

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 018.515/2014-2 [Aposos: TC 012.423/2014-9, TC 003.626/2003-8]

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Banco do Brasil S.A.

Responsável: Banco do Brasil (00.000.000/1503-20).

Interessados: Associacao dos Advogados do Banco do Brasil - Asabb (00.438.999/0001-55); Barcelos & Janssen Advogados Associados (06.888.951/0001-25); Coelho e Gavioli - Advogados Associados (03.404.741/0001-26); Ferreira e Chagas Advogados (04.032.380/0001-05); Fragata e Antunes Advogados Associados (08.755.418/0001-10); Góes & Nicoladelli Advogados Associados (03.239.823/0001-62); Lima Junior, Domene e Advogados Associados (02.754.181/0001-77); Martinez & Martinez Advogados Associados - Me (05.751.699/0001-45); Nelson Wilians e Advogados Associados (03.584.647/0001-04); Paulo Roberto Joaquim dos Reis Advogados Associados (68.326.834/0001-25); Pereira Gionedis Advogados (81.908.543/0001-03); Rocha Calderon e Advogados Associados (00.580.630/0001-82); Viana Peixoto - Advogados Associados (03.828.916/0001-22); Vigna Advogados Associados (05.678.638/0001-08).

Representação legal: Raissa Roese da Rosa (52568/OAB-DF), Marcus Vinicius Furtado Coêlho (18958/OAB-DF) e outros, representando Associacao dos Advogados do Banco do Brasil - Asabb; Jader Teixeira de Sousa e Carlos Alberes Oliveira Gomes, representando Banco do Brasil; Marcio Antonio Sasso (28922/OAB-PR), representando Pereira Gionedis Advogados; Alysson Kennerly Colaciti, representando Luana Katarine Rocha de Souza; Helena Patricia Freitas (19760/OAB-MG), Sérvio Túlio de Barcelos (44698/OAB-MG) e outros, representando Barcelos & Janssen Advogados Associados; Luiz Knob (31578/OAB-PR), representando Natividade & Goncalves Sociedade de Advogados; Thiago de Oliveira Santoro (159610/OAB-RJ), representando Nelson Wilians e Advogados Associados; Jader Teixeira de Sousa e Carlos Alberes Oliveira Gomes, representando Aline Crivelari; Enio Galan Deo (141362/OAB-SP), representando Sanchez e Sanchez Sociedade de Advogados; Luana Katarine Rocha de Souza (284566/OAB-SP), representando Ayrton Dias Camargo; Jader Teixeira de Sousa e Sara Kiefer Peres, representando Márcia Aparecida Fadigatti Calarezi; Tatiana Martins da Costa Camarão (61066/OAB-MG) e Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (65572/OAB-MG), representando Ferreira e Chagas Advogados; Alberto Angelo Briani Tedesco (218.506/OAB-SP), Andre Cardoso da Silva (175.348/OAB-SP) e outros, representando Caixa Econômica Federal; Mateus Guimaraes Torres, Solon Mendes da Silva (32.356/OAB-RS) e outros, representando Banco do Brasil S.A..

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. BB. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO DE CREDENCIAMENTO DE PRESTADORES DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E REPASSE DE VALORES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS A ADVOGADOS DO QUADRO DE SERVIDORES DO BB, COM INTERMEDIÇÃO DE ENTIDADE CLASSISTA. FATOS MOTIVADORES OCORRIDOS EM 2013. INOVAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS APÓS A AUTUAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. ELISÃO DOS INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de representações formuladas por Ayrton Dias Camargo (peças 1 e 2) e pelos escritórios de advocacia Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédís Advocacia (peças 3 a 5), nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, a noticiar supostas irregularidades vinculadas ao procedimento versado no Edital 2013/16655, sob a responsabilidade do Banco do Brasil S/A (BB), voltado ao credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica ao Banco, às suas subsidiárias e à Fundação Banco do Brasil, sem exclusividade e sem vínculo empregatício, em uma ou mais áreas de atuação especificadas (peça 1, p. 1).

2. Reproduzo a seguir, com ajustes de forma, o teor principal da instrução de mérito lavrada no âmbito da Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), cujas conclusões foram endossadas pela direção da unidade (peças 424 a 426):

HISTÓRICO

2. *O pedido inicial contido nesta representação foi apresentado no sentido de que fossem excluídos do Edital 2013/16655 itens que configurariam reserva de mercado (vide peças 1 a 5). Nada obstante, o Ministro Benjamin Zymler, no curso das discussões que levaram ao Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário (peça 53), após solicitar vista dos autos, levantou dúvidas quanto à legalidade do modelo de contratação de escritórios de advocacia, porquanto identificou tratar-se de formato não previsto na Lei 8.666/1993. Além disso, questionou a reserva de parte dos valores de honorários de sucumbência para a Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB).*

3. *Em face dos pontos suscitados pelo Ministro Benjamin Zymler, foi prolatado o Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, nos termos a seguir:*

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

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

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

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

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

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

- 9.3.1.3. não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;
- 9.3.1.4. flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993;
- 9.3.1.5. criação, sem base legal, de um cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655;
- 9.3.1.6. inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio entre os [valores auferidos de] honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil;
- 9.3.2. obtenha informações junto ao Banco do Brasil com vistas a:
- 9.3.2.1. obter informações sobre o andamento do processo de contratação decorrente do Edital 2013/16655;
- 9.3.2.2. verificar a existência de acordo sobre rateio de honorários sucumbenciais entre a entidade e seus advogados-empregados.
- 9.3.3. promova a oitiva prévia dos escritórios selecionados dentro do número de vagas estipulado no Anexo I do Edital 2013/16655;

4. A partir do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, diversas deliberações foram proferidas neste processo, todas relacionadas a recursos interpostos pelo Banco do Brasil e pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB), entre as quais destacamos as seguintes:

Deliberação	Relator	Data	Resumo
Acórdão 532/2015 - Plenário	José Múcio	18/3/2015	Revogar a medida cautelar concedida por meio do Acórdão 3.567/2014 – Plenário e determinar ao Cenop Logística São Paulo do Banco do Brasil S/A. que reformule o Edital 2013/16655, para que não constem itens alheios à relação jurídica entre o banco e as futuras contratadas, em especial os que tratem de rateio de honorários advocatícios para a Associação dos Advogados do Banco do Brasil.
Acórdão 1.366/2018 - Plenário	José Múcio	13/6/2018	Conhecer dos embargos de declaração opostos pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB) e pelo Banco do Brasil S/A. para, no mérito, acolhê-los parcialmente, a fim de alterar o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015 – Plenário, que passa a ter a seguinte redação: “9.2 determinar, cautelarmente, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S/A. que reformule o Edital 2013/16655, para que seja modificada a minuta do contrato, de modo a que o compartilhamento dos recursos referentes aos honorários advocatícios seja feito exclusivamente entre a sociedade de advogados contratada e o Banco do Brasil S/A., deixando assente que essa medida não implica a necessidade de republicação do edital, visto que não afeta o conteúdo das propostas dos participantes;” Recomendar ao Banco do Brasil S/A. que, até que haja manifestação definitiva deste Tribunal neste processo, efetue o depósito, em conta específica, dos valores dos honorários de sucumbência que, de acordo com as regras originais do Edital 2013/16655, seriam repassados à Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB), para que, no caso de modificação do entendimento do TCU, possa haver o repasse à associação.
Acórdão 2.249/2018 - Plenário	José Múcio	26/9/2018	Conhecer dos embargos de declaração opostos pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil (Asabb) e pelo Banco do Brasil S/A. para, no mérito, rejeitá-los; Permitir, de modo precário, a continuidade dos repasses das parcelas dos honorários de sucumbência, tal como previsto no

			<i>Edital 2013/16655, até que o mérito deste processo seja apreciado, deixando assente que os valores recebidos a partir da ciência da presente decisão pelo Banco do Brasil e pela ASABB deverão ser devolvidos à instituição bancária, devidamente corrigidos, na hipótese de a deliberação definitiva confirmar a irregularidade dos pagamentos.</i>
--	--	--	---

5. *Releva notar que, a partir do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, o ponto que mais gerou debates e incursões dos interessados ao processo foi justamente o pagamento de honorários de sucumbência aos advogados empregados do Banco do Brasil.*

6. *Na instrução de peça 393, após análise minuciosa do feito, foi apresentada a seguinte proposta, que contou com a anuência da unidade técnica:*

I) conhecer da presente representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente (itens 30 e 154 da presente instrução);

II) considerar as determinações constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, realizadas em oitiva, como atendidas (itens 125 a 129 e 135 a 152 da presente instrução);

III) considerar definitiva a revogação da medida cautelar constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital de credenciamento (item 154 da presente instrução);

IV) considerar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário, mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada, com ressalva de observância de eventual disciplina legal própria quanto aos aspectos pertinentes a esse procedimento, os quais motivam a proposição descrita nos itens V e VI desta proposta de encaminhamento (itens 147 a 152 da presente instrução);

V) permitir o repasse, em caráter temporário, das parcelas dos honorários de sucumbência à Associação dos Advogados do Banco do Brasil, até que seja promulgada lei em sentido estrito quanto à operacionalização do recebimento e pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados de empresas estatais e sociedades de economia mista, deixando assente que essa medida não implica a necessidade de republicação do edital, visto que não afeta o conteúdo das propostas dos participantes (itens 147 a 152 da presente instrução);

VI) à Casa Civil da Presidência da República que estude a possibilidade de ser regulamentada, mediante proposição e promulgação de lei em sentido estrito, a operacionalização do recebimento e pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados de empresas estatais e sociedades de economia mista, levando-se em consideração os seguintes pontos (itens 150 a 152 da presente instrução):

a) natureza dos honorários de sucumbência, se administrativa ou civil, e suas implicações legais;

b) aplicabilidade de limitação do recebimento da verba sucumbencial ao teto remuneratório constitucional;

c) critérios legais e operacionais relevantes à delimitação do gerenciamento contratual a cargo da empresa pública ou sociedade de economia mista contratante e das responsabilidades a ela aplicáveis quanto ao recebimento e rateio de honorários sucumbenciais, derivados de execução de contrato administrativo, por pessoa jurídica de natureza privada distinta da contratante pública, não integrante de sua estrutura ou grupo e externa à gestão e relação contratual;

d) outras medidas consideradas indispensáveis à sua regulamentação;

VII) encaminhar cópia da presente instrução à SecexFazenda, para a adoção das providências que entender cabíveis, quanto à questão atinente à possibilidade de recebimento pelos advogados empregados do Banco do Brasil S/A de remuneração acima do teto constitucional (CF, art. 37, §§ 4º e 9º da CF), computadas as parcelas relativas aos honorários de sucumbência eventualmente percebidos nas causas em que a entidade for parte vencedora, nas quais os advogados tenham atuado efetivamente (item 146 da presente instrução);

VIII) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A -Asabb, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A e aos representantes, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

IX) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, V, do Regimento Interno do TCU.

7. Diante da proposta da unidade técnica, o então Ministro-Relator Raimundo Carreiro, em Despacho de peça 396, encaminhou os autos para oitiva do Ministério Público junto a este Tribunal, nos termos do art. 62, inciso III, do Regimento Interno desta Corte.

8. O MPTCU, representado pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, se manifestou em Parecer de peça 397, propondo a seguinte decisão:

I) conhecer das presentes representações, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes;

II) considerar as determinações constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014TCU-Plenário, realizadas em oitiva, como atendidas;

III) considerar definitiva a revogação da medida cautelar constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital de credenciamento;

IV) recomendar à Casa Civil da Presidência da República que elabore estudo voltado à melhoria da legislação que trata da contratação pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, preservados os princípios basilares constantes na Lei 13.303/2016;

V) considerar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário, mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada, com ressalva de que os advogados terão direito a 1/5 dos honorários nas causas que efetivamente participarem da ação judicial;

VI) remeter cópia da decisão e do acordo celebrado entre o banco e a Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB), bem como do estatuto da ASABB, à Advocacia Geral da União e à Casa Civil da Presidência da República para que avaliem possível afronta aos interesses financeiros da União e eventual necessidade de promulgação de lei em sentido estrito que venha a substituir o acordo;

VII) recomendar que a Presidência do Banco do Brasil S/A submeta, se ainda não o fez, o acordo celebrado com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil ao Conselho Administração e ao Conselho de Acionistas do banco;

VIII) permitir o repasse das parcelas dos honorários de sucumbência à Associação dos Advogados do Banco do Brasil, até que a Advocacia Geral da União avalie os termos do acordo celebrado com a ASABB, devendo ser resguardado o direito dos advogados não associados de receberem valor igual aos repassados para os associados, sem a retenção de qualquer valor;

IX) encaminhar cópia da presente instrução à SecexFazenda, para a adoção das providências que entender cabíveis, quanto à questão atinente à possibilidade de recebimento pelos advogados empregados do Banco do Brasil S/A de remuneração acima do teto constitucional (CF, art. 37, §§ 4º e 9º da CF), computadas as parcelas relativas aos honorários de sucumbência eventualmente percebidos nas causas em que a entidade for parte vencedora, nas quais os advogados tenham atuado efetivamente;

X) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A (ASABB), ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A e aos representantes, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos;

XI) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, V, do Regimento Interno do TCU.

9. *Em Despacho de peça 403, o Ministro Raimundo Carreiro comunicou a juntada, pelo Banco do Brasil, dos documentos constantes das peças 401 e 402, que poderiam contribuir para o aprofundamento do exame da matéria. Mais especificamente, tratava-se da superveniência do julgamento da ADI 6.053/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 24/6/2020, de modo favorável à percepção de honorários de sucumbência pelos advogados públicos, limitado o ganho ao teto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, o então Relator remeteu os autos a esta unidade técnica, a fim de que os citados documentos fossem analisados, com posterior remessa ao Ministério Público junto ao TCU.*

10. *Analisada a matéria, esta Secretaria, em pareceres uniformes, propôs o seguinte encaminhamento de mérito (peças 407 e 408):*

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

b) considerar as determinações constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, realizadas em oitiva, como atendidas;

c) considerar definitiva a revogação da medida cautelar constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital de credenciamento;

d) considerar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário, mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada, com a ressalva de que os advogados terão direito a honorários somente nas causas em que efetivamente participarem da ação judicial;

e) desapensar o TC 003.626/2003-8 e encaminhá-lo à Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional - SecexFinanças, para exame e instrução, nele incluindo-se cópia da deliberação, relatório e voto que vierem a ser proferidos nos presentes autos;

f) informar à Advocacia-Geral da União, à Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A - ASABB, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S/A e aos representantes do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos;

g) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

11. *Em sequência, o MPTCU, em sua segunda manifestação neste processo (peça 409), sustentou a supressão dos itens VIII e IX de sua proposta original (transcrição no item 8 desta instrução). Adicionalmente, o Parquet endossou a sugestão constante da instrução de peça 407 de desapensamento do TC 003.626/2003-8 e encaminhamento à Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional (SecexFinanças), para exame e instrução (peça 409, p. 2).*

12. *Em novo Despacho de peça 414, o então Relator manifestou-se nos seguintes termos (peça 414, p. 9-10):*

15. *Conforme mencionei anteriormente, para o caso concreto, penso não caber a aplicação retroativa de qualquer nova interpretação. No entanto, novas contratações de escritórios de advocacia serão realizadas pelo Banco do Brasil por meio de credenciamento, o que significa que se repetirão as relevantes questões levantadas na oitiva promovida pelo Acórdão 3.567/2014 – Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro.*

16. *Considerando, porém, que a Selog, unidade técnica deste Tribunal especializada em licitações e contratos não se manifestou sobre as respostas oferecidas pelo Banco do Brasil à oitiva promovida pelo Acórdão 3.567/2014 – Plenário, entendo necessário o aprofundamento do exame da matéria por parte da secretária especializada no assunto, motivo pelo qual devem os autos serem restituídos àquela unidade*

técnica, a fim de que proceda à análise do uso do credenciamento pelo Banco do Brasil para a contratação de escritórios de advocacia, devendo, para tanto, considerar a oitiva promovida pelo Acórdão 3.567/2014 – Plenário e tudo o que já consta dos autos deste processo, sem prejuízo de a Secretaria propor novas medidas de aprofundamento da análise, se assim entender necessário ou conveniente para a instrução processual e para a formação de convicção pelo Tribunal.

17. Enfatizo que a análise ora por mim determinada requer que se considere que a oitiva promovida pelo Acórdão 3.567/2014 – Plenário evidenciou a vontade deste Tribunal de rediscutir o assunto, apesar de haver precedentes em sentido contrário. Portanto, é preciso que a matéria seja rediscutida de modo aprofundado, não sendo suficiente a invocação de eventuais precedentes sobre o tema.

18. Em face do exposto, restitua-se os autos para a Selog, a fim de que, no prazo de 60 dias, manifeste-se sobre o uso do credenciamento pelo Banco do Brasil para a contratação de escritórios de advocacia, devendo, para tanto, considerar a oitiva promovida pelo Acórdão 3.567/2014 – Plenário e tudo o que já consta dos autos deste processo, sem prejuízo de a Secretaria propor novas medidas de aprofundamento da análise, se assim entender necessário ou conveniente para a instrução processual e para a formação de convicção pelo Tribunal.

