também, fulcro no que dispõe a Súmula 473 do STF que permite que a administração reveja os seus atos, tanto é verdade que assim o fez, após 2 anos de processo judicial, o que permitiu a abertura de novo procedimento licitatório e contratação dos serviços advocatícios desejados, após 7 contratações emergenciais, no decurso de 3 anos e 6 meses.

17.11. Todavia, entende-se que seria extremamente severo aplicar-lhe multa, visto que as contratações emergenciais não resultaram em prejuízo para a Administração Pública. Por outro lado, por ocasião da proposta de mérito, deve-se dar ciência à Adesa de que a inércia e morosidade administrativa violam o art. 2º da Lei 9.784/1999 (princípios da razoabilidade e da eficiência).

17.12. Por fim, ante a proposta de ciência supramencionada, entende-se que se torna desnecessária audiência dos gerentes dos departamentos jurídico e de licitações da empresa, visto que trariam argumentos semelhantes aos apresentados pelo Sr. Marco Aurélio Madureira da Silva.

Análise da prescrição da pretensão punitiva.

18. Com relação à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, este Tribunal aprovou por meio do Acórdão 1441/2016-Plenário incidente de uniformização de jurisprudência em que firma o entendimento de que a matéria se subordina ao prazo prescricional de dez anos indicado no art. 205 do Código Civil, contado a partir da data de ocorrência da irregularidade a ser sancionada.

18.1. No presente caso, o possível ato irregular foi praticado em 8/9/2009 – contratar com violação ao preceito contido no § 4º, do art. 57 da Lei de Licitações -. Portanto, a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal ocorrerá em 8/9/2019.

CONCLUSÃO

19. Diante das análises do parágrafo 11 e seguintes, cabe diligência, visando aferir adequadamente a responsabilidade pelas ilegalidades identificadas, à Adesa para que encaminhe as seguintes informações/documentos:

- a) Normativos que disciplinam a área de licitações e contratos da Adesa desde o ano de 2009;
- b) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento jurídico da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- c) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento de licitações da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- d) Período de gestão dos Diretores-Presidentes e demais Diretores desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- e) Nome e CPF do parecerista que elaborou o parecer que deu suporte à emissão do 5º termo aditivo do Contrato 1.743/2004; e
- f) processo licitatório, para contratação de serviços advocatícios, em curso por ocasião do término do Contrato 1743/2004 (8/9/2009).

20. Cabe ainda audiência, após a diligência supramencionada, do gestor da Adesa e dos gerentes do departamento jurídico e de licitação, desde de 2009, diante das irregularidades identificadas (parágrafo 11).

21. Ante a análise empreendida, nos parágrafos 13 e seguintes, de que o escritório Tostes e De Paula executa satisfatoriamente o contrato, bem como os valores dos serviços advocatícios estão dentro dos estabelecidos no mercado, entende-se que eventual descumprimento resta superado, inclusive com fundamento no item 9.3.6 do Acórdão 532/2006 – TCU – Plenário.

22. No que concerne aos parágrafos 15 e 17, para o caso concreto analisado, entende-se que as razões de justificativas não devem ser acolhidas, todavia, pugna-se que não seja aplicada multa aos responsáveis. Por outro lado, propõe-se, por ocasião da proposta de mérito, dar ciência de que a inércia e a morosidade administrativa, no âmbito da Concorrência 632/2009, violam o art. 2º da Lei 9.784/1999 (princípios da razoabilidade e da eficiência).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

23.1. Realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, à Amazonas Distribuidora de Energia S.A., para que, no prazo de 15 dias, encaminhe as seguintes informações/documentos:

- a) Normativos que disciplinam a área de licitações e contratos da Adesa desde o ano de 2009;
- b) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento jurídico da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- c) Gerente ou similar responsável pelo setor/departamento de licitações da empresa desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- d) Período de gestão dos Diretores-Presidentes e demais Diretores desde o ano de 2009, especificando início e término de cada gestão, nome e CPF;
- e) Nome e CPF do parecerista que elaborou o parecer que deu suporte à emissão do 5º termo aditivo do Contrato 1.743/2004; e
- f) Processo licitatório, para contratação de serviços advocatícios, em curso por ocasião do término do Contrato 1.743/2004, em 8/9/2009.

23.2. Encaminhar cópia desta instrução para subsidiar a diligência e documentos requeridos.



Secex/AM, em 14 de outubro de 2016.

(assinado eletronicamente)

Raimundo Sergio Farias Padilha

AUFC – Matrícula 10191-5