

TC 033.977/2011-9

Tipo: Recursos de Reconsideração (Prestação de Contas).

Unidades Jurisdicionadas: Companhia Energética do Piauí – Cepisa.

Recorrentes: Jerson Roberto Leal Pinto (CPF 541.236.827-15), Luiz Fernando Silva de Magalhães Couto (CPF 098.637.967-00), Marcos do Nascimento Pereira (CPF 476.351.342-72), Flávio Decat de Moura (CPF 060.681.116-87), Luis Hiroshi Sakamoto (CPF 098.737.591-15), Marcos Aurélio Madureira da Silva (CPF 154.695.816-91) e Pedro Carlos Hosken Vieira (CPF 141.356.476-34).

Advogados constituídos nos autos: Danilo Sá Urtiga Nogueira (OAB/PI 4.961), Amélia Lúcia Brandão Araújo (OAB/PI 6.527), Deyvson Almeida Lins (OAB/PI 5.151), Izabelita de Jesus Carneiro Machado (OAB/PI 4.902), Raquel Silvéria Fontenele Oliveira (OAB/PI 8.326), Renata Maria Pinto Clark (OAB/PI 4.506), Samuel Darcy dos Santos Fontinelle de Araújo (OAB/PI 1.005) e Gerson Antonio de Araujo Mourão Filho (OAB/PI 1.597).

Deliberação recorrida: Acórdão 1.939/2016-1ª Câmara (peça 70).

Relator a quo: Ministro José Múcio Monteiro.

Relator ad quem: Ministro Benjamin Zymler.

Sumário: Prestação de contas. Exercício de 2010. Inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços advocatícios sem a observância dos requisitos legais. Prorrogação indevida dos serviços contratados por inexigibilidade. Aumento injustificado do valor de um dos contratos. Audiência. Rejeição das razões de justificativa. Irregularidade das contas de parte dos responsáveis. Multa. Recursos de reconsideração. Conhecimento. Provimento. Insubistência do acórdão recorrido. Ciência aos recorrentes e à Cepisa.

INTRODUÇÃO

Tratam os autos da prestação de contas referente ao exercício 2010 da Companhia Energética do Piauí (Cepisa), atualmente denominada Eletrobrás Distribuição Piauí (ED-PI), vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

2. Por meio dos subitens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 1.939/2016-1ª Câmara (peça 70), este Tribunal aplicou multa a diversos responsáveis, tendo julgado irregulares as contas de parte daqueles responsáveis.

3. Irresignados, os responsáveis condenados interpuseram dois recursos de reconsideração (peças 92 e 93; e peças 98 a 144), os quais serão analisados a seguir.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. Os exames preliminares de admissibilidade (peças 145 e 146) concluíram pelo conhecimento dos Recursos de Reconsideração, nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 1.939/2016-TCU-1ª Câmara em relação aos recorrentes. Salienta-se que o Exmo. Ministro Benjamin Zymler, Relator **ad quem**, ratificou este encaminhamento (peça 150).

EXAME TÉCNICO – ARGUMENTOS RECURSAIS

5. Como os dois Recursos de Reconsideração têm natureza praticamente idêntica, os argumentos recursais serão analisados em conjunto a seguir.

6. Inicialmente, o representante dos recorrentes aduz que a decisão do TCU merece integral reforma, para que sejam julgadas regulares as contas analisadas no processo em referência, afastando-se, por consequência, as multas aplicadas aos recorrentes. Destaca que o valor desta punição já revela ter entendido esta Colenda Turma pelo baixíssimo potencial ofensivo das condutas que impossibilitaram a aprovação das contas referidas.

7. Alega que, podendo aplicar, nos termos da Portaria 4, de 13 de janeiro de 2016, punição de até R\$ 54.820,84 (cinquenta e quatro mil oitocentos e vinte reais e oitenta e quatro centavos), a imposição de sanção que não atinge, percentualmente, sequer 10% (dez por cento) desse valor é signo inequívoco de que as condutas deste Recorrente não ofendem com gravidade qualquer princípio ou norma jurídica. Afirma não ter havido qualquer ofensa ao Direito e a reforma, às inteiras, de decisão ora contestada se impõe.

8. Anota que conhece a posição do TCU pela responsabilização de pareceres jurídicos que resultem em contratação ilegal. Afirma que, em nome da melhor e mais razoável interpretação do Direito, este entendimento deve ser percebido **cum grano salis** - em cada caso concreto, a formação do convencimento do parecerista e o resultado de sua atividade intelectual devem ser examinadas com cautela, para que não se avilte o exercício de importante função própria dos advogados. Assevera que, no caso em tela, a análise jurídica das contratações pretendidas e afinal concretizadas reflete entendimento doutrinário e jurisprudencial de escol, e resulta em leitura jurídica dos fatos elaborada com esmero, responsabilidade e qualidade técnica impecáveis.

9. Admite que existam entendimentos dissonantes aos que foram anotados nos pareceres emitidos, até mesmo porque a hermenêutica jurídica nutre-se das ideias antípodas, dos debates aprofundados, do debate dialético. Aduz que os pareceres emitidos não abrigam teses temerárias, posições frontalmente contrárias à lei, desrespeito à jurisprudência, não são apanhados de palpites, alinhados descuidadamente. Argumenta que são opiniões frutificadas a partir de estudo e reflexão, elaboradas com responsabilidade e ética, a partir da realidade fática vivenciada pela Concessionária quando das contratações e repactuações tratadas neste processo, buscando subsidiar os gestores públicos com elementos que permitissem, como de fato permitiram, a adoção de decisão mais vantajosa para a empresa.

10. Anota que punir um advogado por discordar das ideias postas em pareceres opinativos, quando nenhum dos pontos de vista anotados nestes pareceres é teratológico, irresponsável, temerário ou claramente contrário ao Direito, mesmo que não seja obviamente esta a intenção, manietar a liberdade

de exercício de profissão, assegurada desde a Carta Constitucional vigente, em seu art. 5º, XIII. Cita a Súmula 05/2012/COP da OAB como sustento.

11. Requer ao TCU que seja oficiado o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para atuar lado a lado com os recorrentes, ante o risco de se violar prerrogativa do advogado. Aduz que isso tornaria o TCU, não obstante o papel relevantíssimo que possui na aplicação do Direito, na única fonte aceitável de interpretação jurídica para a Administração Pública, o que parece sequer ser o objetivo buscado por esta Corte.

12. Cita jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como sustento de sua tese (MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso). Afirmar que não se quer eximir de responsabilidade o parecerista que, por omissão ou razão outra, endossa o cometimento de clara ilegalidade. Alega que o advogado omissor ou mal-intencionado, que dolosamente coadjuva o cometimento de ato ilegal, há de ser, uma vez devidamente apurados os fatos, punido nos termos da lei. Assevera que não se pode cogitar em punição de quem adota e justifica, em parecer opinativo, entendimento que, em dado processo, venha a ser rejeitado por este Tribunal, especialmente quando a posição desta colenda Corte de Contas merece integral reforma, como a seguir demonstrado.

13. Afirmar que, mesmo que se entenda serem os pareceres citados vinculativos, uma vez que a submissão da contratação a Assessoria Jurídica seria imposição legal, a conclusão remanesceria: se, analisando os fatos, um parecerista aponta fundamentos jurídicos que venham a amparar uma decisão que, tempos depois, venha a ser tida por ilícita (e, no presente caso, esta decisão é injusta, como se verá em instantes), a punição só se justifica se o referido parecer for um apanhado de sandices e absurdos jurídicos. Caso contrário, afirma que estará sendo amputado o exercício livre de profissão, o que claramente não se pode sequer pretender. Alega poder demonstrar que as decisões pelas contratações e renovações contratuais tratadas neste processo são decisões inegavelmente legítimas.

14. Argumenta que, segundo voto que ora se contesta, ambas as contratações acima referenciadas seriam irregulares porque, lastreadas no art. 25, inc. II c/c art. 13 da Lei 8.666/1993, não se refeririam a serviços de natureza singular. Argumenta que, neste tópico circunscrevem-se as razões pelas quais a contratação por inexigibilidade se sustenta, tratados os demais pontos de licitude nos tópicos a seguir. Esclarece a razão pela qual as contratações foram consideradas irregulares: os serviços não teriam natureza singular. Aduz que, demonstrando a singularidade do que foi desempenhado, estaria atestada a regularidade da contratação. Afirmar que partirá do mesmo ponto que esta Corte de Contas tem recorrentemente tratado em seus posicionamentos: o princípio da primazia da realidade fática.