EXAME TÉCNICO

13. Em cumprimento ao mencionado Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário (peça 53), foi encaminhado o Ofício 3991/2014-TCU/SECEX-RJ, de 16/12/2014 (peça 57), ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações do Banco do Brasil – Cenop Logística São Paulo, para que se manifestasse, em oitiva, sobre as seguintes irregularidades no modelo licitatório adotado no Edital 2013/16655, indevidamente classificado como credenciamento:

- a.1) não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei;
- a.2) previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto;
- a.3) não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;
- a.4) flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993;
- a.5) criação, sem base legal, de um cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655;
- a.6) inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio de honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil;

14. A resposta à oitiva em tela, protocolada neste Tribunal em 26/1/2015, consta à peça 67, p. 1-59, acompanhada de documentação à peça 67, p. 60-234.

15. Segue análise dos itens objeto da oitiva.

16. Itens a.1 e a.2 do Ofício 3991/2014-TCU/SECEX-RJ, de 16/12/2014 (peça 57): **não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei e previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto**

16.1. A Secex-RJ, em instrução de 22/2/2019 (peça 393), havia se manifestado nos seguintes termos (itens 125-126 da peça 393, p. 29-30):

["CREDENCIAMENTO" COMO INSTRUMENTO DE SELEÇÃO DE FORNECEDORES]

Não adoção de uma das modalidades de licitação previstas em lei

125. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes colocações:

a) observa-se que o modelo de credenciamento ora em exame já foi analisado pelo TCU quando do julgamento do processo de acompanhamento TC 041.986/2012-1, tendo recebido pronunciamento favorável à sua adoção, conforme Acórdão 145/2014 - TCU-Plenário, de forma semelhante ao que ocorreu com o

modelo de credenciamento anterior (edital 2008/0425), que foi objeto de auditoria (TC 011.312/2009-0) e de representações (TC 032.561/2008-9 e TC 032.094/2008-2), todas com parecer favorável ao Banco do Brasil. Foi também proferido o Acórdão 972/2014 - TCU-Plenário, exarado no TC 003.170/2014-4, que considerou prejudicada a representação pelo fato de a matéria já ter sido apreciada no âmbito do TC 041.986/2012-1.

b) de qualquer modo, cabe reforçar que a regra na Administração Pública é que as contratações de obras e serviços, as alienações, bem como as aquisições de bens, em consonância com o art. 37, XXI, da CF/88, e com o caput do art. 2º da Lei nº 8.666/93, devem ser efetuadas mediante processo de licitação pública.

c) dessa forma, caso o órgão ou entidade integrante da Administração Pública necessite da contratação de serviços advocatícios que, por alguma razão devidamente motivada, não possam ser prestados pelo seu quadro próprio de servidores, tais serviços devem ser contratados mediante a realização do prévio procedimento licitatório. Nesse sentido, é a jurisprudência do TCU, a exemplo do trecho proferido no voto condutor do Acórdão nº 2832/2014 – TCU – Plenário, que diz:

“Firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que a regra para contratação de serviços técnicos especializados, entre os quais os advocatícios, é a licitação. A regra geral é afastada, contudo, na hipótese de estarem presentes, simultaneamente, a notória especialização do contratado e a singularidade do objeto (acórdãos 571/2007, 416/2008, 852/2010 e 1.466/2012, todos do Plenário, entre outros).”

d) no entanto, observa-se que a jurisprudência do TCU se mostra favorável à possibilidade de adoção do credenciamento para contratação de serviços advocatícios sob condições específicas indicadas na previsão legal para o procedimento, conforme se verifica dos excertos dos Acórdãos 2012/2007-TCU-Plenário e 4050/2011-TCU-Segunda Câmara, respectivamente:

9.8.10. [...] proceda ao devido certame licitatório para contratação de serviços advocatícios e, no caso de a competição revelar-se inviável, realize a pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços, adotando sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas entre os pré-qualificados, para resguardar o respeito aos princípios da publicidade e da igualdade;

9.3.3. quando a competição por serviços advocatícios revelar-se inviável, deve ser realizada pré-qualificação dos profissionais aptos a prestarem os serviços demandados, por meio da adoção de sistemática objetiva e imparcial de distribuição de causas e trabalhos entre os pré-qualificados, resguardados os princípios da publicidade, igualdade e legalidade [...];

e) desse modo, entende-se aceitável o credenciamento como uma opção possível de ser utilizada, apto a configurar hipóteses de inexigibilidade de licitação, como observado no presente processo. Portanto, consideram-se acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Banco do Brasil S/A e demais sociedades de advogados que perfilham o mesmo entendimento.

Contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto [vinculada ao credenciamento]

126. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:

a) o instituto do credenciamento atua na lacuna da lei e que a peculiaridade e especialidade são relativas aos serviços contratados, em especial, serviços advocatícios na área contenciosa do Banco do Brasil S/A. Como abordado pela instituição, se fosse adotada modalidade licitatória prevista na Lei 8666/93, realmente haveria um hiato normativo no procedimento. A concorrência do tipo melhor preço poderia ser aplicada, porém, apenas um licitante seria homologado. Assim, os procedimentos de credenciamento adotados pelo Banco do Brasil S/A, uma vez que não violam princípios da Administração Pública, após os devidos ajustes promovidos no caso, conforme verificado ao longo da atuação do Tribunal, mostram-se adequados, estando aptos vários escritórios a desempenhar o serviço contratado;

b) desse modo, entende-se ter sido esclarecida essa questão, considerando-se acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Banco do Brasil S/A e demais sociedades de advogados que perfilham o mesmo entendimento;

16.2. O MPTCU, em seu Parecer de 21/10/2019, destacou o ponto central na questão aqui

apreciada (peça 397, p. 9; sublinhado nosso):

Se por um lado o Projeto Jurídico 2.0 é carecedor de suporte do arcabouço normativo, por outro ele é plenamente compatível com o interesse público de a instituição financeira atuar de modo equilibrado e sem perda de receita. A nosso ver, tem-se no caso concreto o aparente conflito do princípio da legalidade com os princípios da eficiência, da obtenção de competitividade e da eficiência, todos assentados no caput do art. 31 da Lei 13/303/2016.

*Dito isso, duas são as possibilidades de decisão do Tribunal. A um, reconhecer a ausência de suporte legal para a realização do certame no formato do Edital 2013/16655 (7421), sabendo que em auditorias futuras o TCU provavelmente terá que responsabilizar os gestores por perdas sucessivas de valores pela ausência de efetividade na gestão das ações judiciais. A dois, reconhecer que a solução estudada pelo banco tem respaldo nos princípios norteadores da Lei que disciplinou as contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista, permitindo que a instituição, **no caso concreto**, adote de maneira precária as condições previstas no edital até a resolução do impasse pelo aperfeiçoamento na legislação.*

A propósito da primeira alternativa, no ponto que alertamos para possível responsabilização dos dirigentes, trazemos à colação trecho do Voto condutor do Acórdão 2.715/2009-TCU-Plenário, em autos de Relatório de auditoria (TC 011.312/2009-0): [...]

Fica a percepção de que a instituição financeira está tentando aprimorar a gestão do estoque de ações, com reflexo no resultado financeiro, contudo as medidas carecem de suporte legal que ampare melhor os ajustes pretendidos.

Nesse particular, somente com a atuação da Casa Civil da Presidência da República no sentido de melhorar a legislação é que as entidades nominadas na Lei 13.303/2016 irão ter condições similares as aplicáveis às entidades privadas e igualdade na competição pelo mercado, respeitados os princípios norteadores da gestão pública.

16.3. Subentende-se, pelo Parecer do Parquet, a necessidade do aperfeiçoamento legislativo para eventual validação da realização do credenciamento em tela. Concordamos com o citado parecer, enfatizando que, não raro, a inovação, respaldada pela jurisprudência, passa a ser incorporada pelo ordenamento jurídico.

16.4. O então Ministro-Relator Raimundo Carreiro já se pronunciou no sentido de que, independentemente do que esta Corte de Contas venha a concluir sobre o uso do credenciamento pelo Banco do Brasil para a contratação de escritórios de advocacia, não caberá ao Tribunal aplicar de forma retroativa qualquer eventual novo entendimento que venha a adotar, sob pena de ofensa ao disposto no inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999 combinado com o art. 24, caput, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), especialmente ao se considerar que, segundo informou o Banco do Brasil, em memorial recebido em seu Gabinete no dia 18/11/2021, as contratações decorrentes do Edital 2013/16655 já estariam então próximas do seu término, previsto para o dia 8/12/2021 (peça 414, p. 8-9, item 13).

16.5. O Relator também entendeu ser necessário firmar um entendimento quanto ao tema, pois novas contratações de escritórios de advocacia poderão ser realizadas pelo Banco do Brasil por meio de credenciamento (peça 414, p. 9, item 15).

16.6. Assinalamos que, desde a constituição destes autos até o momento, houve considerável evolução quanto ao tema. A Lei 14.133/2021, apesar de não aplicável ao caso concreto, recepcionou o instituto do credenciamento em seu art. 79, estabelecendo as hipóteses e as regras de utilização. Adicionalmente, nos recentes TC 012.422/2021-5 e TC 025.729/2021-7 deste Tribunal, que tratam, respectivamente de credenciamento de sociedades de advogados pela Caixa Econômica Federal e pela Ativos S.A. Securitizadora de Créditos Financeiros, em cujas análises não se mais se questionou a utilização do instituto do credenciamento para tal fim, conforme será demonstrado adiante.

16.7. O art. 6º, inciso XLIII, da Lei 14.133/2021, define credenciamento como o processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.

16.8. O art. 79 da Lei 14.133/2021, por sua vez, dispõe que (grifo nosso):

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

16.9 Desse modo, o credenciamento de serviços advocatícios se enquadraria na hipótese do inciso I do art. 79 da mencionada lei, garantidas as regras do parágrafo único do artigo em tela.

16.10. Em que pese a Lei 14.133/2021 não ser diretamente aplicável ao caso, já que o Banco do Brasil foi constituído na forma de sociedade de economia mista, a recepção do credenciamento pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos evidencia que tal instituto é relevante e se coaduna com o interesse público. Vale assinalar que, tradicionalmente, o ordenamento pátrio se mostra mais restritivo nas contratações pela administração direta. Nesse sentido, parece ser razoável que a jurisprudência desta Corte se posicione pela validade de tal instituto também para as estatais, apesar de não constar do texto da Lei 13.303/2016.

16.11. De fato, verificamos que esta Corte não questionou a legalidade da utilização do credenciamento em processos recentes que tratam da matéria em tela, a saber:

a) TC 012.422/2021-5, que tratou de credenciamento, pela Caixa Econômica Federal, de sociedades de advogados regularmente constituídas, para futura celebração de contrato de prestação de serviços jurídicos, de natureza contenciosa à Unidade Jurídica de Brasília, no Distrito Federal, para atendimento ao grupo de atuação que envolve, cumulativamente, as regiões do Distrito Federal e subseções da Justiça Federal de Unai-MG e Paracatu-MG (vide Voto do Ministro-Relator Bruno Dantas em sede do Acórdão 1320/2021-TCU-Plenário; peça 419); e

b) TC 025.729/2021-7, que tratou de credenciamento, pela Ativos S.A. Securitizadora de Créditos Financeiros (sociedade anônima de capital fechado, de natureza não-financeira, pertencente ao conglomerado do Banco do Brasil S.A.), de sociedades de advogados para a

prestação de serviços técnicos e advocatícios de interesse dessa entidade e de suas subsidiárias, em caráter temporário, não exclusivo e sem vínculo empregatício MG (vide Voto do Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues em sede do Acórdão 2941/2021-TCU-Plenário; peça 420).

16.12. *Adicionalmente, cabe destacarmos trecho da Proposta de Deliberação do Ministro Weder de Oliveira, em sede do Acórdão 2977/2021-TCU-Plenário (TC 022.605/2020-7), de sua relatoria, tratando de representação formulada por esta Secretaria para examinar os modelos de credenciamento que vêm sendo adotados pelo Serviço Social do Comércio no Estado de Minas Gerais (Sesc/MG) para contratação de serviços de promoção e organização de eventos (peça 423, p. 21):*

19. Reúno as premissas expressas e subjacentes dos enunciados listados e formulo o seguinte enunciado global, que abrange o caso em questão neste processo:

o credenciamento é legítimo quando a administração planeja a realização de múltiplas contratações de um mesmo tipo de objeto, em determinado período, e demonstra que a opção por dispor da maior rede possível de fornecedores para contratação direta, sob condições uniformes e pré definidas, é a única viável ou é mais vantajosa do que as alternativas sob avaliação para atendimento das finalidades almejadas, tais como licitação única ou múltiplas licitações, obrigando-se a contratar todos os interessados que satisfaçam os requisitos de habilitação, sem exclusão, e que venham a ser selecionados segundo procedimento objetivo e impessoal, a serem remunerados na forma estipulada no edital, aplicável igualmente a todas as contratações.

16.13. *Desse modo, consideramos que a questão foi esclarecida. Adicionalmente, em atendimento ao item 18 do Despacho de peça 414 do Ministro Raimundo Carreiro (peça 414, p. 9-10), manifestamos o entendimento de que não há impropriedade no uso do credenciamento para contratação de escritórios de advocacia por entidades sujeitas à Lei 13.303/2016, desde que atendidos princípios e regras básicas quanto a esse instituto, insculpidos na jurisprudência desta Corte (a exemplo do Acórdão 2977/2021-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Weder de Oliveira) e, como boa prática, no art. 79 da Lei 14.133/2021.*

[NÃO ADOÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO]

17. *Item a.3 do Ofício 3991/2014-TCU/SECEX-RJ, de 16/12/2014 (peça 57): não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993*

17.1. *A Secex-RJ, em instrução de 22/2/2019 (peça 393), havia se manifestado nos seguintes termos (item 127 da peça 393, p. 30-31):*

127. *Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:*

a) o Banco esclarece que adota o contrato administrativo na forma da Lei 8.666/1993, com a inclusão de todas as cláusulas necessárias previstas no seu art. 55 e que a minuta indica as hipóteses de pedido de rescisão por parte do administrado e pela Administração (XIII a XVI e I a XII e XVII a XVIII do art. 78 da Lei 8666/93, respectivamente);

b) a adoção de contrato administrativo ocorre quando de sua assinatura, trazendo inclusive sanções para a sociedade que não firmá-lo, bem como os casos de rescisão contratual baseados nos itens 26 e 27 da minuta de contrato constante do edital. Desse modo, entende-se ter sido esclarecida essa questão, considerando-se acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Banco do Brasil S/A e demais sociedades de advogados que perfilham o mesmo entendimento.

17.2. *Entendemos, nos mesmos termos da Secex-RJ, que a questão foi esclarecida. Note-se, no entanto, que o ofício da oitiva foi enviado antes da promulgação da Lei 13.303/2016. Desse modo, não há mais que se falar mais em contrato disciplinado na Lei 8.666/1993, tendo em vista que as contratações da entidade passaram a ser regidas pela referida Lei das Estatais.*

[HIPÓTESES DE RESCISÃO AMIGÁVEL DO CONTRATO DECORRENTE DE CREDENCIAMENTO]

18. *Item a.4 do Ofício 3991/2014-TCU/SECEX-RJ, de 16/12/2014 (peça 57): **flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993***

18.1. *A Secex-RJ, em instrução de 22/2/2019 (peça 393), havia se manifestado nos seguintes termos (item 128 da peça 393, p. 31):*

128. *Quanto a esse ponto, cabem as seguintes colocações:*

a) o Banco esclarece as situações cabíveis de aplicação da rescisão amigável prevista na cláusula supracitada, conforme prevê o art. 79 da Lei 8666/93, evidenciando, sobretudo, as condições quanto à impossibilidade de sua adoção. Vale evidenciar que muito embora o credenciamento não siga os ritos presentes nas demais modalidades licitatórias, entende-se que, sendo necessária a execução do objeto ajustado, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar a rescisão amigável do contrato, pois tal instituto tem aplicação restrita e não é cabível quando configurada outra hipótese que dê ensejo a rescisão unilateral ou anulação do ajuste;

b) o tema foi tratado no âmbito do Informativo de Licitações e Contratos 322 deste Tribunal, publicado em decorrência do Acórdão 845/2017-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler:

“o art. 79 da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de rescisão amigável do contrato administrativo, mas somente quando houver interesse da administração”. Ponderou, ainda, que o “mesmo raciocínio se aplica a caso de rescisão unilateral previsto no inciso XII do art. 78 da Lei 8.666/1993, em virtude de razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

c) desse modo, caso a contratada não esteja desempenhando suas atribuições a contento, torna-se obrigação do gestor aplicar as sanções cabíveis, como esclarecido pela instituição financeira;

d) como abordado pelo escritório Ferreira e Chagas Advogados, não há ilegalidade na solução amigável prevista no edital para as hipóteses arroladas e que não constam do art. 78 da Lei 8666/93, haja vista o edital ter previsto os casos de rescisão de contrato por ato unilateral bem como outras condutas passíveis de justificar o rompimento do vínculo, pela possibilidade da rescisão amigável, desde que conveniente para o Banco do Brasil S/A. Menciona, inclusive, o Acórdão 740/2013-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, por meio do qual o TCU decidiu que “a rescisão amigável de contrato administrativa, especificada no art. 79, inciso II da Lei 8.666/1993, somente é cabível se houver conveniência para administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas na lei para a rescisão unilateral da avença.”;

e) nesse sentido, entende-se ter sido esclarecido tal ponto, considerando-se acolhidas as razões de justificativa apresentadas pelo Banco do Brasil S/A e demais sociedades de advogados que perfilham o mesmo entendimento.