15. Anota que isso significa que a realidade vivenciada pela Cepisa, à época da contratação e dos aditivos, deve ser levada em conta pelo órgão de controle. Aduz não se tratar apenas de uma análise conceitual, pois a própria decisão recorrida afirmou que a Cepisa deveria ter procedido à terceirização dos serviços jurídicos através de outro mecanismo de governança. Se assim é, reconheceu que a Companhia necessitava fosse buscado o auxílio de prestadores externos para que as questões jurídicas - de elevada relevância ao interesse público - tivessem o devido tratamento. Assevera que a questão está em saber o que poderia ser terceirizado e a quem, antes mesmo de se decidir como. Para isto, alega que é necessário compreender a realidade experimentada pela Cepisa - que é consentânea à época da contratação e ainda a atual.

16. Argumenta que a terceirização era necessária ao reforço do Departamento Jurídico interno. Afirmar que, pelo seu número escasso e engessado pelas infundáveis demandas internas, diárias e recorrentes de análise de documentos e matérias estratégicas, a Cepisa optou pela terceirização dos serviços em 2 troncos completamente distintos: a) a contratação de serviços de natureza comum e simplificada, feito através de procedimento licitatório; e b) a contratação de serviços de natureza

especial, feito junto a fornecedores de expertise reconhecida e suficiente a dar suporte estratégico nos casos de alto relevo.

17. Anota que, no que tange a ser possível a terceirização de um e outro cenário, esta Corte se mostrou favorável. Afirmar que a questão está, então, em compreender a forma como foi feita, o que pressupõe levar em consideração exatamente o contexto da época - 2010 - e entender o que havia de disponível em termos de decisões e posicionamentos que iluminassem a decisão do administrador. Aduz que **tempus regit actum** é conceito cabível aqui. Considera que a opção do administrador foi a contratação direta, através da inexigibilidade descrita no Art. 25, inc. II da Lei 8.666/93, e afirma que cabe analisar se a mesma - à luz da época - mostrava-se razoável.

18. Assevera que, dos requisitos para sua realização, esta Corte de Contas mostra-se de acordo com os de serviço técnico especializado para os serviços de natureza jurídica do Art. 13 da Lei 8.666/93 (especialmente os incisos I, III e V), bem como serem os contratados portadores de notória especialização, devendo as discussões se restringir ao conceito de singularidade. Afirmar estar claro que a controvérsia se restringe à singularidade (ou não) dos serviços, uma vez que a própria Corte de Contas já antecipou reconhecer que tais serviços figuravam entre aqueles de possível terceirização e que os escritórios contratados eram de notória especialização.

19. Conclui que, considerando que a lei não especificou o que entenderia por singular (como fez com a definição de especializado do Art. 13), a sua compreensão há de ser densificada, seja explicitando o que deve ser do ponto de vista conceitual, seja compreendendo o que deve ser do ponto de vista fático. Alega que esta Corte de Contas afirmou que não seria singular o que vulgar, comum, possível de ser enfrentado satisfatoriamente por profissional especializado, o que poderia haver na simples coordenação de trabalhos jurídicos, acompanhamento de processos, adoção de recursos, atendimento a consultas e fornecimento de relatórios. Afirmar que toda a lista de trabalhos que foi feita é, exatamente, o que fazem os Advogados e os Escritórios de Advocacia, até mesmo em razão da sucinta lista que se encontra no Art. 1º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

20. Afirmar ser atividade privativa do advogado a postulação a órgãos do Judiciário e Juizados, bem como as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Portanto, qualquer que seja o Advogado, aduz que o tipo de atividade que desempenhará não fugirá desse perfil de coordenar trabalhos jurídicos, acompanhar processos, adotar recursos, atender a consultas e fornecer relatórios. Alega que, visto sob esse raso norte, todos os Advogados são iguais, todo o serviço de advocacia é igual. Anota que singularidade jamais existiria se a análise se limitasse a tais premissas. Conclui que a singularidade surge a partir de outro ponto de vista: não o dos simples gêneros do agir, mas dos conteúdos agidos.

21. Argumenta que a Cláusula Primeira do contrato já indica que o mesmo levará em conta conteúdos que: a) envolvam conhecimento no Direito de Energia; b) processos administrativos que estejam junto à Agência Nacional de Energia Elétrica, envolvendo a aplicação de multas e penalidades; c) consultoria especializada das disposições regulamentares emitidas pela agência reguladora; d) consultoria jurídica da área de Direito da Energia antes os membros da Diretoria da Contratante. Alega que essa atuação levará em conta, ainda, os locais onde deverão ser prestados, já que a contratada deveria ter instalações próprias em Teresina/PI (sede da contratante), Brasília/DF (onde a Aneel tem sua sede administrativa e onde estão os Tribunais Superiores), São Paulo/SP (onde a CCEE tem sua sede administrativa e onde têm sido realizados os leilões de energia elétrica promovidos pela Aneel) e Rio de Janeiro/RJ (onde a holding Centrais Elétricas Brasileiras - Eletrobrás tem sua sede). Alega estar descrito no contrato, ainda, que as demandas serão acompanhadas para além dessas localidades, mas nessas deve a contratada ter instalações.

22. Afirmar que, das diversas demandas terceirizadas pela Cepisa, esta optou pela busca de profissionais que poderiam estar onde ela não tem sede e, também, que fossem reconhecidos como detentores de pleno domínio de temas que poucos conhecem. Diz ser o conteúdo agido, aliado à estratégica localização, que levam a Cepisa a optar por um fornecedor especial. Ainda quanto ao conteúdo agido, alega ser o contrato mais detalhista, deixando claro o que lhe é singular no ano de 2010, ou seja, aqueles pertinentes ao patrocínio de causas relacionadas ao Direito da Energia, bem como de processos administrativos desses decorrentes e de questões relacionadas ao setor elétrico.

23. Assevera que as questões atinentes ao Direito da Energia não são de domínio generalizado na Advocacia, não havendo, inclusive, sequer uma disciplina específica nas grades acadêmicas e pouco se tem em termos de especializações, doutorados, mestrados ou cursos de extensão em todo o Brasil. Alega que, ao analisar o conceito de **due diligence** apostado no contrato, bem como os conteúdos agidos que lhe integram, esta Corte de Contas reconhece que são necessários e imprescindíveis os conhecimentos específicos em Direito da Energia, como se vê na dicção do item 29.7.

24. Afirmar ter dito o acórdão que, mesmo que necessite conhecimento específico para realização da **due diligence** em questão, reconhecendo a afirmação do próprio contratado de ser um dos pouquíssimos no país a entender do assunto. Conclui que aqui se tem mais um ponto em que o acórdão reconhece o acerto da contratação: o conteúdo agido é específico e não é do domínio de qualquer um. Aduz que o acórdão entendeu que a existência de outros possíveis contratados, mesmo que poucos, indica a imperiosidade de se abrir competição entre os mesmos, significando que o acórdão pretendeu, em última análise, dar ao termo singular o conceito de único. Aduz que aqui está o problema: ao se chegar ao núcleo conceitual da decisão desta Corte, descobre-se o erro sobre o qual se edificou: singular e único nunca foram sinônimos.

25. Argumenta que embora algo único seja singular em si mesmo, a isso jamais pode se restringir. Alega que algo pode ser singular e não ser único. Alega entender a confusão feita no julgado, haja vista haver vozes por aí espalhadas que cometem esse equívoco conceitual, mas à maior Corte de Controle do país é necessária higidez conceitual e à luz do tempo dos fatos: único e singular não são sinônimos, plúrimo e singular não são antônimos. Afirmar que esta Corte já decidiu dessa forma e exatamente para serviços jurídicos, como se vê no Acórdão 1.074/2013-Plenário. No Acórdão 7.840/2013-1ª Câmara, realçando posicionamento já sedimentado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, esta Corte ressaltou que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado, sem prejuízo da existência de outros. Cita também doutrina de Marçal Justen Filho como sustento.

26. Anota que, se assim o é em relação aos contratos questionados, mostra-se incabível a disputa ávida em preços entre prestadores em si mesmos incomparáveis. Argumenta que se cumulam as decisões judiciais de destaque a afastar que isto se dê. Aduz que, sob a égide desses entendimentos de escol, é certo que a Cepisa teve sobre que se basear: Supremo Tribunal Federal, Recurso em Habeas Corpus 72.830-8/RO; Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 629.257/MG. Afirmar que, visto isso, entenda-se que a escolha de como contratar, selecionando o prestador, levará em conta - do universo dos possíveis contratados notórios - aquele sobre o qual a Administração deposite a confiança de bem lhe atender. Afirmar que, ao lado da demonstração da razoabilidade do preço praticado, o critério confiança é decisivo para o exercício dessa discricionariedade plenamente aceita pela Corte Suprema (Cita o Inquérito 3.077 Alagoas e, do Superior Tribunal de Justiça, o recurso ordinário em habeas corpus 16.318/SP).

27. Alega que a contratante Cepisa estava sendo alvo de inúmeras ofensivas no campo regulatório de energia elétrica, com pretensões e atos de escritórios e advogados que causavam risco para o

próprio abastecimento do Estado do Piauí e para sua própria sobrevivência, já que os pleitos que lhe eram impingidos e as sanções que lhe podiam ser aplicadas pela Aneel colocavam em risco a continuidade da atuação da Concessionária. Afirma que a matéria em questão - “Direito de Energia” - nem mesmo consta da grade curricular das escolas de direito o que, atraindo, de forma inequívoca, o conceito de absoluta singularidade para os serviços contratados no caso.

28. Afirma que consistia em verdadeira obrigação do administrador público buscar um escritório de advocacia que realmente dominasse a especificidade da matéria “Direito de Energia” e, além do mais, que tivesse expertise comprovada no campo regulatório de energia elétrica, com conceituação e tradição, inclusive, na atuação perante a agência reguladoras (Aneel). Aduz que, considerando que o Escritório Décio Freire é reconhecido por sua especialização em Direito de Energia, com atuação em todos os órgãos referidos no contrato em tela, o conteúdo agido está claramente apostado e coerente com a higidez conceitual destacada.

29. Ressalta que o Escritório Décio Freire é dos pouquíssimos do País que possui um departamento especializado em direito de energia, altamente reconhecido, a ponto de seu coordenador ser, inclusive, o Presidente da Comissão Especial de Direito de Energia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Aduz que o Escritório Décio Freire é contratado pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição de Energia, assim como pelos principais players privados do País (CEMIG, LIGHT, EDP, STATE GRID, entre diversas outras). Alega que os resultados que o Escritório Décio Freire tem obtido junto a Aneel demonstram, ao final, seu grau de competência e eficiência, que, inclusive, acarretou bilhões de reais em economia para a Cepisa, com significativa importância para o erário brasileiro e do estado do Piauí. Argumenta que restará demonstrado os serviços são singulares e a contratação de dita banca de advocacia deveria ser é aplaudida, ante os resultados obtidos pela mesma. Sobre o tema da singularidade dos serviços, cita doutrina de Marçal Justen Filho.

30. Conclui que a contratação respeitou a necessidade de atendimento do trinômio singularidade do serviço especializado e da situação do contratante + notória especialização do contratado + confiança incidente sobre o possível contratado. Anota que a doutrina celebra a possibilidade dessa contratação e, uma vez que os administradores tinham base suficiente para concluir conceitualmente quanto aos conteúdos agidos, a licitação há de ser tida como regular. Cita doutrinas de Marçal Justen Filho, Joel de Menezes Niebuhr, Adilson de Abreu Dallari, Alberto Rollo, João Fernando Lopes de Carvalho e Alexandre Luís Mendonça Rollo como sustento. Alega que a melhor solução foi o foco da Cepisa no caso concreto.

31. No que diz respeito à densificação dessa singularidade a partir das situações fáticas, traz duas ordens de consideração: A primeira, no sentido de que a Cepisa devidamente documentou sua insuficiência em quadro próprio e indicou que poderia ser assistida, devidamente, pelo Escritório Décio Freire, como se vê no Parecer que embasou a contratação. A segunda, no sentido de que os casos concretos administrados para a Cepisa, a partir da contratação, demonstraram que a escolha foi acertada.

32. Afirma que gravíssimas ações em todo o Estado do Piauí, propostas pelo Ministério Público Estadual, questionando a qualidade dos serviços de fornecimento de energia, cumprimento de obrigações regulatórias, ações cujo resultado impactavam diretamente na imagem e nas estratégias da Companhia, que necessitavam de uma atuação especializada a fim de mitigar os efeitos. Alega que, só nos anos de 2010/2011 foram recebidas as Ações Cíveis Públicas 962010 (Comarca de Pedro II), 63-51.2010.8.18.0049 (Comarca de Elesbão Veloso), 1532/2010 (Comarca de Capitão de Campos), 199/2010 (Comarca de Aroazes), 208-98.2011.8.18.0073, 304-16.2011.8.18.0073, 09.38.2011.8.18.0073 e 677-47.2011.8.18.0073 (todas da Comarca de São Raimundo Nonato), 269-

83.2011.8.18.0064 (Comarca de Paulistana), 445-61.2011.8.18.0032 (Comarca de Picos), 73-08.2011.8.18.0099 (Comarca de Landri Sales), 356-54.2011.8.18.0059 (Comarca de Luís Correia), 110/2011 (Comarca de Ipiranga), 582-41.2011.8.18.0065 (Comarca de Pedro II), 190/2010 (Comarca de Gilbués) e 76-92.2011.8.18.0056 (Comarca de Itaueira). Argumenta que a atuação do escritório foi definitiva para que a empresa conseguisse direcionar os processos a uma composição amigável com o Ministério Público, no sentido de uma maior aproximação das partes no acompanhamento dos investimentos realizados e a realizar pela empresa, para melhoria dos serviços prestados.

33. Anota que o Ministério Público Federal também ajuizou Ação Civil Pública, defendendo os interesses de todos os consumidores do Estado do Piauí (Processo 26568-67.2010.4.01.4000), alegando que o fornecimento de energia elétrica do Estado estaria bastante deficitário, sem que se vislumbrasse atuação eficaz da agência reguladora. Aduz que, na ação, foi requerido, inclusive, que a Cepisa fosse liminarmente compelida a realizar as devidas constatações, aferições e medições, com as consequentes compensações, nos termos do Art. 20 da Resolução 505 da Aneel. Alega que isso deveria se dar com a juntada mensal de laudo de aferição dos níveis de tensão fornecidos por todo o Estado, sob pena de multa diária, mais a apresentação de um plano de estruturação capaz de por fim na alegada falha da prestação dos serviços, a redução do prazo de ressarcimento de consumidores lesados com a queima de aparelhos e o pagamento a título de danos morais no montante de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). Assevera que a atuação do escritório permitiu o acompanhamento do Ministério Público Federal das ações realizadas pela empresa, o que perdura até os dias atuais.

34. Aduz que diversas ações foram intentadas em complicado litígio com a Construtora Gautama Ltda., relativos a licitações e contratos administrativos, onde resumidamente pretende a Autora o recebimento do valor histórico de R\$ 21.620.415,73 a título de indenização por danos materiais em virtude dos contratos 350/2006 e 351/2006. Alega que, inicialmente, foram distribuídas as demandas Processos 2008.40.00.004050-7 e 2008.40.00.005547-0, que acabaram por estar distribuídas à Justiça Federal em função da intervenção da União, sendo que antes do julgamento final destes, foi distribuído novo Processo - 0390057-71.2009.8.19.0001 à 14a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, com o mesmo objeto, onde o Juízo se julgou incompetente para o julgamento do feito e determinou a redistribuição à Comarca de Teresina. Anota que, antes da redistribuição, a Autora interpôs nova Ação (Processo 30062010 - 2a Vara Cível de Teresina), repetindo os termos.

35. Anota que as ações discutem indenização decorrente de obras que supostamente foram realizadas no âmbito dos contratos celebrados para atendimento ao Programa Luz Para Todos, cuja execução foi conduzida em forma conturbada pela Construtora, além do escândalo que assombrou a empresa Autora com a Operação Navalha deflagrada pela Polícia Federal, e das evidências irregularidades, inclusive com declaração e confirmação de sua inidoneidade.