18.2. *Entendemos, nos mesmos termos da Secex-RJ, que a questão foi esclarecida. Adicionalmente, conforme já assinalado, o ofício da oitiva foi enviado antes da promulgação da Lei 13.303/2016. Desse modo, não há mais que se falar mais em contrato disciplinado na Lei 8.666/1993, tendo em vista que as contratações da entidade passaram a ser regidas pela referida Lei das Estatais.*

[CADASTRO DE RESERVA PARA EVENTUAIS SUBSTITUIÇÕES DE CONTRATADOS CREDENCIADOS]

19. *Item a.5 do Ofício 3991/2014-TCU/SECEX-RJ, de 16/12/2014 (peça 57): **criação, sem base legal, de um cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655***

19.1. *A Secex-RJ, em instrução de 22/2/2019 (peça 393), havia se manifestado nos seguintes termos (item 129 da peça 393, p. 31-33):*

129. *Quanto a esse ponto, cabem as seguintes colocações:*

a) é fato que existem entendimentos divergentes no âmbito do próprio Tribunal quanto ao ponto suscitado, diante da prolação, por exemplo, dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 2412/2012-TCU-Plenário, ambos no âmbito do mesmo processo (TC 034.565/2011-6), que opinaram contrariamente à

definição de pontuação e consequente cadastro reserva no caso da adoção do credenciamento. Tal fato foi abordado na instrução de mérito do TC 041.986/2012-1, conforme trechos transcritos abaixo:

5. Na oportunidade do exame dos elementos apresentados pelo banco, foi apontada a existência de possível incompatibilidade desse modelo com o entendimento do Tribunal adotado no Acórdão 408/2012-Plenário (TC 034.565-2011-6), que tratou de licitação similar pelo IRB-Brasil Resseguros S/A, em razão da forma de contratação adotada, ou seja, credenciamento com pontuação dos proponentes, com finalidade de distinção classificatória, uma vez que o procedimento permitiria apenas a atribuição de pontos para fins eliminatórios (peça 74, p. 2, itens 13-14).

(...)

8.14. A utilização do cadastro de reserva não apenas limita adequadamente o número de contratados, mas também possibilita a imediata substituição de prestadores, em razão de eventual quebra antecipada de contrato, uma vez que o prazo de dez dias para designação de novo procurador nos processos judiciais, conforme previsto no art. 5º, §3º, do Estatuto da OAB, não permite a realização de novo procedimento de licitação/contratação, ainda que em caráter emergencial (peça 86, p. 2-3).

8.15. O credenciamento a ser realizado pelo banco difere da contratação pretendida pelo IRB, embora sejam de objeto similar, pois a sua singularidade de atuação no mercado difere substancialmente daquela instituição, tanto em número de processos terceirizáveis (800 mil no BB e 3.800 no IRB), quanto em tipo de mercado, considerando que, até recentemente, o IRB detinha o monopólio de resseguros no Brasil, ao passo que o BB atua em ambiente extremamente competitivo, onde o índice de inadimplência e de recuperação de crédito impacta diretamente na formação da sua taxa de juros (peças 80, p. 5; e 86, p. 4).

(...)

b) ainda na instrução de mérito citada, muito embora tenha se discutido a existência do cadastro de reserva, abordou-se a razoabilidade da realização do credenciamento com o respectivo cadastro diante da grande quantidade de processos que devem ser repassados aos prestadores e do grande número de contratados, com impacto considerável na sua gestão. Em suma, foram apontados os seguintes aspectos quanto ao ponto na referida instrução:

(...)

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

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

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

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

(...)

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

(...)

c) assim, com base na análise efetuada no âmbito do TC 041.986/2012-1, os ministros do TCU acordaram, por unanimidade, em considerar concluído o processo de acompanhamento, em virtude de já ter-se analisado o referido modelo de contratação do Banco do Brasil S/A e arquivado o referido processo [Acórdão 145/2014-TCU-Plenário, relator: Ministro Valmir Campelo, por relação]. Desse modo, quanto a esse ponto, julga-se plausível acatar as razões de justificativa apresentadas pelo Banco do Brasil S/A e demais sociedades de advogados que perfilham o mesmo entendimento.

19.2. Entendemos que o ponto frágil na situação descrita não se refere à formação de um cadastro de reserva, mas ele ser formado a partir de uma condição classificatória das sociedades que participarem do credenciamento, por meio de estabelecimento de pontuação. Esse procedimento não se coaduna com os critérios previstos para o credenciamento, que pressupõe a contratação de todos os interessados, de forma paralela e não excludente. Ou seja, se não for possível contratar todos de uma vez, o chamamento deve ser feito, por exemplo, por meio de sorteio ou de outro critério que não envolva uma ordem baseada em pontuação, para que não se caracterize uma contratação direta indevida.

19.3. De fato, o item 4.9 do Edital 2013/16655 dispõe que (peça 4, p. 8; grifo nosso):

4.9 – O credenciamento não implica contratação, nem confere às sociedades de advogados direito subjetivo à exclusividade na prestação de serviços, assim como a contratação não implica pagamento de qualquer importância a título tão somente de contratação. **Havendo contratação, esta se dará de acordo com a ordem decrescente de pontuação, a que se refere o subitem 4.8.2.**

19.4. Esta Corte tem decidido pela ilegalidade, em credenciamento, do estabelecimento de critérios de classificação para a escolha de escritórios de advocacia pela administração. Nesse sentido, segue trecho do Voto do Ministro Valmir Campelo, Relator em sede do Acórdão 408/2012-TCU-Plenário:

21. Primeiramente, não poderá haver pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas interessadas. A pontuação deve ser utilizada apenas para fins eliminatórios, ou seja, apenas para determinar se a empresa possui qualidade mínima para executar o serviço pretendido. Uma vez alcançada a pontuação mínima, a interessada será credenciada, estando apta a ser contratada em igualdade de condições com todas as demais empresas que também logrem se credenciar. O edital deve, portanto, deixar claro que todas as empresas credenciadas estarão aptas à contratação, em igualdade de condições.

19.5. Decisão no mesmo sentido ocorreu em sede do Acórdão 141/2013-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues. Note-se também que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou o mesmo entendimento do TCU em sede do Recurso Especial 1.747.636 – PR, relatado pelo Ministro Gurgel de Faria, julgado em 3/12/2019 (peça 421, p. 19).

19.6. Desse modo, somos por realização de **ciência** à entidade sobre a seguinte impropriedade, identificada no Edital 2013/16655, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência

desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário.

[RATEIO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS COM A ASABB]

20. Item a.6 do Ofício 3991/2014-TCU/SECEx-RJ, de 16/12/2014 (peça 57): ***inclusão, nas minutas dos contratos a serem celebrados, de cláusula de rateio de honorários sucumbenciais com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil***

20.1. A Secex-RJ, em instrução de 22/2/2019 (peça 393), havia se manifestado nos seguintes termos (itens 130-152 da peça 393, p. 33-40):

Da posição de mérito da Serur acerca da destinação dos honorários sucumbenciais

130. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes colocações:

a) conforme comentado anteriormente, a Serur, unidade responsável pela instrução de mérito do pedido de reexame, conhecido como agravo pelo TCU, concluiu que a destinação dos honorários sucumbenciais pode ser objeto de acordo entre o empregador e o advogado empregado;

b) aquela unidade técnica do Tribunal asseverou que, existente o ajuste e presente a atuação compartilhada do corpo jurídico da empresa estatal e de sociedade de advogados contratada, cabe o rateio de verbas de sucumbência entre eles;

c) assim, a Serur considerou legítima a cláusula 6.2 prevista na minuta de contrato de honorários advocatícios, a ser firmado entre o Banco do Brasil e sociedades de advogados credenciados (peça 219).

Da posição da Secex-RJ acerca da destinação dos honorários sucumbenciais

131. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:

a) em cumprimento à determinação do relator (peça 292), a Secex-RJ procedeu ao exame de mérito do agravo de peça 172 e do documento de peça 287, consoante consta da instrução à peça 312;

b) inicialmente, a Secex-RJ lembrou que a questão debatida no agravo não foi objeto de questionamento nas peças vestibulares referentes ao processo de representação, ***vez que a alegada irregularidade constante da representação dizia respeito tão somente à legitimidade do modelo de credenciamento concebido pelo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo – Cenop Logística São Paulo, do Banco do Brasil S/A, para contratação de sociedade de advogados, conforme o Edital 2013/16655 (peça 1);***

c) aduziu a Secex-RJ que a discussão subjacente, relativa à previsão de cláusula contratual de rateio dos honorários sucumbenciais decorrentes da atuação dos escritórios terceirizados entre os advogados do contratante, por meio da Asabb, foi suscitada pelo ministro Benjamin Zymler, conforme voto revisor proferido no Acórdão 3.567/2014 – TCU – Plenário;

d) citando deliberações do Tribunal acerca da matéria (Decisão 390/2002 – TCU – Plenário, e Acórdãos 1.949/2003 – TCU – 2ª Câmara, 1.706 – TCU – Plenário, 462/2008 – TCU – Plenário, 5.090/2012 – TCU – 2ª Câmara), a Secex-RJ menciona que não é difícil depreender a orientação do TCU no sentido de considerar indevido o pagamento de honorários de sucumbência aos empregados das estatais que prestam serviço público, a exemplo da Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, e das que exploram atividade econômica em regime de monopólio, a exemplo do que ocorre com a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – Chesfe e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp;

e) no entanto, consignou a Secex-RJ que não foi colhido do repositório jurisprudencial posicionamento do TCU contrário ao pagamento da verba sucumbencial a advogados empregados de estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista que operam no mercado num ambiente de competição com a iniciativa privada, como sói acontecer com o Banco do Brasil S/A;

f) quanto ao mérito da questão subjacente, examinado a matéria sob a perspectiva estrita das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, a exemplo do Banco do Brasil S/A, a Secex-RJ aderiu à conclusão da Serur no sentido de que os advogados

empregados do Banco do Brasil S/A, por intermédio da Associação dos Advogados do Banco do Brasil – Asabb, terão direito ao rateio dos honorários de sucumbência, nas ações que forem objeto de transferência às sociedades credenciadas (conforme o Edital 2013/16655), desde que haja efetiva comprovação de que eles atuaram de forma compartilhada com os escritórios a serem contratados, conforme o item 6.2 da minuta do contrato (peças 312 e 4, p. 122);

g) acrescenta a Secex-RJ que, por ocasião da interposição do expediente recebido com agravo, a Asabb trouxe ao conhecimento do TCU a existência de acordo firmado com a estatal, em 23/7/2002, dispondo sobre a destinação dos honorários advocatícios de sucumbência, “em que restou definido que todos os honorários devidos aos advogados-empregados, por atuação em processos onde o Banco do Brasil S/A. é parte, devem ser depositados em um fundo comum para rateio entre todos os advogados empregados do Banco” (peça 172, p. 8);

h) o referido expediente informa, inclusive, que o próprio Banco do Brasil já havia juntado o referido acordo (peça 67, p. 96-103), depois de pedido do Tribunal decorrente do Acórdão 3.567/2014–TCU – Plenário (peça 53), tendo, inclusive, defendido o rateio (peça 67, p. 56-58);

i) assim, para esta unidade técnica, a cláusula de rateio de honorários a que se refere os itens 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato (peça 4, p. 122), não se reveste de natureza constitutiva de direitos à categoria dos advogados empregados da estatal, pois o conteúdo dos referidos itens serve para informar e dar transparência ao acordo celebrado há 12 anos, e ainda em vigor, entre o banco e a Asabb acerca do rateio de honorários, o que certamente repercute na esfera de interesses dos escritórios terceirizados que serão contratados.

j) dessa forma, concluiu a Secex-RJ acerca da necessidade de provimento do agravo, de maneira a tornar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015 – TCU – Plenário (peça 312).

Da posição do MPTCU acerca da interpretação do alcance do art. 85, § 19, do CPC

132. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:

a) como mencionado anteriormente, em resumo, o MPTCU perfilhou-se às conclusões da Serur (peça 219) e da Secex-RJ (peça 312), concluindo sobre o art. 85, § 19, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) o que se segue:

1. o dispositivo se refere aos advogados públicos em sentido amplo integrantes das carreiras dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta nas esferas federal, estadual, distrital e municipal, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista;

2. terá efeitos imediatos se, para determinada carreira de advogados públicos, houver lei regulamentadora da forma de percepção dos honorários de sucumbência;

3. no caso das empresas estatais de que trata o art. 173, § 1º, II, da Constituição, a norma do novo CPC não trouxe inovação, haja vista estarem sujeitas, por força de disposição constitucional, ao “regime jurídico próprio das empresas privadas”, sendo razoável concluir que a regulamentação da percepção de honorários de sucumbência ocorra por normas, acordos trabalhistas e regulamentos próprios da entidade, como se verifica com relação aos advogados empregados do Banco do Brasil;

4. não há elementos para afirmar a revogação do art. 4º da Lei 9.527/97 com base no art. 85, § 19, do novo CPC, porquanto o objeto jurídico a que se refere é mais amplo que apenas a “questão da percepção de honorários de sucumbência pelos advogados públicos”, bem assim é mais ampla a própria questão, considerando a necessidade de regulamentação da percepção das verbas sucumbenciais para as diversas carreiras de advogados públicos a condicionar os efeitos da norma do novo código para os advogados públicos em geral.

Da posição do ministro revisor acerca da destinação dos honorários sucumbenciais

133. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:

a) como já salientado pela Serur (peça 219), o ministro revisor, Benjamim Zymler, ao iniciar a divergência em relação à cláusula de rateio, em voto integrante do Acórdão 3.567/2014–Plenário (peça 50), considerou legítima a possibilidade de rateio dos honorários de sucumbência com os advogados

empregados, caso haja acordo nesse sentido, tendo como base o julgamento pelo STF da ADI 1.194/DF. Afirma que o pagamento de honorários aos advogados do Banco – ainda que por meio da associação de classe – deve ser objeto de acordo entre o empregador e a categoria e que não deve ser objeto do contrato de prestação de serviços com terceiros.

Da posição do ministro relator José Múcio Monteiro acerca da destinação dos honorários sucumbenciais

134. Quanto a esse ponto, cabem as seguintes considerações:

a) o ministro relator, em seu voto proferido no âmbito do Acórdão 2464-TCU-Plenário (peça 338), alega que o subitem 6.2 do edital 2013/1655 carece de amparo legal, porquanto impõe restrições ao recebimento integral dos honorários de sucumbência previstos no art. 85 do novo CPC;

b) o ministro relator destaca que para os advogados empregados, de forma geral, vale o estabelecido no Capítulo V, Título I, da Lei 8.906/1994 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB), especificamente no que tange ao art. 21, transcrito abaixo:

Art. 21. Nas causas em que for parte o empregador, ou pessoa por este representada, os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados.

Parágrafo único. Os honorários de sucumbência, percebidos por advogado empregado de sociedade de advogados são partilhados entre ele e a empregadora, na forma estabelecida em acordo.

c) entretanto, informa que posteriormente à edição dessa norma, o art. 4º da Lei 9.527/1997 criou restrição expressa em relação aos citados dispositivos, assim determinado:

Art. 4º. As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

d) assim, a seu ver, a lei vedou, expressamente, o direito dos causídicos do Banco do Brasil, assim como de advogados empregados de outras entidades e órgãos, ao recebimento de tais honorários. Foi apresentada, em consequência, ao STF ADI 3.396 contra o art. 4º da Lei 9.527/1997, ainda não tendo havido manifestação definitiva da Corte Suprema (peça 391);

e) salienta, inclusive, a necessidade de haver lei que disponha a respeito da sujeição das estatais que exercem atividades econômicas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme consta do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal. Cita, inclusive, a edição da recente Lei 13.303/2016, que não trata do direito a honorários advocatícios dos advogados de estatais que exercem atividade econômica, como os do Banco do Brasil (peça 338, p. 3);

f) quanto ao art. 85, § 19, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que estabelece que os advogados públicos percebam honorários de sucumbência, nos termos da Lei, o ministro relator faz menção à Lei 13.327/2016, que trata do recebimento de tais honorários sucumbenciais por parte de determinados cargos inerentes às carreiras jurídicas da Administração direta, autárquica e fundacional, como Advogado da União, Procurador Federal, da Fazenda Nacional, do Banco Central do Brasil e quadros suplementares jurídicos em extinção (peça 338, p. 4);

g) assim, a seu ver, para que a expressão advogados públicos do dispositivo do CPC seja estendido aos advogados de sociedade de economia mista, podendo-se concluir pela eventual revogação do art. 4º da Lei 9.527/1997 **se faz indispensável a edição de lei, em sentido estrito, para que se cumpra regularmente tal requisito**. Portanto, em sua opinião, não seria possível o recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados do Banco do Brasil (peça 338, p. 4);

h) na sequência, em novo voto proferido no âmbito do Acórdão 1366/2018-TCU-Plenário, o ministro relator afirma que os advogados do Banco do Brasil fazem jus mensalmente aos valores correspondentes à estrutura remuneratória, fixada mediante normativos próprios, válida para todos os empregados do banco indistintamente, assim como outros empregados que atuam, por exemplo, como contadores, engenheiros ou analistas de sistemas. No seu entendimento, considera que os honorários de sucumbência pertencem à própria instituição bancária, que já remunera seus advogados regularmente para

a prestação de seus serviços profissionais especializados (peça 367, p. 5);

i) posteriormente, o ministro relator proferiu novo voto no âmbito do Acórdão 2249/2018-TCU-Plenário, mantendo seu posicionamento demonstrado nos itens anteriores, constando do item 9.2 do referido acórdão a permissão, de modo precário, da continuidade dos repasses das parcelas dos honorários de sucumbência, tal como previsto no Edital 2013/16655, até que o mérito do processo seja apreciado, deixando assente que os valores recebidos a partir da ciência da presente decisão pelo Banco do Brasil e pela Asabb deverão ser devolvidos à instituição bancária, devidamente corrigidos, na hipótese de a deliberação definitiva confirmar a irregularidade dos pagamentos (peça 383);

j) por outro lado, deixa claro que o entendimento do Tribunal sobre a matéria poderá ser revisto, caso ocorra eventual edição de lei, em sentido estrito, dispondo especificamente sobre a percepção de honorários de sucumbência para advogados de sociedades de economia mista (peça 367, p. 5).