36. Assevera que diversas ações tiveram como discussão as dívidas havidas pela AGESPISA, (Processo 0003034-95.2008.8.18.0140) relativas a faturas de serviços, com débitos históricos na ordem de R\$ 159.274.574,28 (cento e cinquenta e nove milhões duzentos e setenta e quatro mil quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e oito centavos). Aduz que, dentre as discussões, a AGESPISA chegou a interpor duas ações (10147-81.2000.8.18.0140 e 11278-28.1999.8.18.0140) que tratam de débitos referentes ao período de agosto de 1988 a dezembro de 1994 que foram objeto de acordo entre o Estado do Piauí, União e Cepisa, a fim de viabilizar a federalização da Concessionária. Alega que essas duas últimas ações pleiteiam a devolução em dobro dos montantes históricos de R\$ 19.146.194,88 e R\$ 3.858.213,78, respectivamente, cujos pedidos foram deferidos em sentença.

37. Argumenta que diversas demandas tributárias, dentre elas execuções fiscais do Estado do Piauí, também foram administradas, com discussões que superaram a cifra de R\$ 13.700.000,00 (treze milhões e setecentos mil reais) em dados históricos. Aduz que dezenas de ações também foram

movidas por Municípios que visavam à abstenção de suspensão do fornecimento de energia elétrica, mesmo que diante de inadimplência declarada. Afirmar que não só os próprios Municípios interpuseram ações individuais, como também a Associação dos Municípios Piauienses - APPM: inicialmente foi interposto o Processo 2009.40.00.005390-8 no final do ano de 2009 e em junho de 2010 mais duas demandas (9138-05.2010.4.01.4000 e 126632010), sempre com os mesmos objetivos, manter o fornecimento de energia elétrica sem a contraprestação devida. Cita vários exemplos desse tipo de processo.

38. Afirmar que também são indicativos dessa relevância, as expressivas ações mencionadas nos Atestados de Capacidade Técnica em anexo. Afirmar que a primazia da realidade impõe que a lente da Corte de Contas vá além da simples análise do objeto descrito no contrato e no projeto básico, investigando a singular situação vivida pela Cepisa e os casos em que necessitou da expertise de seus contratados. Alega que toda a relevância da contratação se densificou caso por caso, o que a Corte de Contas tem de analisar, nos casos que não são visitáveis pela massa de Advogados. Anota que o mesmo é válido para a contratação do Escritório Oliveira & Becker. Aduz que, ao contrário do que colocado pelo acórdão recorrido, a atuação junto ao Tribunal de Contas da União é matéria invulgar e incomum. Diz ser fácil perceber não ser comum a matéria à massa de Advogados existentes, bastando consultar o banco de dados de profissionais recorrentes - e exitosos - na lide da própria Corte, na defesa de empresas do porte e orçamento da Cepisa.

39. Assevera que o acórdão aborda que a presença da defesa técnica junto ao TCU seria contrária à natureza de singularidade, que “serviço contínuo” aqui seria antônimo de invulgar. Afirmar que os conceitos não se confundem, pois, por mais que a lida da Cepisa com os órgãos e matérias de controle seja de “natureza permanente” (verdadeiro fio condutor do conceito de continuidade), isso não reduz a complexidade que cada um dos temas, em si mesmos, comporta. Muito menos, isso significa que possua, em seu reduzido quadro próprio, quem possa atuar nas matérias com a mesma expertise e desenvoltura.

40. Afirmar que, basta que esta Corte volte seus olhos para seu próprio histórico, para que se convença, sem maior esforço, que são poucos, dentre os quase 1.000.000 de advogados ativos brasileiros, os que ousam postular em matéria regida pela Lei 8.443 de 16 de julho de 1992. Anota que a atuação segura e eficaz perante qualquer Tribunal de Contas vai além do cotidiano de milhares e milhares de escritórios de advocacia no país, exige domínio pleno e profundo de aspectos próprios da Administração Pública, muito além de eventuais noções gerais detidas pelo profissional do direito que não atue na área e mais além dos meros conhecimentos jurídicos.

41. Cita processos do Tribunal de Contas de São Paulo (TC-17646/26/13 e TC-022878/026/00) e do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Cível 153.630-5/5-00) nos quais as citadas Cortes se pronunciaram atestando a inexigibilidade de licitação como origem válida para contratação de Advogados que atuem nesta área. Aduz que, exatamente pela singularidade dessa atuação jurídica a Cepisa, carente de pessoal próprio suficiente, não possuindo representação jurídica em Brasília e precisando detidamente dessa presença e atuação localizada, buscou apoio terceirizado para atuação perante esta Corte de Contas. Afirmar que essa atuação se deu, efetivamente, como comprovam, exemplificando, documentos ora trazidos aos autos, e que reforçam as razões apresentadas anteriormente. Alega que, em ambas as contratações - do Escritório Décio Freire e do Escritório Oliveira & Becker - o permissivo legal foi respeitado e concretizado.

42. Afirmar que os recorrentes, (i) exercendo o poder discricionário que não lhes pode ser sonhado, constatada a notoriedade dos referidos Escritórios, (ii) confiando, por já lhes conhecer a notoriedade e reputação, em ambos os Escritórios plenamente, inclusive no que diz respeito ao trato, por estas Bancas, de informações estratégicas e muitas das vezes confidenciais que lhes seriam reveladas, (iii)

diante da realidade fática enfrentada (escassez de pessoal próprio, associada à não especialização deste mesmo pessoal para trato de matérias de alta indagação), (iv) e seguro da singularidade dos serviços a serem prestados, serviços estes de alta indagação, relevância (especialmente quanto aos aspectos econômicos e estratégicos), cuja prestação não poderia se dar com eficácia, segurança e adequação pelo reduzido corpo jurídico da Cepisa, e cuja escolha por processo licitatório se mostrava desaconselhável, à mingua de critério objetivo que lhe assegurasse a melhor contratação, optou por valer-se da Lei de Licitações, contratando por inexigibilidade de licitação os multicitados Escritórios, acreditando que, com o aqui exposto, fica demonstrada à saciedade a legitimidade destas contratações, o que já faz superada uma das inconformidades que fundamentam o Acórdão recorrido - o que já o faz merecedor de reparo.

43. Anota que se deve somar a isso outro ponto de inquestionável análise por esta Corte de Contas: é impossível exigir que o administrador de 2010 haja conforme acórdãos de 2011 (a exemplo do mencionado 4.050), 2012 (a exemplo do mencionado 4.971), 2013 (a exemplo dos mencionados 3.413, 3.024 e 1.074), 2014 (a exemplo do mencionado 2.832). Afirmar ser necessário perquirir o que seria razoável à época dos fatos, ou seja, o que ainda era consentâneo e o que já era consentâneo.

44. Crê que as razões para a contratação dos Escritórios já estão devidamente realçadas acima. Os Escritórios que foram contratados o foram a partir da somatória de fatores já revelados: (i) impossibilidade de o corpo jurídico da Cepisa cuidar, com profundidade, segurança e eficácia de assuntos de maior complexidade e de significativa relevância técnico-econômica, de temas próprios de áreas mais específicas do conhecimento e atuação jurídicos (regulação, Tribunal de Contas); (ii) singularidade desses serviços entregues a Escritórios cuja notoriedade o próprio Acórdão recorrido admite, aqui reiterando que esta singularidade contata-se pelo exame do que foi executado, e não por uma descrição eventualmente genérica dos objetos contratuais; (iii) confiança nos Escritórios contratados, sendo a confiança, como antes demonstrado, critério válido de escolha de um particular pela Administração Pública, configurada hipótese legal de inexigibilidade de licitação.

45. Analisando a situação do Escritório Décio Freire, um dos contratados, informa que tal escritório é um dos três do Brasil que possuía, em 2010, unidades próprias em Brasília, Teresina, São Paulo e Rio de Janeiro. Aduz que, entre estes era o único que possuía, realmente, um departamento de direito de energia especializado a ponto de ter corpo de advogados especializados em Direito Regulatório de Energia Elétrica, com reconhecida atuação na Aneel, a ponto de ter como coordenador dos serviços desempenhados para a Cepisa, o advogado Gustavo de Marchi, Presidente da Comissão de Direito de Energia do Conselho Federal da OAB, autor de diversas obras jurídicas na matéria de energia e palestrante em diversos simpósios nacionais e internacionais de energia.

46. Faz tal observação para demonstrar a capacidade técnica do contratado em uma matéria que, repita-se uma vez mais, sequer consta da grade acadêmica do curso de Direito. Alega que, mesmo que se admita que os projetos básicos constantes dos processos de inexigibilidade de licitação pudessem ter sido escritos de maneira diferente, é inegável que as razões acima alinhadas estão presentes em ambas as contratações, e as justificam, nos termos da lei, de forma suficiente.

47. Alega que, conhecendo o mercado, confiando nos Escritórios contratados, ciente da sua própria fragilidade diante dos serviços singulares dos quais necessitava, a Cepisa os indicou para contratação, que só teve seu curso regular iniciado a partir do momento no qual a Concessionária, verificando seu orçamento frente ao que orçaram estas Bancas como remuneração, percebeu ser possível investir nestas contratações. Afirmar que, assegurando-se que poderia, de forma eficaz, concretizar a contratação - que, por se dar via inexigibilidade, já faria presumir o conhecimento do contratado e do valor a ser-lhe pago - a Cepisa, por seus órgãos competentes, adotou os passos necessários para tanto.

48. Argumenta que, em uma situação de inexigibilidade de licitação, o que deve preceder à contratação é a identificação da necessidade da Administração e, por se tratar de contratação direta, da identificação de quem satisfará esta necessidade e por quanto a satisfará. Anota que não é exigível, em uma contratação direta, que seja identificada a necessidade, seja iniciado o processo de contratação e, só então, busque-se saber quem poderá atender à administração, podendo-se agir assim, sem dúvida.

49. Aduz ser claramente mais eficaz que, sabendo-se da necessidade, identificando-se o particular e determinando-se o valor do contrato, passe-se à formalização do processo de contratação. Afirmar não fazer sentido dar início a um processo de contratação - justificando o contratado - se esse não existir. Assevera que o próprio tratamento legal dado ao projeto básico permite concluir que sua confecção só deve ser necessariamente anterior à escolha do contratado quando esta se dá por meio de processo licitatório.

50. Alega que, em relação a ambas as contratações, havia a necessidade anterior à contratação e essa necessidade persistiu não só durante a execução das duas avenças como alcança os dias atuais. Conclui que os temas acima postos, especialmente a atuação na área regulatória e junto ao TCU não perdeu singularidade, e ainda carece a Concessionária, em razão de restrições que lhes são impostas por quem a controla, de pessoal próprio capaz de atender-lhe com plena eficácia.

51. Afirmar que o projeto básico foi elaborado, inclusive do ponto de vista temporal, sem desobedecer a qualquer regra ou princípio jurídico. Argumenta que mesmo que se afirme haver tal falha de pequena monta, o que indicaria necessidade de polimento de processos internos de contratação, é inegável que as contratações em questão são juridicamente sustentáveis, pelas razões acima expostas. Da mesma forma, aduz ser demonstrável o atendimento ao Art. 26, parágrafo único, incs. II e III da Lei 8.666/1993.

52. Sobre a necessidade de justificativa de preço, cita doutrina de Marçal Justen Filho e o Parecer AGU/MF-01/95. Conclui que deve haver a prevalência dos critérios notoriedade e confiança sobre o critério preço, no caso de contratações diretas de execução de serviços singulares. Afirmar não se quer dizer que toda e qualquer justificativa de preços é desnecessária ou inútil, mas que o que se quer por em relevo é que o que a lei demanda, para amparar uma contratação por inexigibilidade de licitação, é tão somente a indicação das razões da escolha subjetiva da Administração, indicação esta exigível e, portanto, concretizada dentro de certos limites. No caso, alega que a justificativa de preços para contratação direta de serviços de advocacia tem base notória - a Tabela de Honorários editada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Como referência, cita trechos da tabela de honorários vigente em 2010 da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal.

53. Afirmar que qualquer tema ligado ao TCU - objeto do contrato firmado com Escritório Becker & Oliveira - demanda horas de consulta verbal, mais elaboração de pareceres, antes mesmo que se tenha a atuação direta em um processo administrativo. Aduz que, como a contratação em questão se dava sem limite de atuação, é nítida a justificativa de preço para esta pactuação, já que o valor entabulado entre as partes somente seria desvantajoso para a Cepisa se ela nunca acionasse a Banca contratada - e é inegável que acionamentos houve, já que o TCU não põe em dúvida a execução do contrato.

54. Anota que, pela Tabela de Honorários da OAB/Piauí, com a URH equivalendo a R\$ 190,00, uma ação de rito ordinário deveria ser remunerada em 20% do valor real da causa ou sobre o proveito pleiteado ou que advier ao cliente, observado o mínimo de 40 URHs. Afirmar que apenas uma causa - a que envolvia a Cepisa e a AGESPISA, relativas a faturas devidas por esta à Concessionária, envolvia a cobrança de débitos que ultrapassavam o monte de R\$ 169 milhões de reais. Alega que só o que

deveria o Escritório cobrar para atuar nesta demanda, caso observasse a Tabela de Honorários da OAB/PI, superaria enormemente o valor total do contrato - o que justifica o valor cobrado.

55. Aduz que, mesmo que se admita que esta demonstração auto evidente devesse constar formal e expressamente nos processos de contratação dos Escritórios, esta Corte de Contas deve levar em consideração que as Tabelas de Honorários são publicadas e amplamente divulgadas pelas Seccionais e pela OAB Federal. Afirmo que é impossível ignorá-las, pois elas são fato notório que independe de prova. Alega que, mesmo agora, anos após essas contratações, a justificativa aqui explicitada serve para demonstrar a regularidade, também por este aspecto, das multirreferidas contratações - o que autoriza ao Recorrente, uma vez mais, rogar pela integral revisão do que se decidiu via Acórdão recorrido.

56. Alega que foi apontado que, em relação a ambas as contratações, houve falha por não ter sido realizada pré-qualificação das empresas/profissionais aptos a prestarem os serviços em questão. Aduz que haveria, assim, desconformidade com o Art. 114 da Lei 8.666/1993 e com o Acórdão 250/2002-TCU-2ª Câmara. Anota ser indiscutível que a Lei 8.666/93 prevê a possibilidade - não a obrigação - de realização de pré-qualificação antecedendo a realização de uma concorrência. Conclui que a Lei não obriga a realização de pré-qualificação como antecedente necessário de uma contratação por inexigibilidade de licitação. Argumenta não desconhecer que este tribunal tem entendido que esta pré-qualificação deve ser feita sempre que se revelar inviável a competição entre prestadores de serviços jurídicos. Conclui que o intérprete da lei não pode criar aquilo que o legislador não criou.

57. Observa que a imputação de descumprimento do Acórdão 250/2002-2ª Câmara, especificamente de sua alínea e.1, parte da pressuposição de que a lei empresta fundamento de validade a essa exigência de pré-qualificação como etapa anterior à realização de uma contratação direta. Afirmo não haver, na Lei de Licitações e Contratos, qualquer regra que obrigue à realização desta pré-qualificação. Assevera que, nos termos do art. 114, pré-qualificação é opção posta à discricionariedade do administrador, e só se aplica em casos de realização de licitação e na modalidade concorrência. Conclui que não pode o Tribunal criar uma obrigação que não está em lei, não podendo esta Corte alargar o que é uma opção posta à disposição do Administrador, voltada apenas para uma modalidade específica de licitação, para transformá-la em obrigação aplicável a outra forma completamente distinta de contratação, qual seja, a contratação sem realização de licitação.

58. Desculpando-se pela não implementação do que consta do Acórdão 250/2002, defende-se uma vez mais, afirmando que não há norma legal que obrigue a realização desta pré-qualificação, e que é injusta uma punição baseada no descumprimento de determinação manifestamente ilegal. Afirmo que, mesmo que possa o TCU exercer poder normativo, não pode ir além do que estabeleceu o legislador, criando o que este não criou. Alega que não há, em nenhuma linha da Lei 8.666/93, qualquer comando que obrigue a realização de uma pré-qualificação como antecedente de realização de uma contratação direta.

59. Citando o Acórdão 141/2013-Plenário, afirmo que esta própria Corte de Contas se posicionou de forma clara pela não aplicação da pré-qualificação a não ser em casos de realização de concorrência. Conclui que, nos estritos e imutáveis termos da lei, as duas contratações aqui tratadas não podem ser julgadas irregulares por ausência desta etapa de pré-qualificação, suplicando que esta Corte de Contas sedimente a revisão do entendimento aqui respeitosamente contestado, por a este faltar amparo legal.