Do atual posicionamento da Secex-RJ no presente exame de mérito

135. Como exposto anteriormente, a Serur foi a unidade responsável pela instrução de mérito do pedido de reexame nos autos, conhecido como agravo pelo TCU, tendo concluído que a destinação dos honorários sucumbenciais pode ser objeto de **acordo** entre o empregador e o advogado empregado, com base no art. 23 da Lei 8.906/1994, que não integra o Capítulo V do Título I, além de decisões do STJ e STF nesse sentido (peça 219, p. 11-12). Assim, considerou legítima a cláusula 6.2 da minuta do contrato existente.

136. A Secex-RJ abordou que as deliberações do TCU são no sentido de considerar indevido o pagamento de honorários de sucumbência aos empregados das estatais que **prestam serviço público**, como a Companhia Nacional de Abastecimento – Conab e das que **exploram atividade econômica em regime de monopólio**, como a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – Chesf e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp, mas que não há, por ora, posicionamento do TCU contrário ao pagamento de verba sucumbencial a advogados empregados de estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, como é o caso do Banco do Brasil S/A.

137. Portanto, esta unidade técnica aderiu à conclusão da Serur no sentido de os advogados do Banco do Brasil S/A terem direito aos honorários de sucumbência nas ações em que forem objeto de transferência às sociedades credenciadas, **desde que haja efetiva comprovação de que eles atuaram de forma compartilhada com os escritórios a serem contratados**. Além disso, evidenciou-se a existência de **acordo** já firmado com a estatal, desde 23/7/2002, que versa sobre a destinação dos honorários advocatícios de sucumbência. Assim, considerou legítimas as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato existente.

138. Na sequência, o MPTCU, chamado a se pronunciar mais especificamente sobre o art. 85, § 19 do novo CPC e tendo aderido às conclusões da Serur e Secex-RJ, mencionou que as empresas estatais, com base no art. 173, § 1º, II, da CF/88, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo razoável concluir que a regulamentação da percepção de honorários de sucumbência ocorra por **normas, acordos trabalhistas e regulamentos próprios da entidade**, como é o caso do Banco do Brasil S/A.

139. Vale ainda lembrar que no presente processo, o ministro revisor, Benjamim Zymler, em voto integrante do Acórdão 3.567/2014-Plenário, considerou legítima a possibilidade de rateio dos honorários de sucumbência com os advogados empregados, no caso de haver **acordo** nesse sentido, tendo como base julgamento pelo STF da ADI 1.194/DF.

140. Ressalta-se, ainda, que esta unidade técnica, em consulta a sítios eletrônicos de busca, constatou menção a acordo sobre rateio de honorários sucumbenciais em outros órgãos, inclusive, no âmbito da Caixa Econômica Federal, instituição financeira federal, cuja natureza é de empresa pública, com características semelhantes ao Banco do Brasil S/A no que tange à exploração da atividade bancária concorrencial. A propósito, na reportagem, discutiu-se a respeito do pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados do BNDES (peça 392). Nesse contexto, constata-se que o assunto merece uma maior reflexão diante da existência de diversos posicionamentos e peculiaridades que contornam aquela entidade (BNDES) ou afins, não necessariamente pertinentes ao caso concreto, eis que não configurados os parâmetros ora considerados necessários, mencionados nos itens 136 a 139 anteriores.

141. Ainda, há correntes que afirmam que os honorários sucumbenciais já pertencem aos advogados, inclusive públicos, pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), e que no CPC, buscou-se a reafirmação

desse direito em outra lei. Por essa linha, há de se considerar que a inclusão dos honorários para advogados públicos no CPC, sendo, no presente caso, os advogados do Banco do Brasil S/A, pode vir a gerar, eventualmente, um aumento gradativo da quantidade de ações ajuizadas, correndo o risco de haver abuso em suas proposituras e um possível congestionamento processual.

142. Por outro lado, pode funcionar, alternativamente, como mais um estímulo ao melhor desempenho possível, uma vez que tais honorários somente serão pagos nas ações em que a Fazenda Pública sair vitoriosa. Desse modo, no contexto de uma administração gerencial voltada a resultados, como é o caso do Banco do Brasil S/A, o pagamento dos honorários aos advogados públicos não seria uma hipótese de se estar abrindo mão de recursos públicos, mas que poderia ser visto como um investimento em melhores resultados.

143. Ainda sobre o tema, há correntes que entendem que os honorários sucumbenciais não integram a remuneração do advogado público, ou seja, não integram a remuneração paga pela Fazenda Pública ao seu “servidor”. Isso porque os honorários sucumbenciais não são pagos pelos cofres públicos, e sim pela parte contrária, vencida na demanda. Além disso, enquanto a remuneração dos advogados públicos possui um caráter administrativo, os valores recebidos como honorários sucumbenciais possuem características civis.

144. Nesse sentido, é possível considerar que os honorários sucumbenciais não decorreriam do regime de contratação ou da política de remuneração estatal, tratando-se de retribuição profissional específica dos advogados, de natureza indenizatória, fixada caso a caso pelo Poder Judiciário e devida pela parte vencida. Portanto, os honorários seriam direito autônomo dos advogados públicos e sua consideração em verba pertencente à Fazenda Pública poderia ser alegada como apropriação indébita dos recursos, cuja titularidade seria do advogado, como observado no RE 407.908/RJ-STF, por meio do qual os honorários sucumbenciais foram desconsiderados como patrimônio da sociedade de economia mista (peça 172, p. 16).

145. Assim, seria possível supor que o não recebimento dos honorários sucumbenciais feriria o direito à propriedade, uma vez que o estatuto prevê que os honorários pertencem ao advogado. Nessa linha, sendo a Fazenda Pública vencedora na ação, a verba sucumbencial é arcada pelo perdedor, o que descartaria a argumentação de que esse valor seria integrado aos cofres públicos ou sua distribuição constituiria prejuízo ao erário, uma vez que não advém de ato praticado pela administração.

146. Em que pese não ser objeto primordial da presente demanda, outro ponto importante a ser considerado, como já abordado pela Serur (peça 219, p. 13), refere-se à remuneração do advogado público ou empregado, incluindo-se a verba sucumbencial, estar limitada ao teto remuneratório constitucional (STF, Re-AgR 225263/SP, Rel Min. Ellen Gracie; RE 312026, Rellmar Galvão). Entretanto, segundo o art. 37, XI, da CF/88, com redação dada pela EC 41/03, a empresa pública e sociedade de economia mista somente são alcançadas pelo teto se receberem recursos da União, Estados, do DF ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio geral, conforme prevê o § 9º do art. 37 da CF/88. Assim, propor-se-á dar **encaminhamento** de cópia da presente instrução à SecexFazenda, para adoção das providências que entender cabíveis, quanto à questão atinente à possibilidade de recebimento pelos advogados empregados do Banco do Brasil S/A de remuneração acima do teto constitucional (CF, art. 37, §§ 4º e 9º da CF), computadas as parcelas relativas aos honorários de sucumbência eventualmente percebidos nas causas em que a entidade for parte vencedora, nas quais os advogados tenham atuado efetivamente.

147. Nesse contexto, no que tange à análise propriamente dita do processo em tela, com base nos diversos posicionamentos anteriormente exarados e suas respectivas fundamentações legais e jurisprudenciais, bem como nas respostas às oitivas sobre o tema, **esta unidade técnica considera adequadas (com a ressalva de observância de eventual edição de norma regulamentadora com vistas a definir, no sentido estrito, seus critérios legais e operacionais, conforme explicado no item 151, a seguir), as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato existente, quanto ao rateio dos honorários sucumbenciais aos advogados do Banco do Brasil S/A, tornando sem efeito o item 9.2 do Acórdão 2249/2018-TCU-Plenário**, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada.

148. Convém ressaltar que a ressalva evidenciada acima se refere ao repasse e rateio das parcelas dos honorários de sucumbência, o qual, hoje, é efetuado pela Associação dos Advogados do Banco do Brasil. Segundo informações obtidas junto ao sítio eletrônico asabb.org.br/institucional, a criação da referida Associação foi impulsionada pela formação de um grupo de trabalho com o intuito de estudar e propor

critérios visando o cumprimento da Lei 8.906/94, principalmente quanto à jornada de trabalho e pagamento dos honorários de sucumbência, que, até então, **ficavam sob responsabilidade do próprio banco**. Assim, foi consenso nesse grupo a criação de uma associação que se encarregasse da administração, rateio e pagamento dos honorários diretamente para os advogados empregados, tendo tido origem a Asabb, em 20/1/1995.

149. A Associação é uma **entidade de classe**, na forma de **associação civil, sem fins lucrativos**, que tem como objetivos gerais a defesa dos interesses dos associados e de cunho representativo, a melhoria das condições de trabalho e outras questões sociais envolvendo seus integrantes.

150. Pois bem. Muito embora a Associação tenha sido criada com a finalidade de gerenciar e operacionalizar os recursos recebidos frutos de honorários sucumbenciais devidos aos advogados empregados, entende-se mais adequado, mediante regulamentação específica balizadora de acordos da espécie, firmados pela administração e partes interessadas, haver definição sobre critérios quanto ao gerenciamento das informações que devem ser de domínio da empresa estatal para gestão contratual e em relação à delimitação de responsabilidades aplicáveis à entidade pública quanto ao assunto. No caso destes autos, o Banco do Brasil é a entidade de natureza pública responsável e, nesse sentido, em tese, centralizadora de toda a efetiva gestão contratual e demais competências pertinentes à execução dos contratos, como os pagamentos das prestadoras de serviços advocatícios. Considerando os princípios administrativos aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista, normativo específico poderia melhor disciplinar o tema, em especial quanto a critérios essenciais de não ingerência na gestão contratual, cálculo de rateio e responsabilidades do ente público quanto a essa distribuição, considerando que cabe à instituição ser detentora do domínio das informações e compromissos financeiros, internos e externos, quanto aos contratos de sua ingerência, inclusive quanto aos eventuais pagamentos dos salários e outras despesas de pessoal próprio, isto é, referentes a seus empregados, incluindo-se, nesse grupo, seus advogados.

151. Explica-se. Nas inúmeras ações que o Banco conduz, há a participação de advogados empregados de forma ou não concomitante aos advogados de sociedades de advogados contratadas. Assim, no caso do Banco se sagrar vitorioso em causa judicial, ocorrerá o rateio dos honorários sucumbenciais entre os advogados que nelas atuaram. **Portanto, para que possa haver um maior controle sobre tais pagamentos, sendo de advogados empregados e/ou de advogados das sociedades de advogados contratadas, o adequado seria a centralização desses pagamentos pelo próprio Banco. Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso de eventuais ações judiciais a serem impetradas no que tange a esses honorários, de certo que serão movidas contra o Banco do Brasil S/A e não contra a dita Associação. Desse modo, quanto à arrecadação e distribuição dos honorários advocatícios auferidos pelos advogados empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, atualmente previstas em acordo interno com a Asabb, seria adequada a edição de norma regulamentadora com vistas a definir, no sentido estrito, seus critérios legais e operacionais.**

152. Nesse sentido, considera-se cabível expedir **recomendação** à Casa Civil da Presidência da República no sentido de que aquele órgão estude a possibilidade de que seja regulamentada, mediante proposição e promulgação de lei em sentido estrito, a operacionalização do pagamento de honorários sucumbenciais aos advogados de empresas estatais e sociedades de economia mista, levando-se em consideração os seguintes pontos:

- a) natureza dos honorários de sucumbência, se administrativa ou civil, e suas implicações legais;
- b) aplicabilidade de limitação do recebimento da verba sucumbencial ao teto remuneratório constitucional;
- c) critérios legais e operacionais relevantes à delimitação do gerenciamento contratual a cargo de empresa pública ou sociedade de economia mista contratante e das responsabilidades a ela aplicáveis quanto ao recebimento e rateio de honorários sucumbenciais, derivados de execução de contrato administrativo, por pessoa jurídica de natureza privada distinta da contratante pública, não integrante de sua estrutura ou grupo, e externa à gestão e relação contratual;
- d) outras medidas consideradas indispensáveis à sua regulamentação.

20.2. Na instrução anterior (peça 407), realizada por esta Secretaria, em 15/3/2021, em razão da superveniência do julgamento da ADI 6.053/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em 24/6/2020,

considerou-se a validade da referida cláusula de rateio dos honorários de sucumbência (peça 407, p. 17):

c) conforme análise efetuada pelas unidades técnicas deste Tribunal, bem como em face do Acórdão 145/2014-TCU-Plenário, a questão relativa à legalidade do processo previsto no Edital de Credenciamento 2013/16655 foi considerada superada. Assim, propor-se-á que a revogação da medida cautelar, constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, seja considerada, no presente exame de mérito, em caráter definitivo, quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital;

d) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6.053-DF, enfrentou diretamente o tema da titularidade dos honorários sucumbenciais nas ações em que a Fazenda Pública é vencedora, tendo se posicionado favoravelmente à concessão da vantagem aos advogados públicos;

e) conforme posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.552-DF [nos fundamentos da concessão da medida cautelar naquela ação: ADI 1.552 MC/DF], bem como considerando o julgamento da ADI 6.053-DF, entende-se que nas causas em que figurem como parte empresa pública e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, em regime concorrencial com a iniciativa privada, como no presente caso o Banco do Brasil, os honorários de sucumbência fixados em sentença pertencem, em regra, aos advogados empregados, tendo em vista o disposto nos arts. 21 e 23 da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil c/c com o art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal;

f) considera-se que a cláusula de rateio dos honorários de sucumbência em favor dos advogados empregados do Banco do Brasil, quando efetivamente atuarem de forma compartilhada com as sociedades terceirizadas, de acordo com os itens 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato constante do Edital 2013/16655, se encontra em consonância com o ordenamento jurídico, diante do acordo anteriormente celebrado entre associação e a instituição financeira (peça 67, p. 96-103).

20.3. Mantemos o mesmo entendimento proferido por ocasião da mencionada instrução.

[CONCLUSÕES SOBRE OS TÓPICOS DA OITIVA DO BB]

21. Ante todo o exposto, em atendimento ao item 18 do Despacho de peça 414 do então Relator, Ministro Raimundo Carreiro (peça 414, p. 9-10), manifestamos o entendimento de que não há impropriedade no uso do credenciamento para contratação de escritórios de advocacia por entidades sujeitas à Lei 13.303/2016, desde que atendidos princípios e regras básicas quanto a esse instituto, insculpidos na jurisprudência desta Corte (a exemplo do Acórdão 2977/2021-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Weder de Oliveira) e, como boa prática, no art. 79 da Lei 14.133/2021 (itens 16.8 a 16.13 desta instrução).

22. Desse modo, somos pela manutenção da proposta de encaminhamento constante da peça 407 (item 65 da peça 407, p. 17-18), com a inclusão da ciência constante no item 19.6 desta instrução.

PROCESSOS CONEXOS

23. O TC 012.423/2014-9 (apensado a estes autos) trata igualmente de representação acerca do procedimento objeto do citado edital 2013/16655, por meio do qual o Banco do Brasil pretendia credenciar sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica ao Banco do Brasil S/A, às suas subsidiárias e à Fundação Banco do Brasil, sem exclusividade e sem vínculo empregatício, em uma ou mais áreas de atuação especificadas.

24. O Relator do TC 012.423/2014-9, Ministro José Múcio Monteiro, em Voto datado de 9/12/2014 (peça 80 do TC 012.423/2014-9), propôs as seguintes deliberações (peça 80 do TC 012.423/2014-9, p. 3):

“9.1 conhecer da representação elaborada por Virginia de Jesus Aguiar Gomes para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2 conhecer da representação elaborada por Alysson Kennerly Colaciti para, no mérito, considerá-la

parcialmente procedente;

9.3 determinar ao Cenop Logística São Paulo que:

9.3.1 conclua, até 15 (quinze) dias antes da homologação do Credenciamento 2013/16655 (7421), as diligências previstas nos itens 4.7 e 6.4.6 do edital do referido certame, elaborando os relatórios contendo manifestação acerca da veracidade e da fidedignidade dos documentos e informações apresentados pelos escritórios selecionados para contratação;

9.3.2 divulgue, no mesmo prazo especificado no item anterior, na página do Banco do Brasil na internet, destinada às publicações relativas ao andamento do referido certame, os relatórios contendo os resultados das verificações a que se refere o item precedente;

9.3.3 junte aos autos do processo relativo àquele procedimento licitatório, no mesmo prazo, os relatórios mencionados nos itens anteriores; e

9.3.4 comunique a este Tribunal, em até 10 (dez) dias antes da homologação do Credenciamento 2013/16655 (7421), a implementação das providências acima ordenadas;

9.3.5 no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência dessa deliberação, dê conhecimento a todos os licitantes das determinações expedidas nos subitens 9.3.1 a 9.3.3;

9.4 dar ciência ao Cenop Logística São Paulo de que a existência de inquérito em curso com o objetivo de apurar indícios de autoria e materialidade de suposto crime imputado a participantes do Credenciamento 2013/16655 (7421) não impede a realização de verificação por parte do Banco do Brasil quanto à veracidade e à fidedignidade dos documentos e informações por eles apresentados no âmbito do referido certame;

9.5 dar ciência ao Cenop Logística São Paulo de que, constatando supostos atos ilícitos com potencial de frustrar os objetivos da licitação, é dever do administrador público instaurar procedimento específico para apurar o fato e, confirmando-o, aplicar a sanção prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, em razão do que dispõe o inciso II do art. 88 da mesma lei;

9.6 dar conhecimento deste acórdão aos representantes;

9.7 arquivar os autos deste processo.”