60. Reafirmo que a prévia identificação de quem reunisse as qualidades notoriedade e confiabilidade em nada contraria a Lei 8.666/93, nas hipóteses de contratação por inexigibilidade de licitação. Aduz que a indagação sobre os preços dos serviços, para que possa a Administração,

duplamente, averiguar se possui orçamento para efetivar a posterior contratação, e se tais preços são justificáveis a partir do que disponha a Tabela de Honorários da OAB aplicável tampouco afronta a legislação.

61. Anota que a indicação prévia de particular e do valor a ser atribuído ao contrato é incompatível, obviamente, quando há a necessidade de realização de certame licitatório. Afirma que, porém, no caso de contratação direta para execução de serviços singulares, há a prévia e motivada constatação da necessidade antecedendo o exercício do poder discricionário da Administração, que se manifesta pela escolha de quem preencha os requisitos de notoriedade e confiança. Conclui que tampouco contraria a lei o fato de ter a Cepisa se valido de descritivos e/ou informações constantes das propostas dos Escritórios contratados.

62. Alega que, ao identificar a necessidade de contratação de quem lhe prestasse serviços singulares, e ao solicitar a Escritórios que somassem os requisitos notoriedade e confiança, a Cepisa destes recebeu manifestações que, obviamente, confirmaram as razões de escolha destas Bancas. Assevera que, ao pedir a um Escritório proposta prospectiva para prestação de serviços, a Cepisa não apenas buscava informar-se sobre o preço dos serviços, mas buscava, também, informações, dados, esclarecimentos sobre como este Escritório pretendia executar os serviços e quem, dentre os advogados de seu corpo técnico, seria o responsável pela tarefa, dentre outros eventuais aspectos pertinentes ao relacionamento que poderia vir, como de fato veio, a se estabelecer contratualmente.

63. Alega que a Cepisa não buscava, bom que se frise, confirmação do que já sabia sobre a notoriedade destes Escritórios, nem muito menos - e obviamente sobre a necessidade já pré-estabelecida dos serviços. Afirma que não foi a partir daquilo que recebeu dos Escritórios que a Cepisa, subitamente, desenvolveu a confiança justificadora da escolha discricionária que fez. Anota que, ao valer-se de especificações e outros dados propostos pelos Escritórios já devida e motivadamente escolhidos, não cometeu a Cepisa qualquer ilegalidade. Confia em que esta alegada irregularidade deixará de ser vista como tal, o que reforçará a necessidade, por Justiça, de reforma da decisão recorrida.

64. Afirma que ambos os contratos foram prorrogados e ambas as prorrogações foram consideradas indevidas pela decisão recorrida. Alega que esse entendimento se fundou em dois pontos: existência de cláusula contratual vedando a prorrogação e, em se tratando de inexigibilidade de licitação, não ser justificável firmar termos aditivos como se o serviço fosse prestado de forma contínua. Chama a atenção para o princípio da primazia da realidade fática. Aduz que, embora tenha previsto que a necessidade de contratação de Escritórios para prestação de serviços singulares potencialmente se esgotaria no prazo estimado das contratações estabelecidas, a Cepisa identificou, no curso da execução destas avenças, a permanência da necessidade de contar com terceiros para o desempenho de tais atividades.

65. Alega que persistia a necessidade de contratação de Escritório, já que persistia a impossibilidade fática de a Cepisa assumir, por seu corpo de advogados, a execução dos serviços em questão. Aduz que, uma vez mantida essa impossibilidade, além do período inicial e mínimo de contratação, os aditivos se apresentaram faticamente imprescindíveis e inarredáveis. Observa que a contratação de outro Escritório seria solução não só menos razoável como, também, menos eficaz e menos segura, por representar solução de continuidade dos serviços em questão na forma exitosa como estavam sendo prestados.

66. Afirma que a questão é de inversão dos riscos, possibilitando revelias e contumácias em processos judiciais e administrativos, trânsitos e coisas julgadas antes do esgotamento das vias recursais viáveis, perda em teses e qualidade na prestação dos serviços, atraso na prestação da

demanda interna, dentre outros riscos que, somados, comprometem a receita da Cepisa. Aduz que se viu a Cepisa diante de três opções, já que seria impossível para a Concessionária assumir para si a execução dos serviços: (i) contratava outro Escritório, (ii) assinava novos contratos com os mesmos Escritórios, (iii) aditava os contratos existentes, inclusive alterando a inicial previsão de desnecessidade de renovação contratual.

67. Argumenta não ser dificultoso perceber que a opção (i) é a menos vantajosa, e que as opções (ii) e (iii) a rigor se equivalem. Alega que havia a necessidade permanente dos serviços, que não deixaram de ser singulares, continuavam a ser indispensáveis, e por isto não podem ser qualificados como serviços contínuos ordinários - estes sim, e não aqueles outros, os invulgares, impossíveis de serem contratados por inexigibilidade de licitação. Nota que entender pela possibilidade de assinatura de termos aditivos, mesmo diante de um serviço contratado por inexigibilidade de licitação, é exatamente compreender a razão pela qual o Art. 57, inc. II, da Lei 8.666/93 foi instituído e que inspira a necessidade de solução, ou seja, o que venha a ser necessidade permanente.

68. Assevera que a necessidade permanente da Cepisa é a de prestação de serviços jurídicos - sejam esses prestados por corpo interno ou externo. Aduz que, se ela não tem condições de prescindir dos mesmos e se estes têm de ser praticados de forma contínua; se a Cepisa não tem condições de absorver pelo corpo interno e nem pelos atuais contratados para atendimento de demandas corriqueiras, a alternativa mais adequada, lógica e vantajosa é a prorrogação da contratação especial já realizada.

69. Alega que, à época da renovação dos contratos em exame, a situação da Cepisa permanecia singular, ou seja, seu quadro era - ainda é - insuficiente numericamente, e não especialmente qualificado para lidar com demandas especiais, raras para e na imensa maioria de escritórios de advocacia no país. Afirmar que o concurso público depende de dotação orçamentária suficiente para a sua realização - e os valores necessários para esta contratação não se equivalem (muito ao contrário, excedem) ao que é despendido quando o serviço é terceirizado.

70. Anota que, mesmo que dotada de orçamento, dependeria a Cepisa de autorização de quem a controla para poder fazer crescer seu quadro interno. Aduz que o compromisso da Administração Pública tem que ser com a eficiência, com a razoabilidade, com vantagem. Argumenta que, se ultrapassado o período inicial de contratação, e se impossível que a própria Cepisa satisfaça sua necessidade permanente, devidamente identificada, a solução é prorrogar os contratos.

71. Conclui que, para fazer frente a situações de necessidade que não poderiam ser satisfeitas de outra forma sem prejuízo para a Administração Pública contratante - é que a contratação direta foi expressamente prevista e permitida pela Lei 8.666/93, e esta previsão não pode ser negada, sob pena de negativa de vigência de lei. A propósito, cita o posicionamento que o TCU assumiu em outros momentos, como se vê no Acórdão 1.278/2014-2ª Câmara, relatado pela Ministra Ana Arraes, admitindo prorrogação de contrato pelo período necessário à substituição de sociedades ou pessoas físicas contratadas por empregados admitidos por concurso público.

72. Alega que essa é a própria postura assumida pelo TCU quando faz as suas próprias contratações, como se vê na Portaria 128 de 14/5/2014 que, em seu Art. 24, determina que “após o prazo inicial (...) o contrato poderá ser prorrogado, sucessivamente”, uma vez sejam cumpridos os requisitos para isso, ou seja, que os serviços tenham sido prestados regularmente, que a contratada concorde com a prorrogação e não tenha sofrido punição pecuniária pelo próprio TCU, o valor do contrato permaneça vantajoso e “a administração do TCU tenha interesse na continuidade dos serviços”. Afirmar ser essa exatamente a mesma natureza que a Lei de Licitações quis imprimir.

Conclui que, por ser ainda e comprovadamente necessário, é que se continua. Afirmar que isso não retira a natureza singular e particular que gerou a necessidade inicial.

73. Reafirma que as leis - e outros atos normativos que tratam do assunto - não fazem um rol (nem taxativo e nem exemplificativo) de quais seriam os serviços cuja execução poderia se dar de forma continuada. Alega que isso significa que a questão somente pode ser resolvida em nível conceitual, e da conceitualização técnica se impõe a conclusão que pode ser prorrogada a prestação de serviços cuja falta paralisa ou retarda o serviço de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal. Reitera que o próprio TCU tem feito esse esforço de compreensão conceitual há muito tempo, o que se vê na Decisão 148/1996-Plenário.

74. No mesmo sentido, afirma que outras decisões foram emitidas nas últimas duas décadas. Alega que, se desde a edição da Lei de Licitações e Contratos, em 1993, não houve nenhuma reforma para a criação de uma lista **numerus clausus** de serviços continuados, não se pode legislar a respeito e extirpar - de forma geral, cega e abstrata - realidades que por si só preenchem o conceito da lei. Afirmar que a AGU vem cumprindo essa higidez conceitual e inclusive, há vários anos. Apresentados esses pontos, observa que qualificar como irregular a prorrogação dos contratos firmados pela Cepisa, objeto deste processo, é posição que não se sustenta o que resulta em mais um forte motivo para a revisão, às inteiras da decisão abrigada no Acórdão recorrido.

75. Sobre o pagamento mediante termo de encerramento e ajuste de contas sem cobertura contratual e em desobediência ao item 9.7.2 do Acórdão 2.320/2010-TCU-1ª Câmara, afirma que esta imputação há de ser entendida em seus exatos termos, pois não se contesta a prestação dos serviços, nem a correção dos pagamentos pelo que foi executado, mas uma ausência de cobertura contratual, que, por sua vez, configuraria desobediência ao item 9.7.2 do Acórdão 2.320/2010-TCU-1ª Câmara. Alega que determina esse item 9.7.2 à Cepisa não realizar despesas sem cobertura contratual, uma vez que não há amparo legal para tal prática, nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei 8.666/93. Crê que há, aqui, compreensível, mas facilmente superável confusão a respeito dos fatos.

76. Alega que a Cepisa apenas e tão somente pagou aos Escritórios aquilo que estava previsto nos contratos firmados com os mesmos, nem um centavo a mais, nem a menos. Conclui que havia cobertura contratual para autorizar que serviços efetivamente prestados fossem, em algum momento, integralmente pagos pela Concessionária. Afirmar que, idealmente, este pagamento deveria se dar até o último dia de vigência dos contratos. Contudo, aduz que sempre ressaltando que a decisão recorrida não põe em dúvida a completa execução destes contratos, não há ilegalidade na realização de pagamento posterior à conclusão da avença.

77. Anota que, tendo sido os serviços em questão contratados, tendo sido autorizados dentro da vigência dos contratos, o não pagamento dos mesmos configuraria hipótese de enriquecimento ilícito por parte da Administração, o que é impensável e inadmissível. Realça que não se trata de prestação de serviços sem cobertura contratual, e é de se recordar que, mesmo que fosse esta a hipótese, haveria o dever de indenizar o particular pelo que tivesse executado.

78. Afirmar que houve a adequada contratação para execução dos serviços, que foram também adequadamente prestados, e quitados por meio de termo formal. Aduz que não houve, assim, pagamento sem cobertura contratual, nem desrespeito a determinação anterior desta Corte de Contas, o que leva à superação desta alegada inconformidade, e à necessidade, uma vez mais destacada, de revisão integral do Acórdão recorrido.

79. Sobre a ausência de justificativas, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, que motivem o acréscimo de 25% no valor do contrato firmado com o Escritório Oliveira & Becker,

tampouco demonstrando que o novo valor contratual está em consonância com os valores praticados no mercado, aduz que se parte, aqui, de uma constatação não infirmada por qualquer dos documentos constantes deste processo administrativo: os serviços acrescidos foram efetivamente prestados por este Escritório.

80. Afirma que se discute a alegada ausência de pareceres e estudos técnicos a sustentar este acréscimo - que é legalmente previsto - bem como a inexistência de demonstração da harmonia do novo valor contratual com o que praticaria o mercado. Quanto a essa compatibilização entre valor contratado e valor de mercado, retoma o que foi dito acima: a Tabela de Honorários da OAB (especialmente da OAB/DF, já que parte significativa da atuação de Oliveira & Becker se deu na sede do TCU) registra valores que em muito superam o gasto no âmbito desta contratação, o que a torna, não se pode negar, economicamente mui vantajosa para a Cepisa.

81. Alega que esse acréscimo, ao revés do que se tem no Acórdão recorrido, foi devidamente motivado por meio de Parecer/Note Técnica datado de 6 de dezembro de 2010, que registra aumento de demandas relacionadas ao objeto do contrato, inclusive pela necessidade de atuação singular diante de outros órgãos de controle, e por meio do Parecer PCJ/EDE 388/2010, no qual se tem análise expressa sobre a questão, apontando o referido estudo a superveniência de custos adicionais, justamente derivados do aumento de demandas. Aduz que essa justificativa (aumento de demandas gerando aumento de custos) foi, de forma transparente, estampada no próprio Termo Aditivo, o que afasta, de forma suficiência, a alegação de cometimento de irregularidade, e recomenda, em reforço de tudo o que já se expôs, a reforma do Acórdão recorrido.

82. Pelo exposto, requer que sejam aceitos, acolhidos e providos estes recursos para que seja revista integralmente a decisão contida no Acórdão combatido, não lhe sendo, assim, aplicada sanção de qualquer espécie em relação à contratação de escritórios de advocacia para os serviços especiais de direito regulatório de energia, cuja matéria sequer faz parte da grade do curso de direito, daí sua singularidade inequívoca.

ANÁLISE CONJUNTA DOS DOIS RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO

83. Preliminarmente, conforme pacificamente estabelecido na jurisprudência desta Corte, deve-se salientar que o TCU pauta sua atuação no princípio da independência das instâncias, via de regra, não se subordinando a decisões exaradas em outros foros, sejam estes administrativos ou judiciais. Tal entendimento vem sendo, inclusive, corroborado pelas altas Cortes do Poder Judiciário, a exemplo dos seguintes julgados: Mandados de Segurança (MS) n°s 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF, todos do STF; e MS n°s 7080-DF, 7138-DF e 7042-DF, do STJ.

84. Esclarecido este importante ponto preliminar, como se verá adiante, os argumentos dos recorrentes merecem prosperar, devendo os Recursos de Reconsideração serem conhecidos e, no mérito, providos. A seguir, serão analisados, ponto por ponto, os quesitos debatidos nas peças recursais.

85. Quanto aos limites de responsabilidade de autor de parecer jurídico que embase contratação decidida por gestores públicos, muito embora a posição jurisprudencial deste Tribunal seja no sentido de responsabilizar os autores de pareceres jurídicos que resultem em contratação ilegal, o caso concreto que se apresenta merece uma análise diferenciada.

86. Em que pese o princípio da independência das instâncias, o julgado do STF trazido à baila pelos recorrentes se refere explicitamente ao TCU quando responsabiliza autores de pareceres jurídicos e indica que o advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a

terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo, conforme art. 159 do Código Civil e art. 321 da Lei 8.906/1994 (MS 24.073, Rei. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-11-02, DJ de 31-10-03).

87. Nesse caso específico, pode-se aplicar o entendimento da Suprema Corte ao presente caso concreto, pois parece não haver ocorrido erro grave, inescusável, nem tampouco ato ou omissão praticado com culpa pelos pareceristas. Por esse motivo, devem ser acatados estes argumentos recursais.

88. Por seu turno, quanto à licitude da contratação dos escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação, também se entende que merecem prosperar os argumentos recursais. Por um lado, deve-se reconhecer que as questões atinentes ao Direito da Energia não são de domínio generalizado na Advocacia, não havendo, inclusive, sequer uma disciplina específica nas grades acadêmicas das Faculdades de Direito.

89. Por outro lado, de fato, não se pode associar o conceito de singular com o conceito de único. Sobre este particular, conforme o disposto no Acórdão 1.074/2013-Plenário, de lavra do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, a singularidade significa complexidade e especificidade, não devendo ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado. Ademais, de acordo com o Acórdão 7.840/2013-1ª Câmara, também prolatado sob a relatoria do Exmo. Ministro Benjamin Zymler, esta Corte entendeu que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado.