25. *Apreciado na sessão plenária extraordinária de 9/12/2014, o TC 012.423/2014-9 foi objeto de Voto Revisor, apresentado pelo Ministro Benjamin Zymler, nos seguintes termos (peça 83 do TC 012.423/2014-9, p. 1):*

O motivo que me fez solicitar vista foi examinar com mais cuidado o modelo adotado pelo Banco que, em princípio, não se enquadrava como um credenciamento típico, haja vista a adoção de critérios de pontuação e posterior exclusão de participantes que não se classificassem dentro do número de “vagas” a serem contratadas.

O exame da matéria foi feito por mim nos autos do TC 018.515/2014-2, ocasião em que propus fosse deferida medida cautelar, por entender que o Banco está adotando procedimento licitatório e regras contratuais que se afastam das disposições contidas na Lei 8.666/1993.

Além disso, observei que a minuta de contrato a ser celebrado prevê que parte dos honorários advocatícios, em situações específicas, seja destinada à Associação dos Advogados do Banco do Brasil. Por entender que essa matéria é estranha à relação contratual que se estabelecerá entre o contratante e as contratadas, entendi que o contrato não pode conter tal cláusula (item 6.2 da minuta de contrato).

Assim sendo, uma vez que a matéria foi examinada no TC 018.515/2014-2, com o qual o presente feito possui conexão, proponho que seja o processo apensado àquele.

26. *Em sequência, Voto Complementar do Relator do TC 012.423/2014-9 (peça 79) ensejou o Acórdão 3.566/2014-TCU-Plenário, com as seguintes deliberações (peça 81 do TC 012.423/2014-9):*

9.1 conhecer das representações formuladas por Virgínia de Jesus Aguiar Gomes e Alysson Kennerly Colaciti;

9.2. apensar este processo ao TC 018.515/2014-2.

27. *Tendo se chegado a uma proposta de mérito, nos termos do item 22 desta instrução, cabe*

a realização da proposta de acórdão constante da peça 80, p. 3, do TC 012.423/2014-9 (item 24 desta instrução), no tocante a considerar a representação elaborada por Virginia de Jesus Aguiar Gomes como improcedente, e a representação elaborada por Alysson Kennerly Colaciti como parcialmente procedente (itens 9.1 e 9.2 da citada proposta). Entendemos que, dado o tempo transcorrido, não cabe a inclusão, na proposta de encaminhamento, dos itens 9.3 a 9.5 da mencionada proposta de acórdão, datada de 9/12/2014 (peça 80 do TC 012.423/2014-9, p. 3):

9.3 determinar ao Cenop Logística São Paulo que:

9.3.1 conclua, até 15 (quinze) dias antes da homologação do Credenciamento 2013/16655 (7421), as diligências previstas nos itens 4.7 e 6.4.6 do edital do referido certame, elaborando os relatórios contendo manifestação acerca da veracidade e da fidedignidade dos documentos e informações apresentados pelos escritórios selecionados para contratação;

9.3.2 divulgue, no mesmo prazo especificado no item anterior, na página do Banco do Brasil na internet, destinada às publicações relativas ao andamento do referido certame, os relatórios contendo os resultados das verificações a que se refere o item precedente;

9.3.3 junte aos autos do processo relativo àquele procedimento licitatório, no mesmo prazo, os relatórios mencionados nos itens anteriores; e

9.3.4 comunique a este Tribunal, em até 10 (dez) dias antes da homologação do Credenciamento 2013/16655 (7421), a implementação das providências acima ordenadas;

9.3.5 no prazo de 5 (cinco) dias contados da ciência dessa deliberação, dê conhecimento a todos os licitantes das determinações expedidas nos subitens 9.3.1 a 9.3.3;

9.4 dar ciência ao Cenop Logística São Paulo de que a existência de inquérito em curso com o objetivo de apurar indícios de autoria e materialidade de suposto crime imputado a participantes do Credenciamento 2013/16655 (7421) não impede a realização de verificação por parte do Banco do Brasil quanto à veracidade e à fidedignidade dos documentos e informações por eles apresentados no âmbito do referido certame;

9.5 dar ciência ao Cenop Logística São Paulo de que, constatando supostos atos ilícitos com potencial de frustrar os objetivos da licitação, é dever do administrador público instaurar procedimento específico para apurar o fato e, confirmando-o, aplicar a sanção prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666/1993, em razão do que dispõe o inciso II do art. 88 da mesma lei;

28. O TC 003.626/2003-8 (apensado a estes autos), por sua vez, cuida de denúncia encaminhada ao Tribunal com fulcro no art. 53 da Lei 8.443/92, versando sobre: contratação irregular de advogados no âmbito do Banco do Brasil S.A., em oposição ao preconizado no Art. 37, II, da Constituição Federal; paralisação da cobrança judicial envolvendo operações com recursos desviados da Agência Especial de Financiamento Industrial – FINAME; recusa, pelo Banco do Brasil, de pagamento dos valores supostamente devidos a título de contraprestação pelos serviços de advocacia prestados como advogado autônomo, em desacordo com o previsto na Lei 8.906/94; e recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados empregados do Banco do Brasil.

29. No âmbito daquele processo, esta Corte proferiu o Acórdão 1.812/2005-TCU-Plenário, a seguir transcrito:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, de 9/11/2005, ACORDAM, por unanimidade, com fundamento nos arts. 1º, inciso XVI, e 43, inciso I, 53 e 55 da Lei 8.443/92, c/c os arts. 143, 234 a 236, e 250 do Regimento Interno, quanto ao processo a seguir relacionado, em conhecer da denúncia, considerá-la parcialmente procedente, ordenar a adoção das seguintes medidas e fazer as seguintes determinações, dando-se ciência ao denunciante e mantendo-se o sigilo da autoria da presente denúncia, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

1.1. Informar ao Banco do Brasil S.A. que o art. 4º da Lei 9.527/97 aplica-se integralmente à referida sociedade de economia mista, sendo ilegal a constituição do citado acordo com a Associação dos Advogados do Banco do Brasil ou com qualquer outra entidade congênere para repasse de honorários advocatícios de sucumbência aos advogados empregados;

1.2. Determinar ao Banco do Brasil que:

1.2.1. *pare de repassar os honorários de sucumbência à ASABB ou a qualquer outra entidade congênere, que vise a possibilitar o pagamento desses honorários aos advogados empregados da instituição;*

1.2.2. *adote, no prazo de cento e vinte dias, a contar desta decisão, as medidas necessárias para que os recursos repassados à Associação dos Advogados do Banco do Brasil — ASABB — desde 11/04/2002, data em que cessou a eficácia da Medida Cautelar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.552, referentes a honorários de sucumbência recebidos de terceiros, provenientes de causas e incidentes processuais que tiveram acompanhamento por advogados empregados do Banco, sejam restituídos ao Banco do Brasil S.A.;*

1.2.3. *adote, com fulcro no art. 45, caput, da Lei 8.443/92, o prazo de cento e vinte dias, a contar desta decisão, as providências necessárias ao exato cumprimento do art. 4º da Lei 9.527/97;*

1.3. *dê ciência ao denunciante de que:*

1.3.1. *não compete ao Tribunal apreciar pleito no interesse de particular, conforme Decisão 657/2000-Plenário (relator: Ministro Marcos Vileça. DOU de 30/8/2000), como é o caso da pendência sobre o pagamento de honorários advocatícios pelo Banco do Brasil;*

1.3.2. *a denúncia relativa à ascensão de empregados da carreira administrativa do Banco do Brasil ao quadro de advogados da mesma instituição está sendo tratada no TC-6.435/2003-0 (Denúncia), ao qual foram juntadas cópias de peças do presente processo, bem assim de que tão logo tal processo seja apreciado pelo Tribunal, ser-lhe-á comunicado a respeito;*

1.3.3. *a denúncia relativa aos desvios de recursos em operações de crédito contratadas com recursos da FINAME pelo Grupo Rodomar junto ao Banco do Brasil em agências no Estado do Pará está sendo apurada no TC-015.266/2003-4, apreciado pelo Plenário do Tribunal, nos termos do Acórdão 39/2005.*

30. *Todavia, em virtude de vício insanável decorrente da inexistência do chamamento da ASABB aos autos, o Acórdão 122/2006-TCU-Plenário tornou insubsistente o Acórdão 1.812/2005-TCU-Plenário, prosseguindo-se o feito com a oitiva à ASABB.*

31. *Feita a oitiva, a análise da unidade técnica (instrução de peça 15, p. 3-12 do TC 003.626/2003-8) divergiu do Acórdão 1.812/2005-TCU-Plenário, propondo a legalidade do acordo firmado entre o BB e a ASABB.*

32. *O Parecer do MPTCU (peça 15, p. 19-21, do TC 003.626/2003-8) propôs encaminhamento idêntico ao Acórdão 1.812/2005-TCU-Plenário, ou seja, o fim do pagamento desses honorários à entidade. Nada obstante, informou sobre a existência da ADI 3.396-DF que tramitava no Supremo Tribunal Federal, na qual é arguida a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 9.527/1997.*

33. *À vista disso, o Ministro-Relator, em Despacho constante da peça 15, p. 47, do TC 003.626/2003-8, optou pelo sobrestamento do processo até ulterior manifestação acerca da ADI 3.396-DF pela Suprema Corte.*

34. *Posteriormente, em instrução contida à peça 35 do TC 003.626/2003-8, a então Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional sugeriu o apensamento definitivo do referido processo ao TC 018.515/2014-2, pelos motivos a seguir expostos:*

Do levantamento do sobrestamento e apensamento deste feito ao TC 018.515/2014-2

16. *Primeiramente, há que se destacar que, apesar da ausência de uma manifestação definitiva do Supremo quanto à ADI 3396, a existência dessa ação, além das suas repercussões sobre o tema, também subsidia o TC 018.515/2014-2, conforme excerto do voto condutor do Acórdão 2464/2017 Plenário, a saber:*

Por oportuno, assinalo que foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal (STF) Ação Direta de Inconstitucionalidade (3.396) contra o art. 4º da Lei 9.527/1997. No entanto, ainda não houve manifestação definitiva da Corte Suprema.

17. *Dessa forma, diante do exposto, percebe-se claramente que ambos os processos tratam exatamente sobre o mesmo tema, qual seja, a análise da regularidade do pagamento de honorários advocatícios*

pelo Banco do Brasil à ASABB, sendo conveniente sua tramitação conjunta a fim de evitar a duplicidade de esforços na condução em processos distintos, mas conexos.

18. Sendo assim, considerando ser o TC 018.515/2014-2 mais atual e estar efetivamente em tramitação, propõe-se, além do levantamento do sobrestamento do presente processo, o apensamento deste feito ao TC 018.515/2014-2.

35. Constatamos, em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal (STF), que ainda não há uma manifestação definitiva da referida Corte à ADI 3396 (peça 422), de modo que o entendimento presente na transcrição supra se mantém.

36. Em Despacho contido na peça 38 do TC 003.626/2003-8, o Ministro-Relator Vital do Rêgo acolheu a proposta de retirada de sobrestamento e de apensamento dos autos ao TC 018.515/2014-2, com fundamento nos arts. 36 e 40, inciso III, da Resolução TCU 259/2014.

37. Com efeito, cabe destacar que, além da questão relativa ao recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados empregados do Banco do Brasil, a qual de fato está sendo analisada neste TC 018.515/2014-2, há no TC 003.626/2003-8 outros pontos que restaram pendentes em face da declaração de insubsistência do Acórdão 1.812/2005-TCU-Plenário (vide item 1.3 do referido decisor). Desse modo, cabe desapensar o TC 003.626/2003-8 e encaminhá-lo à Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional – SecexFinanças, para exame e instrução, nele incluindo-se cópia da deliberação, relatório e voto que vierem a ser proferidos nos presentes autos.

CONCLUSÃO

38. Em atendimento ao item 18 do Despacho de peça 414 do então Ministro-Relator (peça 414, p. 9-10), manifestamos o entendimento de que não há impropriedade no uso do credenciamento para contratação de escritórios de advocacia por entidades sujeitas à Lei 13.303/2016, desde que atendidos princípios e regras básicas quanto a esse instituto, insculpidos na jurisprudência desta Corte (a exemplo do Acórdão 2977/2021-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Weder de Oliveira) e, como boa prática, no art. 79 da Lei 14.133/2021 (itens 16.8 a 16.13 e 21 desta instrução).

39. Somos pela manutenção da conclusão constante na instrução de peça 407, nos seguintes termos:

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

b) as determinações realizadas em oitiva constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário podem ser consideradas como atendidas;

c) propor-se-á que a revogação da medida cautelar, constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, seja considerada, no presente exame de mérito, em caráter definitivo, quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital;

d) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6.053-DF, enfrentou diretamente o tema da titularidade dos honorários sucumbenciais nas ações em que a Fazenda Pública é vencedora, tendo se posicionado favoravelmente à concessão da vantagem aos advogados públicos;

e) conforme posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 1.552-DF [nos fundamentos da concessão da medida cautelar naquela ação: ADI 1.552 MC/DF], bem como considerando o julgamento da ADI 6.053-DF, entende-se que nas causas em que figurem como parte empresa pública e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, em regime concorrencial com a iniciativa privada, como no presente caso o Banco do Brasil, os honorários de sucumbência fixados em sentença pertencem, em regra, aos

advogados empregados, tendo em vista o disposto nos arts. 21 e 23 da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil c/c com o art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal;

f) considera-se que a cláusula de rateio dos honorários de sucumbência em favor dos advogados empregados do Banco do Brasil, quando efetivamente atuarem de forma compartilhada com as sociedades terceirizadas, de acordo com os itens 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato constante do Edital 2013/16655, se encontra em consonância com o ordenamento jurídico, diante do acordo anteriormente celebrado entre associação e a instituição financeira (peça 67, p. 96-103).

40. *Somos por realização de ciência à entidade sobre a seguinte impropriedade, identificadas no Edital 2013/16655, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:*

a) utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário.

41. *Adicionalmente, deverão ser consideradas, na proposta de encaminhamento, no que toca ao mérito das representações constantes do TC 012.423/2014-9, os itens 9.1 e 9.2 da proposta de acórdão constante da peça 80, p. 3, do TC 012.423/2014-9 (item 27 desta instrução).*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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

b) considerar improcedente a representação elaborada por Virginia de Jesus Aguiar Gomes (CPF 249.855.358-42) em sede do TC 012.423/2014-9;

c) considerar parcialmente procedente a representação elaborada por Alysson Kennerly Colaciti (CPF 311.639.298-67) em sede do TC 012.423/2014-9;

d) considerar as determinações constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, realizadas em oitiva, como atendidas;

e) considerar definitiva a revogação da medida cautelar constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital de credenciamento;

f) considerar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário, mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada, com a ressalva de que os advogados terão direito a honorários somente nas causas em que efetivamente participarem da ação judicial;

g) dar ciência ao Banco do Brasil, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade, identificadas no Edital 2013/16655, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

g.1) utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário;

h) desapensar o TC 003.626/2003-8 e encaminhá-lo à Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional - SecexFinanças, para exame e instrução, nele incluindo-se cópia da

deliberação, relatório e voto que vierem a ser proferidos nos presentes autos;

i) informar à Advocacia-Geral da União, à Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A - ASABB, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S/A e aos representantes destes autos e do TC 012.423/2014-9 do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

j) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

3. Após a inclusão deste processo na pauta da sessão plenária do dia 9/3/2022, o Banco do Brasil apresentou memorial, contendo, entre outras, as seguintes informações e pedidos:

- quanto à conclusão da unidade técnica sobre a impropriedade de utilizar “pontuação para classificação das empresas credenciadas”, o Banco do Brasil vem “acatando as conclusões da Selog/TCU, requerer sejam ratificadas as contratações realizadas em decorrência do Edital 2013/16655, por meio de credenciamento, inclusive em respeito ao princípio da segurança jurídica”;

- “considerando que a questão já resta superada, com o BB, inclusive, utilizando outra modalidade de contratação na última licitação realizada para a seleção de sociedades para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica (Edital nº 2020/03120, de dezembro de 2020), entende-se não haver necessidade de expedição de ciência para o Banco, podendo ser excluído o “item g” proposto na Instrução da Unidade Técnica, o que desde já se requer”;

- “a previsão na minuta do contrato de prestação de serviços, de rateio dos honorários sucumbenciais, apenas resguarda aos advogados empregados do Banco o direito legalmente assegurado pela Lei nº 8.906/941 (Estatuto da Advocacia), pelo Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB e, também, pelo Código de Processo Civil, ao recebimento de parcela de verba honorária sucumbencial quando estes, ao longo de determinada ação judicial, tenham praticado atos processuais”;

- “o Banco do Brasil, ao prever o rateio de honorários entre as sociedades de advogados contratadas e os advogados empregados, busca fazer cumprir a legislação que determina que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados que atuaram no processo e, também, atender ao que foi contratualmente estipulado com a ASABB”;

- “o Banco do Brasil, ratificando suas manifestações anteriores nesse processo, requer o acolhimento da proposta de encaminhamento da Unidade Técnica, apenas com a exclusão da expedição de ciência (‘item g’ da Instrução), permitindo-se a manutenção de todas as cláusulas previstas no Edital de Licitação [sic] nº 2013/16655 e na minuta de contrato que o integra, inclusive a que diz respeito ao rateio de honorários de sucumbência nos processos em que houver participação de advogados empregados do Banco do Brasil.”

4. Em vista disso, solicitei a exclusão de pauta para cotejar as informações prestadas no memorial com as disposições do Edital nº 2020/03120, em que o Banco do Brasil adotou a licitação em substituição ao credenciamento.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de representações formuladas por Ayrton Dias Camargo (peças 1 e 2) e pelos escritórios de advocacia Natividade e Gonçalves Sociedade de Advogados e Pereira Gionédis Advocacia (peças 3 a 5), nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, a noticiar supostas irregularidades vinculadas ao procedimento versado no Edital 2013/16655, sob a responsabilidade do Banco do Brasil S/A (BB), voltado ao credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica.

2. Basicamente, foram enfrentados os seguintes questionamentos:

a) legalidade do modelo de contratação de escritórios de advocacia via credenciamento, por não estar previsto na Lei 8.666/1993, aplicável ao Edital 2013/16655;

b) transferência de valores de honorários de sucumbência à Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB), para posterior repasse aos advogados funcionários do BB;

c) previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto;

d) não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993;

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

f) criação de cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655;

3. Foram apensados aos presentes autos os seguintes processos:

- TC 003.626/2003-8, relativo a denúncia igualmente relacionada à aferição da “regularidade do pagamento de honorários advocatícios pelo Banco do Brasil à ASABB”;

- TC 012.423/2014-9, representação em face do credenciamento de “sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica ao Banco do Brasil S/A, às suas subsidiárias e à Fundação Banco do Brasil, sem exclusividade e sem vínculo empregatício”.

4. Por meio do **Acórdão 3.567/2014-Plenário** (redator: Ministro José Múcio Monteiro; revisor: Ministro Benjamin Zymler), as representações versadas nestes autos foram conhecidas e ordenada a suspensão cautelar do certame, posteriormente revogada por meio do **Acórdão 532/2015-Plenário** (relator: Ministro José Múcio Monteiro), com determinação à Cenop Logística São Paulo do Banco do Brasil S/A, unidade responsável pelo procedimento, que reformulasse o Edital 2013/16655, de modo a excluir da minuta dos contratos “itens alheios à relação jurídica entre o banco e as futuras contratadas, em especial os que tratem de rateio de honorários advocatícios para a Associação dos Advogados do Banco do Brasil”.

5. No subsequente **Acórdão 1.366/2018-Plenário** (relator: Ministro José Múcio Monteiro), proferido em sede de embargos de declaração contra o Acórdão 532/2015-TCU-Plenário (do mesmo relator), o Tribunal reformulou parcialmente a determinação anterior, clareando-lhe o sentido, para determinar cautelarmente que “o compartilhamento dos recursos referentes aos honorários advocatícios seja feito exclusivamente entre a sociedade de advogados contratada e o Banco do Brasil S/A”. Na mesma deliberação, recomendou ao Banco do Brasil que, até a manifestação definitiva deste Tribunal neste processo, efetuasse “o depósito, em conta específica, dos valores dos honorários de sucumbência que, de acordo com as regras originais do Edital 2013/16655, seriam repassados à Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB), para que, no caso de modificação do

entendimento do TCU, possa haver o repasse à associação”.

6. Opostos novos embargos, o Tribunal decidiu, mediante o **Acórdão 2.249/2018-Plenário** (relator: Ministro José Múcio Monteiro), autorizar, “de modo precário, a continuidade dos repasses das parcelas dos honorários de sucumbência, tal como previsto no Edital 2013/16655, até que o mérito deste processo seja apreciado, deixando assente que os valores recebidos a partir da ciência da presente decisão pelo Banco do Brasil e pela ASABB deverão ser devolvidos à instituição bancária, devidamente corrigidos, na hipótese de a deliberação definitiva confirmar a irregularidade dos pagamentos”.

7. Após exauriente fase de instrução, incluindo a oitiva das partes e do Ministério Público de Contas, a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) ratificou suas análises anteriores e exarou as seguintes conclusões e proposta de encaminhamento, formuladas em 10/02/2022:

CONCLUSÕES

38. (...) *não há impropriedade no uso do credenciamento para contratação de escritórios de advocacia por entidades sujeitas à Lei 13.303/2016, desde que atendidos princípios e regras básicas quanto a esse instituto, insculpidos na jurisprudência desta Corte (a exemplo do Acórdão 2977/2021-TCU-Plenário, de Relatoria do Ministro Substituto Weder de Oliveira) e, como boa prática, no art. 79 da Lei 14.133/2021 (itens 16.8 a 16.13 e 21 desta instrução).*

39. (...)

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

b) as determinações realizadas em oitiva constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário podem ser consideradas como atendidas;

*c) (...) que a **revogação da medida cautelar**, constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, seja considerada, no presente exame de mérito, **em caráter definitivo**, quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital;*

*d) o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADI 6.053-DF**, enfrentou diretamente o tema da titularidade dos honorários sucumbenciais nas ações em que a Fazenda Pública é vencedora, tendo se posicionado **favoravelmente à concessão da vantagem aos advogados públicos**;*

*e) conforme posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade **ADI 1.552-DF** [ADI 1.552-MC/DF, decisão cautelar], bem como considerando o julgamento da ADI 6.053-DF, entende-se que nas causas em que figurem como parte empresa pública e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, ou seja, em regime concorrencial com a iniciativa privada, como no presente caso o Banco do Brasil, **os honorários de sucumbência fixados em sentença pertencem, em regra, aos advogados empregados**, tendo em vista o disposto nos arts. 21 e 23 da Lei 8.906/1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil c/c com o art. 173, §1º, inciso II, da Constituição Federal;*

*f) (...) a **cláusula de rateio dos honorários de sucumbência em favor dos advogados empregados do Banco do Brasil**, quando efetivamente atuarem de forma compartilhada com as sociedades terceirizadas, de acordo com os itens 6.2 e 6.3.1 da minuta do contrato constante do Edital 2013/16655, se encontra em consonância com o ordenamento jurídico, diante do acordo anteriormente celebrado entre associação e a instituição financeira (peça 67, p. 96-103).*

40. Somos por realização de **ciência** à entidade sobre a seguinte impropriedade, identificadas

no Edital 2013/16655, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

a) utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário.

41. Adicionalmente, deverão ser consideradas, na proposta de encaminhamento, no que toca ao mérito das representações constantes do TC 012.423/2014-9, os itens 9.1 e 9.2 da proposta de acórdão constante da peça 80, p. 3, do TC 012.423/2014-9 (item 27 desta instrução).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

b) considerar improcedente a representação elaborada por Virginia de Jesus Aguiar Gomes (CPF ...) em sede do TC 012.423/2014-9;

c) considerar parcialmente procedente a representação elaborada por Alysson Kennerly Colaciti (CPF ...) em sede do TC 012.423/2014-9;

d) considerar as determinações constantes nos itens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, realizadas em oitiva, como atendidas;

e) considerar definitiva a revogação da medida cautelar constante do item 9.1 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário quanto à continuidade da contratação de sociedades de advogados regida pelo referido edital de credenciamento;

f) considerar sem efeito o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário, mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, estando previsto o ajuste e registrada a atuação compartilhada do corpo jurídico da estatal e de sociedade de advogados contratada, **com a ressalva de que os advogados terão direito a honorários somente nas causas em que efetivamente participarem da ação judicial;**

g) dar ciência ao Banco do Brasil, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020, sobre a seguinte impropriedade, identificadas no Edital 2013/16655, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

g.1) utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário;

h) desapensar o TC 003.626/2003-8 e encaminhá-lo à Secretaria de Controle Externo do Sistema Financeiro Nacional - SecexFinanças, para exame e instrução, nele incluindo-se cópia da deliberação, relatório e voto que vierem a ser proferidos nos presentes autos;

i) informar à Advocacia-Geral da União, à Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A - ASABB, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S/A e aos representantes destes autos e do TC 012.423/2014-9 do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

j) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.

8. Assentado esse necessário histórico, passo à análise de mérito.
9. Ressalto, de plano, que a origem do processo remonta a um edital publicado em 2013.
10. À época, o mesmo Edital 2013/16655 foi objeto de acompanhamento nesta Corte de Contas, sendo aprovado sem ressalvas pelo Acórdão 145/2014-TCU-Plenário (relator: Ministro Valmir Campelo; TC 041.986/2012-1).
11. Ademais, as questões suscitadas na presente ação de controle foram sendo gradualmente elididas por acórdãos posteriores, alguns proferidos nestes mesmos autos, bem como pela superveniente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelos novos marcos legais instituídos desde então.

CONTRATAÇÃO VIA CREDENCIAMENTO

12. A possibilidade de contratação de escritórios de advocacia mediante credenciamento foi acolhida em outros precedentes, muitos posteriores à autuação do presente feito, a exemplo dos Acórdãos 1.320/2021-Plenário (relator: Ministro Bruno Dantas), 2.941/2021-Plenário (relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), 2.977/2021-Plenário (relator: Ministro Substituto Weder de Oliveira).

13. Em que pese o questionamento original suscitado no voto revisor do Ministro Benjamin Zymler, por ocasião do Acórdão 3.567/2014-Plenário, o primeiro prolatado nestes autos, no sentido de que o procedimento adotado pelo Banco do Brasil não se amoldava aos critérios doutrinários e jurisprudenciais então aplicáveis ao credenciamento, pois não garantia a contratação de todos os habilitados ao credenciamento, a questão foi posteriormente revista, nestes mesmos autos, quando prolatado, em sede de embargos, o Acórdão 532/2015-Plenário (relator: Ministro José Múcio Monteiro), cujo voto condutor exarou os seguintes entendimentos para revogar a cautelar então incidente:

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

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

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

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

16. Embora tenhamos que reconhecer o desacordo com o dispositivo da Lei de Licitações, a

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

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

14. A par disso, o posterior advento do novo Estatuto de Licitações (Lei 14.133/2021), ao prever expressamente o credenciamento como forma de seleção de fornecedores, nos respectivos arts. 6º e 79, não impôs a exigência de contratação de todos os credenciados, *verbis*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...)

XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

(...)

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras: (...)

II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda; (...)

15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao ser aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional – de rito administrativo mais rigoroso –, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.

16. Dito isso, endosso as análises e conclusões da unidade técnica quanto à elisão do questionamento alusivo ao uso do credenciamento para as contratações derivadas do Edital 2013/16655.

PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

17. Conforme visto no histórico ao início deste voto, uma das questões que suscitou maiores debates no curso deste processo foi a legitimidade do pagamento de honorários de sucumbência a

advogados servidores do Banco do Brasil por meio de repasses à Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB).

18. Também neste ponto, alinho-me às análises e conclusões da unidade técnica, incorporando-as a este Voto como razões de decidir.

19. A legitimidade, em si, do pagamento de honorários sucumbenciais a advogados que laboram no serviço público foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6.053-DF. No caso específico dos advogados empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, o E. STF chegou a validar esse direito ao expedir a medida cautelar na ADI 1.552-MC/DF, baseado na regra geral de sujeição das estatais ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive no que tange aos direitos e obrigações trabalhistas, matéria atualmente disposta no inciso II do §1º do art. 173 da Constituição Federal.

20. Quanto à cláusula de rateio dos honorários de sucumbência em favor dos advogados empregados do Banco do Brasil que atuem de forma compartilhada com os advogados contratados (terceirizados), o acordo firmado entre associação e a estatal legitimou tal procedimento (peça 67, p. 96-103). Tal conclusão foi endossada também por pareceres da Serur, da então Secex-RJ e do *Parquet* especializado, devidamente resumidos no Relatório.

21. Em linha convergente com essa dicção, o Ministério Público de Contas, representado no feito pelo Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, pronunciou-se favoravelmente a esse direito com base no art. 85, § 19, do Código de Processo Civil (“§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei”) e nas disposições do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal (“II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”), concluindo que a regulamentação da percepção de honorários de sucumbência pode ser realizada mediante normas, acordos trabalhistas e regulamentos próprios da entidade, como é o caso do Banco do Brasil.

22. Destarte, alinho-me igualmente às análises e conclusões da fase instrutória quanto ao ponto questionado.

DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS

23. Quanto aos demais pontos suscitados nas representações sob exame - previsão de contratação simultânea de mais de um licitante para o mesmo objeto; não adoção do contrato administrativo disciplinado na Lei 8.666/1993; flexibilização das condições de rescisão amigável do contrato previstas no art. 79 da Lei 8.666/1993; e criação de cadastro de reserva para eventuais substituições dos escritórios classificados dentro do número de vagas previsto no Anexo I do Edital 2013/16655; - acolho sem ressalvas as análises e conclusões da unidade técnica. Tais questionamentos foram suscitados como corolários do próprio modelo de contratação via credenciamento, sendo todos elididos ao longo da fase de instrução.

24. A contratação simultânea decorre da própria essência do credenciamento, que visa a atender diversas demandas concomitantes.

25. O Banco do Brasil informou que adota, sim, o contrato administrativo, na forma da Lei 8.666/1993 (*sic*), observando-se que sua oitiva foi promovida antes da Lei 13.303/2016, o que elide também essa questão.

26. Também as hipóteses de rescisão amigável dos contratos foram esclarecidas, condicionadas sempre ao interesse do Banco do Brasil, seguindo-se, na essência, as disposições do art. 79 da Lei 8.666/1993, aplicável à época da oitiva.

27. No que tange ao cadastro de reserva, sua utilização permite ao Banco “contratar tantos prestadores previamente qualificados quantos se fizerem necessários, o que permite concluir que as vantagens e as desvantagens apontadas pelo Banco do Brasil para a realização do credenciamento com

o cadastro de reserva se mostram bastante razoáveis” (item 129 da instrução coligida no Relatório).

CRITÉRIO DE DEFINIÇÃO DA ORDEM DE CONTRATAÇÕES BASEADO NA PONTUAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO OBTIDA NO CREDENCIAMENTO

28. Na fase de instrução, a unidade técnica suscitou questionamento adicional, acerca da “utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655”.

4.9 – O credenciamento não implica contratação, nem confere às sociedades de advogados direito subjetivo à exclusividade na prestação de serviços, assim como a contratação não implica pagamento de qualquer importância a título tão somente de contratação. Havendo contratação, esta se dará de acordo com a ordem decrescente de pontuação, a que se refere o subitem 4.8.2. (grifo acrescido; Edital 2103/16655)

4.8.2 – A Comissão de Credenciamento divulgará o resultado decorrente da aplicação dos quesitos discriminados no item 8 do Anexo IV, por ordem decrescente de pontos, para cada área de atuação e respectivas Unidades da Federação, abrindo prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação de eventuais recursos, após o que serão julgados, com a consequente homologação e divulgação do resultado final do credenciamento das sociedades de advogados para os objetos específicos deste Edital. (Edital 2103/16655).

29. Em suas análises, posicionou-se de forma contrária a tal procedimento, argumentando, em síntese, que o uso da pontuação obtida na fase de credenciamento como critério para classificar os prestadores de serviço na ordem de contratação ofenderia o princípio da isonomia entre licitantes, partindo da premissa de que o credenciamento deveria impor a contratação de “todos os interessados, de forma paralela e não excludente”. Afirma, assim, que, “se não for possível contratar todos de uma vez, o chamamento deve ser feito, por exemplo, por meio de sorteio ou de outro critério que não envolva uma ordem baseada em pontuação, para que não se caracterize uma contratação direta indevida”.

30. Sustenta sua posição nos entendimentos esposados nos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário (relator: Ministro Valmir Campelo) e 141/2013-TCU-Plenário (relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), bem como o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.747.636-PR (relator: Ministro Gurgel de Faria, em 3/12/2019; peça 421, p. 19).

31. Nesse passo, a unidade técnica propugna pela cientificação do Banco do Brasil quanto à impropriedade da “utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 408/2012-TCU-Plenário e 141/2013-TCU-Plenário”.

32. Com as vênias de estilo, vejo a questão sob prisma distinto.

33. O risco de quebra de isonomia aventado pela unidade técnica ocorreria se os credenciados fossem preteridos na ordem de contratação sem razão justa ou com base em critérios subjetivos. É notório no Direito que a isonomia é um princípio bifronte, pois implica não apenas tratar igualmente os iguais, mas também conferir aos desiguais a justa distinção. Assim, a quebra de isonomia restaria configurada se a discriminação dos credenciados ocorresse à margem de critérios objetivos. E, segundo os termos do edital sob exame – cancelado pelo Acórdão 145/2014-TCU-Plenário (relator: Ministro Valmir Campelo) –, não foram identificados critérios subjetivos ou inidôneos nas regras de pontuação dos candidatos ao credenciamento.