90. Então, sendo singular a especialização dos escritórios na área de Direito de Energia, e havendo elementos por meio dos quais se pode concluir que a Administração da Cepisa poderia depositar neles a sua confiança no que tange à defesa dos seus interesses em foros judiciais e administrativos, pode-se concluir que restaram atendidos os requisitos para fins de subsunção ao art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, no que tange à contratação dos escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação. De fato, compulsando os autos, verifica-se que se tratava de contratos em que se levou em conta a confiança nos fornecedores de serviços e considerando-se ainda a natureza singular dos serviços a serem prestados, resta justificada a inexigibilidade da licitação para os dois contratos. Adicionalmente, há que se ressaltar a grande quantidade de processos enfrentados pela Cepisa no que tange a temas específicos do marco regulatório do setor energético e os grandes montantes de dinheiro envolvidos, com o consequente risco de perda das aludidas causas judiciais. Esse cenário também corrobora o entendimento de que deveriam ser contratados escritórios especializados na área de Direito de Energia.

91. Em relação à inexistência de razão para a escolha dos citados escritórios e da obediência ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da lei 8.666/1993, também se considera assistir razão aos recorrentes. Esta conclusão se ampara no fato de que, compulsando os autos, pode-se observar que os Escritórios de Advocacia foram contratados a partir da conjunção dos seguintes fatores:

a) Havia a impossibilidade de o corpo jurídico da Cepisa cuidasse, com profundidade, segurança e eficácia de assuntos de maior complexidade e de significativa relevância técnico-econômica, de temas próprios de áreas mais específicas do conhecimento e atuação jurídicos (regulação, Tribunal de Contas);

b) Verificou-se a singularidade desses serviços executados por Escritórios cuja notoriedade o próprio Acórdão recorrido admite, sendo esta singularidade constatada pelo exame dos serviços executados e não por uma descrição eventualmente genérica dos objetos contratuais;

c) Havia uma relação de confiança nos Escritórios contratados, sendo a confiança um critério válido de escolha de um particular pela Administração Pública, configurada a hipótese legal de inexigibilidade de licitação.

92. Por seu turno, no que tange à justificativa de preços para a contratação direta de serviços de advocacia, também é possível aceitar o argumento recursal de que a mesma tem na Tabela de Honorários editada pela Ordem dos Advogados do Brasil. Ressalta-se que os valores dos contratos resultaram, inclusive, inferiores aos valores referências das Tabelas de Honorários da OAB.

93. Quanto à não realização de pré-qualificação das empresas/profissionais aptos a prestarem os serviços em questão, verifica-se que, de fato, o art. 114 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de realização de pré-qualificação previamente à realização de uma concorrência, mas não estabelece a obrigação de que tal pré-qualificação seja realizada. No entanto, a Lei não estabelece a obrigatoriedade de realização de pré-qualificação prévia a uma contratação por inexigibilidade de licitação.

94. Com a devida vênia, apesar de o TCU entender que esta pré-qualificação deve ser feita sempre que se revelar inviável a competição entre prestadores de serviços jurídicos, entende-se que assiste razão aos recorrentes quando afirmam que o intérprete da lei não pode criar obrigações não estabelecidas no diploma legal. Nesse sentido, o Acórdão 141/2013-Plenário, de lavra do Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, assentou que a pré-qualificação prevista no artigo 114 da Lei 8666/1993 aplica-se somente à licitação na modalidade concorrência.

95. No que tange à indicação antecipada do escritório a ser contratado, bem como do valor do contrato, mediante a Resolução 226/2009, também parece assistir razão aos recorrentes. De fato, a prévia identificação de quem reunisse as qualidades notoriedade e confiabilidade em nada contraria a Lei 8.666/1993, nas hipóteses de contratação por inexigibilidade de licitação.

96. Por seu turno, a indagação prévia sobre os preços dos serviços, para que a Administração pudesse averiguar se contava com orçamento para efetivar a posterior contratação, e se tais preços eram justificáveis em face da Tabela de Honorários da OAB aplicável tampouco afronta a legislação. Tal indicação prévia de particular e do valor a ser contratado seria incompatível na hipótese de ser identificada a necessidade de realização de licitação. Tal raciocínio não se aplicaria, portanto, ao caso de inexigibilidade de licitação.

97. No que se refere à prorrogação indevida dos contratos, os recorrentes invocam o princípio da primazia da realidade fática. Argumentam que, embora a Cepisa tenha previsto que a necessidade de contratação de Escritórios para prestação de serviços singulares potencialmente se esgotaria no prazo estimado das contratações estabelecidas, a empresa identificou, no curso da execução dos aludidos contratos, a permanência da necessidade de contar com terceiros para o desempenho de tais atividades.

98. Restou evidenciada a necessidade permanente da Cepisa no sentido de contar com a prestação de serviços jurídicos, sejam esses prestados por corpo interno ou externo de advogados. Considerando que restou configurada a impossibilidade fática de a Cepisa assumir, por seu corpo próprio de advogados, a execução dos serviços jurídicos em questão, concluiu-se que ainda existia a necessidade de contratação dos Escritórios de Advocacia anteriormente contratados. Obviamente, teria sido possível efetuar a contratação de outro Escritório, mas deve-se concordar com os recorrentes quando argumentam que isso poderia ter sido menos eficaz e menos seguro, pois manter a continuidade dos serviços não produziria perda de informação e de prazos em processos judiciais e administrativos relevantes para a Cepisa. Então, também merecem acolhida esses argumentos recursais. No que se refere à jurisprudência desta Corte de Contas, por meio do Acórdão 1.278/2014-2ª Câmara, relatado

pela Exma. Ministra Ana Arraes, esta Corte admitiu a prorrogação de contrato pelo período necessário à substituição de sociedades ou pessoas físicas contratadas por empregados admitidos por concurso público.

99. No que concerne ao pagamento mediante termo de encerramento e ajuste de contas sem cobertura contratual e em desobediência ao item 9.7.2 do Acórdão 2.320/2010-1ª Câmara, também parecem merecer acolhida os argumentos recursais. Compulsando os autos, pode-se verificar que a Cepisa tão somente pagou aos Escritórios aquilo que estava previsto nos contratos firmados com os mesmos. Forçosa é a conclusão de que efetivamente havia cobertura contratual para autorizar que serviços efetivamente prestados fossem, em algum momento, pagos pela empresa. Como este Tribunal não põe em dúvida a completa execução dos aludidos contratos, não se identifica ilegalidade alguma na realização de pagamento após o final da vigência contratual.

100. Quanto à ausência de justificativas, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, que motivem o acréscimo de 25% no valor do contrato firmado com o Escritório Oliveira & Becker, aduzem os recorrentes que esse acréscimo foi devidamente motivado por meio de Parecer/Note Técnica datado de 6/12/2010, o qual registra um aumento de demandas relacionadas ao objeto do contrato, inclusive pela necessidade de atuação ante outros órgãos de controle, e também por meio do Parecer PCJ/EDE 388/2010, no qual se concluiu pela superveniência de custos adicionais derivados do mencionado aumento de demandas.

101. Quanto à compatibilidade do valor contratado com os valores de mercado, entende-se que a Tabela de Honorários da OAB (especialmente aquela da OAB/DF) registra valores que evidenciam a aludida compatibilidade, a qual teria sido vantajosa para a Cepisa. Uma vez mais, parecem merecer acolhida os argumentos recursais.

102. Por fim, ante todo o exposto, vê-se que merecem prosperar os argumentos de ambos os recorrentes.

CONCLUSÃO

103. Preliminarmente, quanto ao pedido de que fosse oficiado o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para que pudesse atuar lado a lado com os recorrentes, deve esta Corte indeferir-lo, por não ter aquele órgão nenhuma justificativa para atuar como parte legítima nesse processo.

104. Por fim, ante todo o exposto, entende-se que podem ser acolhidos os argumentos trazidos pelos dois recorrentes. Portanto, os presentes Recursos de Reconsideração devem ser conhecidos e providos, tornando insubsistente o Acórdão 1.939/2016-TCU-1ª Câmara, dando-se posterior ciência aos recorrentes e à Cepisa.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

105. Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) indeferir o pedido feito pelos recorrentes no sentido de que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingresse ao presente processo para atuar lado a lado com os mesmos;

b) conhecer dos presentes Recursos de Reconsideração (peças 92 e 93; e peças 98 a 144), nos termos dos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, c/c o artigo 285 do RI/TCU;



c) no mérito, dar-lhes provimento, tornando insubsistente o Acórdão 1.939/2016-TCU-1ª Câmara;

d) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida aos recorrentes e à Cepisa.

Secretaria de Recursos, 10 de outubro de 2016.

(assinado eletronicamente)

Fábio Diniz de Souza

AUFC, Mat. 3518-1