34. Em linha com esse entendimento, a instrução intermediária da então Secex-RJ nos presentes autos pontou que:

As sociedades de advogados que pretenderem participar do certame serão inicialmente submetidas a fase de pré-qualificação (habilitação), com o devido credenciamento de

todos que forem habilitados para que passem à fase de pontuação e classificação, segundo critérios técnicos estabelecidos pelo banco (peça 80, p. 3). Assim, todos os proponentes estão sendo tratados de forma isonômica e de forma impessoal, ou seja, com igualdade de oportunidade para todos os interessados. (Grifei).

35. A jurisprudência desta Corte de Contas também revela dicções consonantes com o entendimento que perfilho, e mais recentes que as invocadas pela Selog, a exemplo do Acórdão 1.320/2021-Plenário (relator: Ministro Bruno Dantas), cujo voto condutor exarou os seguintes argumentos:

*Quanto ao critério para distribuição dos serviços às sociedades de advogados habilitadas, embora concorde com a unidade instrutora no sentido de **ser indesejável a ausência de definição da ordem em que as sociedades de advogados habilitadas serão contratadas**, verifico que esse ponto não foi objeto de impugnação ou questionamento pelas empresas participantes do certame.*

*É bem verdade que, **em prol da transparência e do tratamento isonômico das empresas credenciadas, o mais adequado seria que o edital contasse com critérios claros para estabelecer a referida ordem de contratação.***

Pondero, contudo, que o edital prevê a distribuição equitativa de serviços. Assim, é de se esperar que, considerando todo o prazo de vigência do credenciamento, as empresas habilitadas tenham tratamento isonômico.

Ademais, ainda que não esteja especificado no edital, considero que há formas simples de se garantir a distribuição equitativa, atendido, por outro lado, da melhor forma possível o princípio da eficiência. (Grifei).

36. Curioso notar que, nesse precedente, o questionamento era precisamente o inverso, qual seja, a falta de critérios de pontuação para guiar a ordem de contratação, sendo o ponto elidido porque a isonomia seria garantida pela expectativa de contratação de todos os credenciados, o que compensaria a falha assinalada.

37. Por outro lado, neste mesmo processo, já foi decidida como regular a formação de cadastro de reserva com base no credenciamento sob exame, o que afastou, no caso concreto, a obrigação de o Banco contratar todos os habilitados. Isso foi evidenciado no Acórdão 532/2015-Plenário (relator: Ministro José Múcio Monteiro), cujos fundamentos foram transcritos no parágrafo 13, no que tange ao ponto em questão, entre os quais reпрisо a seguinte passagem:

*16. (...) há outras duas conclusões que estão claras: a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada nos dias atuais; e a percepção de que o novo modelo poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses do banco. Creio que **a restrição da quantidade de ajustes, com a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro de reserva, tendem a atrair prestadores mais qualificados.*** (Grifei).

38. À luz dessas ponderações, é plenamente consentâneo com o interesse público assegurar um critério objetivo para definir quem terá preferência nas contratações decorrentes do credenciamento em foco.

39. E, neste ponto, com todas as vênias, rejeito a tese da unidade técnica de que o sorteio seria a melhor solução. Isso porque a escolha aleatória, via sorteio, do contratado, quando existe um conjunto de critérios para definir, entre os habilitados, quais atendem melhor, com mais eficiência e qualidade, as necessidades da Administração, colide não apenas com o princípio da isonomia – que também impõe tratar desigualmente os desiguais –, mas também, e principalmente, com o princípio de seleção da melhor proposta, regente das contratações públicas. Contratar o melhor qualificado

converge para a avença mais vantajosa.

40. Saliento que, após as contratações, a distribuição de serviços entre os escritórios de advocacia é realizada de modo equânime, conforme subitem 7.1 do Edital 2013/16655, *verbis*:

7.1 – A distribuição de serviços será feita de forma isonômica e equânime entre as sociedades de advogados contratadas, de acordo com a área de atuação e a Unidade da Federação para a qual as sociedades foram contratadas, considerados os volumes estimados do Anexo X deste Edital.

7.1.1 – Por forma equânime entende-se a distribuição individual, aleatória e automática de serviços, entre as sociedades de advogados que forem contratadas, por meio de sistema informatizado, com observância dos critérios definidos neste Edital e previamente registrados no sistema. (Grifei).

41. Assim, deixo de acolher as conclusões e a proposta de encaminhamento da Selog quanto ao ponto comentado, para considerar regular, no caso concreto, o uso da pontuação de qualificação dos credenciados como critério objetivo na definição da ordem de contratações a partir do cadastro de reserva.

QUESTÕES PROCESSUAIS

42. Em sua proposta de encaminhamento, a Selog inclui algumas propostas de cunho processual que merecem ajustes.

43. A proposição para que este Tribunal considere “definitiva a revogação da cautelar” veiculada no Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, que obstou a continuidade das contratações decorrentes do Edital 2013/16655, não se faz necessária, pois a referida deliberação já exarou expressamente tal revogação, medida reforçada pela decisão de mérito ora apresentada a este Plenário.

44. Deixo de acolher também a proposta para que este Tribunal “considere sem efeito” o subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, “mantendo-se as cláusulas 6.2 e 6.3.1 da minuta original do contrato de prestação de serviços jurídicos, (...), *com a ressalva de que os advogados terão direito a honorários somente nas causas em que efetivamente participarem da ação judicial*”.

45. Assim considero com base na conclusão assinalada alhures, acerca da legitimidade do acordo firmado entre a Associação dos Advogados do Banco do Brasil (ASABB) e o Banco do Brasil, que, ao dispor sobre a destinação dos honorários advocatícios de sucumbência, definiu “que todos os honorários devidos aos advogados-empregados, por atuação em processos onde o Banco do Brasil S/A é parte, devem ser depositados em um fundo comum para rateio *entre todos os advogados empregados do Banco*” (peça 172, p. 8; grifei).

46. A possibilidade de rateio de honorários de sucumbência a todo o grupo de advogados que laboram em determinado ente público, e não apenas àqueles que atuaram nas respectivas causas, foi legitimada no art. 31 da Lei 13.327/2016, sendo os respectivos repasses efetuados pelo Conselho Curador dos Honorários Advocatícios (CCHA). Embora essa norma legal seja dirigida apenas aos advogados públicos de certas carreiras (Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central do Brasil e integrantes dos quadros suplementares em extinção previstos na MP 2.229-43/2001), a teleologia que dela se extrai autoriza concluir que o legislador pátrio legitimou o pagamento de honorários de sucumbência por grupo de cargos, não restringindo tal pagamento aos causídicos que atuaram nos respectivos processos.

47. As peculiaridades do caso vertente assemelham-se aos instrumentos criados na referida lei, inclusive no que tange à designação de um ente específico para centralizar e distribuir os honorários (ASABB e CCHA).

48. Ressalto que um dos precedentes do Supremo Tribunal Federal invocados em apoio à

proposta de mérito da unidade técnica, a ADI 6.053-DF, tratou precisamente da constitucionalidade de dispositivos da Lei 13.327/2016, considerando legítimos tais pagamentos, e tratando-os como um “modelo de remuneração por performance, com vistas à eficiência do serviço público”, o que reforça a tese da extensão do pagamento dos honorários como um benefício devido ao grupo de servidores ou empregados públicos detentores do cargo de advogado ou equivalente.

49. Dito isso, concluo que a solução consentânea com a proposta de mérito que apresento a este Colegiado é apenas **“tornar insubsistente a determinação versada no subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário”**, vazada nos seguintes termos, com redação dada pelo **Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário**:

“9.2 determinar, cautelarmente, ao Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo) do Banco do Brasil S.A. que reformule o Edital 2013/16655, para que seja modificada a minuta do contrato, de modo a que o compartilhamento dos recursos referentes aos honorários advocatícios seja feito exclusivamente entre a sociedade de advogados contratada e o Banco do Brasil S.A., deixando assente que essa medida não implica a necessidade de republicação do edital, visto que não afeta o conteúdo das propostas dos participantes;”

50. Nesse mesmo diapasão, cumpre também **tornar insubsistentes a recomendação expedida no subitem 9.2 do citado Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário e a determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 2.249/2018-TCU-Plenário**, ambas relatadas pelo Ministro José Múcio Monteiro, tendo em vista as proposições convergentes no sentido de considerar legais a contratação, pelo Banco do Brasil, de sociedades de advogados mediante credenciamento e o repasse dos respectivos valores de honorários de sucumbência à ASABB, para descentralização aos funcionários advogados da estatal. Seguem-se as disposições assinaladas:

9.2 recomendar ao Banco do Brasil S.A. que, até que haja manifestação definitiva deste Tribunal neste processo, efetue o depósito, em conta específica, dos valores dos honorários de sucumbência que, de acordo com as regras originais do Edital 2013/16655, seriam repassados à Associação dos Advogados do Banco do Brasil (Asabb), para que, no caso de modificação do entendimento do TCU, possa haver o repasse à associação; (Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário)

9.2 permitir, de modo precário, a continuidade dos repasses das parcelas dos honorários de sucumbência, tal como previsto no Edital 2013/16655, até que o mérito deste processo seja apreciado, deixando assente que os valores recebidos a partir da ciência da presente decisão pelo Banco do Brasil e pela Asabb deverão ser devolvidos à instituição bancária, devidamente corrigidos, na hipótese de a deliberação definitiva confirmar a irregularidade dos pagamentos; (Acórdão 2.249/2018-TCU-Plenário).

51. Também vejo desnecessário declarar o atendimento às oitivas promovidas com base nos subitens 9.3.1 e 9.3.2 do Acórdão 3.567/2014-TCU-Plenário, pois foram apenas medidas saneadoras, às quais não se aplica o monitoramento.

52. Por fim, observo ser inócuo o desapensamento do TC 003.626/2003-8. Isso porque, conforme explanado nos itens 28 e 29 da instrução que integra o Relatório, as questões suscitadas naquele processo de denúncia ou estão elididas no presente feito, ou abrangidas em outros processos (TC 006.435/2003-0 e TC 015.266/2003-4) ou tratam de busca de defesa de interesse privado, o que afasta a competência deste Tribunal. Assim, não se vislumbra resultado útil ao prosseguimento da respectiva instrução, o que recomenda, por economia e racionalidade processuais, a manutenção do apensamento.

53. No mérito, considero, de forma conjunta, parcialmente procedentes as representações, tendo em vista que os procedimentos questionados, à época em que praticados, careciam de adequado

embasamento legal, embora consentâneos com os princípios de eficiência, isonomia e busca da melhor proposta. Com a evolução jurisprudencial e dos próprios marcos legais, restaram elididos os questionamentos suscitados.

54. Conforme pontuado ao final do Relatório, após a inclusão deste processo na pauta da Sessão Plenária de 9/3/2022, foi entregue em meu gabinete memorial do Banco do Brasil com algumas informações novas e um pleito para acolhimento da proposta de encaminhamento da unidade técnica, exceto quanto à ciência descrita no respectivo item g.1 (“utilização de pontuação para fins de distinção classificatória entre as empresas credenciadas, identificada no item 4.9 do Edital 2013/16655, em detrimento da jurisprudência desta Corte...”).

55. Nesse memorial, o Banco informa estar seguindo os entendimentos da unidade técnica e que, em dezembro de 2020, deu início a novo procedimento para seleção de escritórios de advocacia, por meio do Edital 2020/03120, agora mediante licitação, em substituição ao credenciamento.

56. Em respeito à segurança jurídica, requer “a manutenção de todas as cláusulas previstas no Edital de Licitação nº 2013/16655 e na minuta de contrato que o integra, inclusive a que diz respeito ao rateio de honorários de sucumbência nos processos em que houver participação de advogados empregados do Banco do Brasil”.

57. Em vista disso, solicitei a exclusão de pauta, para cotejar as informações prestadas no memorial com as disposições do Edital 2020/03120, disponível no portal e-Licitações, mantido pelo Banco do Brasil.

58. Após a leitura dos principais pontos do referido edital, pude concluir que o novo certame segue, em essência, as conclusões sustentadas neste Voto.

59. Conduzido sob a forma de “licitação eletrônica”, o Edital 2020/03120 tem como objeto a “contratação de até 98 (noventa e oito) sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica, compreendendo a prática de todos os atos e procedimentos nas esferas extrajudicial e judicial, nas áreas cível, trabalhista, administrativa, tributária e penal, em todas as instâncias”.

60. O novo edital mantém: o rateio de honorários de sucumbência aos advogados empregados do Banco que atuem colaborativamente nos processos abarcados pelos contratos decorrentes do certame, porém não mais prevê a intermediação da ASABB (subitem 9.1 do Edital 2020/03120); a sistemática de utilizar a classificação das licitantes no certame como critério objetivo para definir a ordem das contratações, de modo a atender *pari passu* à demanda de serviços (subitens 12.10, 13.8 e 20.9.1 do Edital 2020/03120); e a distribuição isonômica e equitativa de processos entre as contratadas (subitem 15.1 do mesmo edital), *verbis*:

- rateio de honorários sucumbenciais:

9.1 Havendo direito a honorários sucumbenciais em processos cuja condução se deu por mais de uma sociedade de advogados, advogado pessoa física, inclusive advogados empregados do CONTRATANTE, estes serão rateados proporcionalmente, conforme especificado nos itens que seguem.

- ordem de contratação:

12.10. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente homologará o procedimento e adjudicará o objeto a até 98 (noventa e oito) INTERESSADOS mais bem classificados, respeitada a ordem de preferência, nos respectivos lotes especificados no Anexo I deste Edital, e que atenderem a todas as disposições previstas nesta LICITAÇÃO.

13.8. Se após a convocação dos INTERESSADOS vencedores não houver o preenchimento de todos os lotes, serão convocados pela ordem de classificação, observando também a ordem de preferência indicada no Anexo VII deste Edital, os INTERESSADOS remanescentes que não tiverem preenchido o limite de 5 (cinco) lotes para assinar o contrato nas mesmas condições da convocação anterior.

20.9.1. Se ocorrer a desclassificação de INTERESSADO vencedor por fatos referidos no item precedente, o BANCO poderá convocar os INTERESSADOS remanescentes, por ordem de classificação, ou revogar o respectivo lote da LICITAÇÃO.

- distribuição dos processos entre as contratadas:

15.1. A distribuição dos processos entre as sociedades de advogados contratadas dar-se-á de forma isonômica e equânime, nos respectivos lotes detalhados no Anexo I deste Edital, observando as regras de desempenho abaixo.

61. Tais informações revelam a aderência do Banco do Brasil às conclusões assentadas neste Voto, o que reforça a dispensa de cientificação de falha alvitada no subitem “g.1” da proposta de encaminhamento da Selog.

62. Quanto ao pleito de “manutenção de todas as cláusulas previstas no Edital de Licitação nº 2013/16655 e na minuta de contrato que o integra, inclusive a que diz respeito ao rateio de honorários de sucumbência nos processos em que houver participação de advogados empregados do Banco do Brasil”, não vejo óbice a seu atendimento. Embora o novo edital tenha eliminado certos procedimentos questionados no curso deste processo (uso da licitação em substituição ao credenciamento e fim da intermediação da ASABB na distribuição de honorários de sucumbência), os fundamentos apresentados neste Voto não conduzem à impugnação do Edital 2013/16655 nem dos contratos dele derivados. Acresço que o pedido em questão já fora contemplado com a revogação da medida cautelar que incidia sobre o procedimento, mediante o Acórdão 532/2015-Plenário, sendo agora confirmado pela insubsistência dos subitens “9.2” dos Acórdãos 532/2015, 1.366/2018 e 2.249/2018, deste Plenário.

63. Acolho sugestão apresentada pelo Ministro Benjamin Zymler na fase de discussão do processo, para incluir no acórdão determinação de acompanhamento, nos termos do art. 241, I, do RITCU, com enfoque no certame versado no Edital 2020/03120, sob a responsabilidade do Banco do Brasil S/A, e das contratações dele advindas.

Do exposto, VOTO por que seja aprovado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 16 de março de 2022.

ANTONIO ANASTASIA
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO

De início, gostaria de louvar a qualidade do voto do relator, que examinou de forma adequada o objeto da presente representação, razão pela qual adianto que acompanho o encaminhamento apresentado.

2. Entretanto, permito-me tecer breves comentários sobre a questão versada nestes autos, em especial sobre o aspecto evolutivo do instituto do credenciamento.

3. O credenciamento tradicional é um processo administrativo de chamamento de interessados quando, em vez de se ter um vitorioso na licitação – aquele que assinará o contrato –, a Administração se vê diante de uma situação concreta em que ela pode “dividir um bolo em fatias” e distribuí-las de forma objetiva. Logo, não há competição porque todos, de algum modo, serão contratados para executar uma parte do objeto.

4. À época em que esse processo foi trazido à deliberação do Plenário pela primeira vez, em 2014, discutiu-se se os procedimentos adotados pelo Banco do Brasil para selecionar escritórios de advocacia para fins de cadastramento constituiriam, na prática, nova modalidade licitatória não prevista na Lei 8.666/1993.

5. O credenciamento não estava expressamente previsto na Lei 8.666/1993, sendo que a doutrina e a jurisprudência admitiam o seu uso com base no art. 25 da Lei 8.666/1993, que tratava dos casos de inexigibilidade de licitação. Sua essência, seria, pois, a contratação de todos os participantes que atendessem aos critérios estabelecidos em edital (ausência de exclusão entre as contratações). Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorreria da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.

6. Por ocasião da primeira deliberação adotada nestes autos (Acórdão 3.567/2014-Plenário, sob relatoria do ministro José Múcio), exarei voto revisor, acolhido pelo relator, em que defendi, em síntese, que o modelo adotado pelo Banco do Brasil não poderia ser classificado como credenciamento, pois, dentre outras coisas, desatendia um requisito primordial, qual seja, maximizar o número de prestadores de serviços, atendidos os requisitos mínimos estipulados em edital.

7. Consoante o Edital 2013/16655, que disciplinava o credenciamento do Banco do Brasil, foram estipuladas uma série de regras para habilitar e classificar determinado número de sociedades, conforme a modalidade de serviço. Os serviços foram, assim, divididos em quatro áreas e a instituição buscou credenciar uma quantidade de escritórios, por unidade da Federação.

8. A habilitação dos escritórios que buscavam o credenciamento abrangeu habilitação jurídica, fiscal, econômico-financeira, regularidade trabalhista e qualificação técnica.

9. Acerca da pontuação e da classificação, o edital continha tabelas de quesitos para cada área de atuação, os quais serviriam para conferir pontos às sociedades de advogados. Ex.: área de atuação 1 – recuperação de crédito segmento I > quesito 1: patrocínio de ações judiciais de recuperação de crédito > atestados, emitidos por pessoas jurídicas, comprovando a prestação satisfatória de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica contenciosa na área cível, no patrocínio de ações de recuperação de crédito > 5 pontos por atestado emitido por instituição financeira do tipo Banco Comercial, Banco Múltiplo com Carteira Comercial ou Caixa Econômica, limitado a 5 instituições financeiras // 2 pontos por atestado emitido por outras pessoas jurídicas, limitado a 3 pessoas jurídicas.

10. Além dessa pontuação, o edital previa pontuação “extra”. No caso específico da área 1, segmento 1, por exemplo, a *“pontuação extra em razão de atestados emitidos por instituições financeiras do tipo Banco Comercial, Banco Múltiplo com Carteira Comercial ou Caixa Econômica, que constem o total de processos de recuperação judicial ou falência com valor de crédito habilitado*

superior a R\$ 400 mil em que a sociedade de advogados atuou nos últimos 5 anos. A pontuação extra será obtida por meio do somatório do nº de processos informado nos atestados”.

11. Sobre a distribuição de serviços, o edital estipulava que seria feita de forma isonômica e equânime entre as sociedades de advogados contratadas, de acordo com a área de atuação e a unidade da Federação para a qual as sociedades foram contratadas, considerados os volumes estimados no anexo X. O edital definia “forma equânime” como *“a distribuição individual, aleatória e automática de serviços, entre as sociedades de advogados que forem contratadas, por meio de sistema informatizado, com observância dos critérios definidos neste edital e previamente registrados no sistema”.*

12. Ou seja, após a definição do número de escritórios de advocacia por seguimento, que seriam escolhidos pela pontuação, os serviços seriam divididos por sorteio. Esses sorteios serviriam, portanto, para dividir os serviços entre as sociedades de advogados credenciadas para cada área-região.

13. Logo, observa-se que, a princípio, o modelo adotado pelo banco previa a utilização de critérios de pontuação e posterior exclusão de participantes que não se classificassem dentro do número de vagas a serem contratadas. Essa mecânica, de fato, contrariaria a essência do instituto do credenciamento.

14. Assim, exsurge um questionamento sobre um ponto fundamental, qual seja, se seria possível restringir, em um credenciamento, a distribuição isonômica e aleatória das frações da demanda por um número limitado de empresas, classificadas, **a priori**, por uma pontuação.

15. Embora tenha sido reconhecido o desacordo da opção adotada pelo Banco do Brasil com a Lei 8.666/1993, as informações colhidas dos autos deixaram assente a urgência em se encontrar uma forma de contratar distinta da utilizada até então, bem como a percepção de que o novo modelo em comento poderia, de fato, trazer benefícios reais à eficiência da atuação dos escritórios de advocacia terceirizados na defesa dos interesses do entidade. A restrição da quantidade de ajustes, com a classificação por critérios objetivos, bem como a adoção de cadastro de reserva, tenderiam a atrair prestadores mais qualificados.

16. Foi imbuído desse espírito que, posteriormente, este Tribunal reformou o acórdão que havia determinado a suspensão do certame, por meio de medida cautelar (Acórdão 3.567/2014-Plenário), para, em caráter excepcional, permitir a continuidade da contratação nos moldes do edital publicado pelo banco (Acórdão 532/2015-Plenário).

17. O fato é que, desde então, o entendimento do TCU e a legislação muito evoluíram acerca desse tema. Igualmente, evoluiu também o instituto do credenciamento.

18. Como já dito, o TCU já tinha o entendimento de que, embora não estivesse previsto nos incisos do art. 25 da Lei 8.666/1993, o credenciamento era admitido *“como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal, porquanto a inviabilidade de competição configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas, não havendo, portanto, relação de exclusão. Para a regularidade da contratação direta, é indispensável a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido”.*

19. Foram várias as oportunidades em que o TCU, antes do presente feito, já havia tratado do assunto credenciamento, tais como:

a) Decisão 104/1995-Plenário (relator Ministro Adhemar Ghisi): considerou legítimo o credenciamento de profissionais e empresas prestadoras de serviço médico;

b) Acórdão 1.751/2004 (relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça): credenciamento de agentes fiduciários pela Caixa Econômica Federal – agente fiduciário é profissional que representa a

comunhão de debenturistas, com deveres e poderes específicos para defender os direitos e interesses dos representados;

c) Acórdão 2.731/2009-Plenário (relator Marcos Bemquerer Costa): examinou a legalidade de licitação realizada pelo Departamento de Polícia Federal para contratação dos serviços de administração e gerenciamento de manutenção de veículos;

d) Acórdão 351/2010-Plenário (relator Ministro Marcos Bemquerer Costa): requisitos a serem observados na hipótese de credenciamento, a saber: contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; e demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/1993, principalmente no que concerne à justificativa de preços;

e) Acórdão 141/2013-Plenário (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues): decidiu que o credenciamento, como hipótese de inexigibilidade de licitação, não podia ser mesclado às modalidades licitatórias previstas no art. 22 da Lei 8.666/1993, por não se coadunar com procedimentos de pré-qualificação nem com critérios de pontuação técnica para distribuição dos serviços; e

f) Acórdão 1.215/2013-Plenário (relator Ministro Aroldo Cedraz): determinou ao Ministério da Saúde que formulasse regulamentação disciplinando o credenciamento de prestadores de serviços de saúde privados em complementação ao SUS, a ser utilizada por estados e municípios nos casos em que a oferta de serviços de saúde fosse menor do que a demanda, considerando o ordenamento jurídico vigente.

20. Fica explícito, pois, que a prática administrativa e o TCU, na sua jurisprudência, elegeram o credenciamento como uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação baseadas no **caput** do art. 25 da Lei 8.666/1993 (esse **caput** trazia exemplos, mas não impedia que outras hipóteses de inexigibilidade pudessem ser utilizadas pelo gestor).

21. Nesse sentido, é importante ressaltar a tendência do TCU em respaldar soluções inovadoras eficazes, como foi o caso dos diversos credenciamentos realizados. E a importância das deliberações desta Corte de Contas, abonando a utilização desse instrumento, é refletida justamente em sua positivação na lei.

22. Como é sabido, a nova lei de licitações trouxe, expressamente, o credenciamento como hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, além das três já constantes da Lei 8.666/1993. O credenciamento passou, assim, a ser empregado nas seguintes hipóteses de contratação (art. 79 da Lei 14.133/2021):

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; e

III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

23. As duas primeiras hipóteses estão associadas a uma visão tradicional de credenciamento: expansão horizontal do número de credenciados.

24. Já a terceira, a contratação em mercados de preços fluidos, parece-me bem distinta e despreendida da visão anterior, na medida em que abre a possibilidade de contratação de bens em mercados fluidos, o que permite antever a utilização de um sistema de **e-marketplace público**

formado por fornecedores credenciados. A inexigibilidade decorre, neste caso, da dinâmica existente em mercados concorrenciais com oscilação acentuada de preços em razão da lei da oferta e da procura.

25. Observa-se, portanto, que o credenciamento trazido pela Lei 14.133/2021 acabou por admitir uma dimensão mais ampla do que aquela concebida pela jurisprudência e pela prática administrativa.

26. Na verdade, o TCU já havia se deparado com espécies de credenciamento que refugiam ao padrão, quando comparadas a uma visão ortodoxa de expansão do número de credenciados. Como exemplo, cita-se o já comentado credenciamento de oficinas para manutenção de automóveis do DPF. De acordo com a sistemática licitada, o órgão transferiria à contratada a administração de sua frota, incluindo a manutenção dos veículos, nos seguintes termos:

a) na hipótese de uma viatura necessitar de manutenção, ela seria encaminhada a um estabelecimento credenciado pela contratada para verificação do tipo de serviço a ser realizado;

b) após essa avaliação, a contratada solicita aos estabelecimentos de sua rede credenciada que ofereçam, no mínimo, três orçamentos para o serviço; e

c) um servidor da Administração seleciona a proposta mais vantajosa.

27. Diante da especificidade do caso concreto, formulei proposta, acatada pelo Colegiado, no sentido de determinar ao DPF que efetuasse estudos com vistas a verificar a viabilidade de realizar credenciamento de oficinas para prestação dos serviços de manutenção de suas viaturas, seja diretamente ou por meio de empresa especializada, estabelecendo, no ato de convocação, regras objetivas a serem observadas em todo procedimento e por ocasião das futuras contratações, em especial no que se refere à forma de qualificação dos interessados, condições de pagamento e critérios a serem observados por ocasião da escolha da empresa que executará os serviços. (Acórdão 2.731/2009-Plenário).

28. A meu ver, foi a jurisprudência do TCU um dos fatores mais importantes para que o credenciamento pudesse ter a dimensão que tem hoje na Lei 14.133/2021. Há que se reconhecer, por outro lado, que, de forma evolutiva, o credenciamento caminhou para abarcar novas situações.

29. No caso concreto sob exame, a diluição de processos por múltiplos escritórios de advocacia tornaria ineficiente e pouco atrativa a contratação. Quanto à fixação de um número limitado de credenciados, de modo a viabilizar a ideia de credenciamento para escritórios de advocacia, a pontuação com base em critérios técnicos parece ser a melhor opção.

30. Como bem destacou o ministro Antonio Anastasia em seu voto, apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e de busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas possam ser adotadas pelas empresas estatais.

31. Cabe registrar, porém, que, com base na Lei 13.303/2016, nada impediria que o Banco do Brasil se valesse da faculdade de realizar licitações simultâneas, conforme previsto no art. 46 da norma em comento:

“Art. 46. Mediante justificativa expressa e desde que não implique perda de economia de escala, poderá ser celebrado mais de um contrato para executar serviço de mesma natureza quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado.”

32. Aliás, segundo informado pelo ministro relator, em memorial entregue em 9/3/2022, o Banco do Brasil informou que, em dezembro de 2020, deu início a novo procedimento para seleção de escritórios de advocacia, por meio do Edital 2020/03120. Desta vez, mediante licitação, em substituição ao credenciamento. Conforme consta, esse novo certame, conduzido sob a forma de

“licitação eletrônica”, tem como objeto a contratação de até 98 sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica, compreendendo a prática de todos os atos e procedimentos nas esferas extrajudicial e judicial, nas áreas cível, trabalhista, administrativa, tributária e penal, em todas as instâncias. Segundo destacou o ministro Antonio Anastasia em seu voto, o novo edital mantém: (i) o rateio de honorários de sucumbência aos advogados empregados do banco que atuem colaborativamente nos processos abarcados pelos contratos decorrentes do certame, porém não mais prevê a intermediação da Associação dos Advogados do Banco do Brasil; (ii) a sistemática de utilizar a classificação das licitantes no certame como critério objetivo para definir a ordem das contratações; e (iii) a distribuição isonômica e equitativa de processos entre as contratadas.

33. Tais informações revelam, de fato, a aderência do Banco do Brasil às conclusões assentadas no presente processo.

34. Destaco, porém, a necessidade de que este Tribunal acompanhe o desenvolvimento do procedimento acima mencionado, bem como as contratações dele advindas.

35. Com essas considerações, louvo mais uma vez o encaminhamento proposto pelo Ministro Antonio Anastasia, que buscou privilegiar a eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, em especial no caso das sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação.

TCU, Sala das Sessões, em 16 de março de 2022.

BENJAMIN ZYMLER
Ministro

ACÓRDÃO Nº 533/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 018.515/2014-2.
- 1.1. Apensos: 012.423/2014-9; 003.626/2003-8
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII - Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Associacao dos Advogados do Banco do Brasil - Asabb (00.438.999/0001-55); Barcelos & Janssen Advogados Associados (06.888.951/0001-25); Coelho e Gavioli - Advogados Associados (03.404.741/0001-26); Ferreira e Chagas Advogados (04.032.380/0001-05); Fragata e Antunes Advogados Associados (08.755.418/0001-10); Góes & Nicoladelli Advogados Associados (03.239.823/0001-62); Lima Junior, Domene e Advogados Associados (02.754.181/0001-77); Martinez & Martinez Advogados Associados - Me (05.751.699/0001-45); Nelson Wilians e Advogados Associados (03.584.647/0001-04); Paulo Roberto Joaquim dos Reis Advogados Associados (68.326.834/0001-25); Pereira Gionedis Advogados (81.908.543/0001-03); Rocha Calderon e Advogados Associados (00.580.630/0001-82); Viana Peixoto - Advogados Associados (03.828.916/0001-22); Vigna Advogados Associados (05.678.638/0001-08).
 - 3.2. Responsável: Banco do Brasil (00.000.000/1503-20).
4. Órgão/Entidade: Banco do Brasil S.A.
5. Relator: Ministro Antonio Anastasia.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).
8. Representação legal: Raissa Roes da Rosa (52568/OAB-DF), Marcus Vinicius Furtado Coêlho (18958/OAB-DF) e outros, representando Associacao dos Advogados do Banco do Brasil - Asabb; Jader Teixeira de Sousa e Carlos Alberes Oliveira Gomes, representando Banco do Brasil; Marcio Antonio Sasso (28922/OAB-PR), representando Pereira Gionedis Advogados; Alysson Kennerly Colaciti, representando Luana Katarine Rocha de Souza; Helena Patricia Freitas (19760/OAB-MG), Sérgio Túlio de Barcelos (44698/OAB-MG) e outros, representando Barcelos & Janssen Advogados Associados; Luiz Knob (31578/OAB-PR), representando Natividade & Goncalves Sociedade de Advogados; Thiago de Oliveira Santoro (159610/OAB-RJ), representando Nelson Wilians e Advogados Associados; Jader Teixeira de Sousa e Carlos Alberes Oliveira Gomes, representando Aline Crivelari; Enio Galan Deo (141362/OAB-SP), representando Sanchez e Sanchez Sociedade de Advogados; Luana Katarine Rocha de Souza (284566/OAB-SP), representando Ayrton Dias Camargo; Jader Teixeira de Sousa e Sara Kiefer Peres, representando Márcia Aparecida Fadigatti Calarezi; Tatiana Martins da Costa Camarão (61066/OAB-MG) e Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (65572/OAB-MG), representando Ferreira e Chagas Advogados; Alberto Angelo Briani Tedesco (218.506/OAB-SP), Andre Cardoso da Silva (175.348/OAB-SP) e outros, representando Caixa Econômica Federal; Mateus Guimaraes Torres, Solon Mendes da Silva (32.356/OAB-RS) e outros, representando Banco do Brasil S.A.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação em face de indícios de irregularidades relacionadas ao procedimento versado no Edital 2013/16655, sob a responsabilidade do Banco do Brasil S/A (BB), voltado ao credenciamento de sociedades de advogados para prestação de serviços advocatícios e técnicos de natureza jurídica.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, conhecer das representações versadas neste processo, para, no mérito, considerá-las, de forma conjunta, parcialmente procedentes, tendo em vista que os

procedimentos questionados, à época em que praticados, careciam de adequado embasamento legal, sendo posteriormente elididos pela evolução jurisprudencial e dos marcos legais aplicáveis à espécie;

9.2 tornar insubsistentes a determinação descrita no subitem 9.2 do Acórdão 532/2015-TCU-Plenário, a recomendação expedida no subitem 9.2 do citado Acórdão 1.366/2018-TCU-Plenário e a determinação exarada no subitem 9.2 do Acórdão 2.249/2018-TCU-Plenário;

9.3. nos termos do art. 241, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, determinar o acompanhamento do certame versado no Edital 2020/03120, sob a responsabilidade do Banco do Brasil S/A, e das contratações dele advindas;

9.4 dar ciência deste Acórdão aos seguintes destinatários, informando que o teor integral de suas demais peças (Relatório, Voto) poderá ser obtido no endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos:

9.4.1 Banco do Brasil S/A e respectivo Centro de Apoio aos Negócios e Operações Logísticas de São Paulo (Cenop Logística São Paulo);

9.4.2 Associação dos Advogados do Banco do Brasil S/A (ASABB);

9.4.3 Advocacia-Geral da União;

9.4.4 autores das representações agrupadas nestes autos, incluindo seus dois apensos.

10. Ata nº 9/2022 – Plenário.

11. Data da Sessão: 16/3/2022 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0533-09/22-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Bruno Dantas, Vital do Rêgo, Jorge Oliveira e Antonio Anastasia (Relator).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

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

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

ANTONIO ANASTASIA

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral