



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelo Procurador infra assinado, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 127 da Constituição da República c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar n. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO

Em face de:

1. GUILHERME GOMES DIAS, Diretor-Presidente do Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES S/A, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED], com endereço profissional na Av. Princesa Isabel, n.º 574, Bloco B, 9º andar, Centro, Vitória- ES, CEP: 29.010-930;

2. BRUNO CURTY VIVAS, Diretor Jurídico e Administrativo do BANESTES S/A, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED], com endereço profissional na Av. Princesa Isabel, n.º 574, Bloco B, 9º andar, Centro, Vitória- ES, CEP: 29.010-930;

3. ELCIO ALVARES, Diretor-Presidente do BANESTES Seguros S/A, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED], com endereço profissional na Av Princesa Isabel, 574 - Ed. Palas Center - Bloco "A" - 8º e 9º andares - Centro - Vitória/ES - 29.010-360;

4. JOSÉ SATHLER NETO, Diretor de Administração e Finanças do BANESTES Seguros S/A, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED], com endereço profissional na Av Princesa Isabel, 574 - Ed. Palas Center - Bloco "A" - 8º e 9º andares - Centro - Vitória/ES - 29.010-360;

5. CARLOS ALBERTO DA SILVA, Diretor-Presidente do BANESTES Administradora, Corretora de Seguros, Previdência e Capitalização Ltda. - BANESCOR, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED], com endereço profissional na Av. Princesa Isabel nº 574, Ed. Palas Center, BL A - Térreo, Centro, Vitória - ES, CEP 29010-930;

6. VITOR LOPES DUARTE, Diretor-Presidente do BANESTES Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários S/A - BANESTES DTVM, inscrito no CPF/MF sob o [REDACTED]

1/14



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

██████████, com endereço profissional na Av. Nossa Senhora dos Navegantes - n.º 755, lojas 07, Ed. Palácio da Praia, Enseada do Suá - Vitória - ES - CEP 29050-335;

em razão de robusto indício de prática de ato de gestão ilegal e ilegítimo, consistente na contratação de advogados, em afronta ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, II, da Constituição Federal e art. 32, II, da Constituição Estadual, pelos fundamentos fáticos e jurídicos adiante aduzidos.

1 – DOS FATOS

O Ministério Público de Contas instaurou procedimento investigatório com vistas a investigar a situação da representação judicial e extrajudicial, bem assim a consultoria e assessoramento jurídico do Banco do Estado do Espírito Santo – BANESTES. Nesse passo, encaminhou ofício ao seu Diretor-Presidente, requisitando “o encaminhamento de cópia do(s) procedimento(s) realizado(s) [...] para credenciamento de advogados e/ou sociedade de advogados, bem como a lista dos credenciados” (Anexo 1).

De uma análise perfunctória dos documentos encaminhados (Anexo 2), verificam-se indícios de que as contratações de sociedades advocatícias efetuadas pelo BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM encontram-se eivadas de ilegalidade, em clara ofensa ao princípio do concurso público, bem assim aos princípios que norteiam a estruturação da advocacia pública no âmbito das Administrações Públicas, diretas e indiretas, da União, Estados e Municípios.

Outrossim, constatou-se que o exercício da função de advogado público no BANESTES S/A e no BANESTES SEGUROS S/A é, ilegalmente, considerada função de confiança, pois designada a servidores efetivos ocupantes de outros cargos que não o de advogado e que exercem função de confiança (Anexo 3).

Por esse motivo, objetivando angariar novas informações, no início de abril foi encaminhada nova requisição àquele Banco, até a presente data não respondida (Anexo 4).

2 – FUNDAMENTOS DE DIREITO

2.1 DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Os serviços de advocacia na Administração Pública são imprescindíveis à salvaguarda do erário, prestando-se o advogado público e/ou procurador a defender os interesses do ente público, nos casos em que ele for parte, seja autor ou réu.

Da mesma forma, é inafastável a sua participação na consultoria e assessoria dos serviços jurídicos em geral, orientando o administrador público no exercício do seu mister, prevenindo a prática de atos ilegais que possam ser causa de responsabilização do Estado, em especial, aquelas que repercutam diretamente sob o patrimônio público.

As funções públicas são eminentemente legais, materializadas em atos administrativos, os quais - sob pena de nulidade - devem subsumir-se aos princípios contidos no artigo 37 da Constituição Federal, à obviedade de que tal exercício demanda o concurso da orientação técnico-jurídica, que apenas um profissional devidamente habilitado e independente pode licitamente fornecer.

Cármem Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal, vaticina que *“o advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares e administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes.”*¹

Preceitua a Carta Republicana, no seu art. 37, II, e a Constituição do Estado do Espírito Santo, art. 32, II, a necessidade de concurso público para preenchimento de cargos na administração pública.

O art. 37, inc. II da Constituição da República assim estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) omissis (...)

¹ Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, Saraiva, 1999.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Aliás, para espantar qualquer dúvida acerca da necessidade de realização de concurso público para o preenchimento de cargos ou empregos públicos, mesmo em entidades da Administração Indireta, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 231 de seguinte teor:

Súmula 231. A exigência de concurso público para admissão de pessoal **se estende a toda a Administração Indireta, nela compreendidas** as Autarquias, as Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, **as Sociedades de Economia Mista, as Empresas Públicas** e, ainda, as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, mesmo que visem a objetivos estritamente econômicos, em regime de competitividade com a iniciativa privada. (g.n.)

As decisões do Egrégio **Supremo Tribunal Federal** são recorrentes em reforçar a obrigatoriedade da realização de concurso público. Senão vejamos:

O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. (ADI 2.364-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-8-2001, Plenário, DJ de 14-12-2001.) No mesmo sentido: ADI 2.113, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-3-2009, Plenário, DJE de 21-8-2009. (g. n.)

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. (...) Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. **As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional**, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º**. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição. (MS 21.322, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 3-12-1992, Plenário, DJ de 23-4-1993.) No mesmo sentido: RE 558.833-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009. (g. n.)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Novamente o Pretório Excelso, na ADI 890-DF, decidiu que “(...) a **Administração Pública direta e indireta deve obediência cogente à regra geral do concurso público para admissão de pessoal**, ressalvadas as duas únicas exceções contempladas pela própria Constituição, relativamente ao provimento de cargos em comissão, (...), e à contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional (...)”. (g. n.)

Ora, as exceções à regra do concurso público encontram-se no art. 37, da CF/88, em seus incisos V (nomeação para cargos em comissão, nas atribuições de direção, chefia e assessoramento) e IX (contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), hipóteses que, desde já, afirmam-se não se adequarem ao caso em exame. Senão vejamos.

2.2 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. CREDENCIAMENTO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA. TERCEIRIZAÇÃO ILEGAL. (ANEXOS 2.1, 2.2 E 2.3)

É de sabença geral que a contratação de serviços advocatícios ou contábeis por parte da Administração Pública somente deve ocorrer em situações excepcionais (art. 25 c/c art. 13, III e V e § 1º da Lei nº. 8.666/93) e não rotineira, já que, como regra geral, as atividades inerentes às categorias funcionais devem ser executadas pelos próprios profissionais da entidade, não podendo, portanto, ser objeto de execução indireta.

Dessa forma, contratações dessa espécie, se realizada em obediência a Lei de Licitações e Contratos públicos (lei 8.666/93) – o que não é o caso em apreço –, somente podem ser consideradas legais se efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade².

Ainda no que se refere à ADI 890-DF, o voto condutor da lavra do eminente Ministro Maurício Corrêa deixou claro que:

Com efeito, a cláusula constitucional autorizadora destina-se exclusivamente – e aqui a interpretação restritiva se impõe – aos casos em que comprovadamente haja necessidade temporária de pessoal. **Tal situação não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os**

² Decisão sigilosa 494/94 -TCU - Plenário, Ata 36/94, TC-019.893/93-0, rel. Min. Carlos Átila Álvares Da Silva



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa (g. n.).

A contratação de serviços de assessoria jurídica também é tema recorrente nessa Corte de Contas, imputando-se como grave a irregularidade quando referidas contratações são realizadas para atividades rotineiras do jurisdicionado, senão vejamos:

ACÓRDÃO TC-353/2010

PROCESSO - TC-2007/2009 (APENSO: TC-2874/2009)

INTERESSADO - CÂMARA MUNICIPAL DE PRESIDENTE KENNEDY

ASSUNTO - PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008

PRESTAÇÃO DE CONTAS - EXERCÍCIO DE 2008 –

PRESIDENTE: GELSON FERNANDES FIRMO - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) RECOMENDAÇÕES AO GESTOR.

[...]

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e seis de outubro de dois mil e dez, à unanimidade, acolhendo o voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar irregulares as contas analisadas, sob a responsabilidade do Sr. Gelson Fernandes Firmo, Presidente da Câmara Municipal de Presidente Kennedy no exercício de 2008, com base no artigo 59, inciso III, alínea “a”, da Lei Complementar nº 32/93, apenando-o com **multa** no valor correspondente a 500(quinhetos) VRTE, com base no artigo 62 da referida lei, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, nos termos do artigo 169 do Regimento Interno deste Tribunal, **tendo em vista a contratação de assessoria contábil jurídica para a realização de atividades típicas, permanentes e essenciais da Administração Pública, contrariando a regra do concurso público; e a ausência de motivação para as referidas contratações, em infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal e aos artigos 3º e 5º da Resolução nº 005/2005 da Câmara Municipal de Presidente Kennedy.** . (g.n.)

ACÓRDÃO TC-290/2012

PROCESSO – TC-3610/2008

INTERESSADO – PREFEITURA MUNICIPAL DE ICONHA

ASSUNTO – RELATÓRIO DE AUDITORIA – EXERCÍCIO DE 2007

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

Reconhecida a natureza **essencial e permanente** dos serviços, ressalta ainda a Área Técnica que esta Corte de Contas, recentemente, considerou **irregular** a “contratação de assessoria contábil jurídica para a realização de atividades típicas, permanentes e essenciais da Administração Pública”, **contrariando a regra** do concurso público e **imputando multa ao gestor**, conforme **Acórdão TC-353/2010** do Processo **TC-2007/2009** da Câmara Municipal de Presidente Kennedy.

Sendo assim, acompanho o entendimento da Área Técnica e decido manter a irregularidade.

Não obstante, de acordo com os documentos anexos, a representação judicial e extrajudicial, bem assim a consultoria e assessoramento jurídico do BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM vem sendo realizada há



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

longo tempo mediante a contratação de sociedade de advogados, por simples credenciamento, violando o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos.

O efetivo exercício da advocacia, **comum e rotineira**, do BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM pelos escritórios credenciados resta devidamente evidenciado nas normas de cadastramento das sociedades de advocacia, uma vez que as contratações visam a prestação de serviços profissionais de advocacia nas mais diversas áreas do direito – trabalhista (Anexo 1.1), tributária (Anexo 1.2), societária e de mercado de capitais (Anexo 1.3), cível e outras (Anexo 1.1) – **“para adoção das medidas judiciais cabíveis visando a recuperação de créditos e para a defesa dos interesses do BANESTES e de suas empresas controladas direta ou indiretamente”**. (g. n.)

Da leitura dos objetos contratuais acima referidos percebe-se, claramente, que os trabalhos desenvolvidos pelos escritórios contratados tratam-se da atividade advocatícia comum e rotineira, longe de se enquadrarem como serviços singulares que demandem uma notória especialização. O BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM, portanto, terceirizam ilicitamente seus serviços advocatícios.

Notadamente, nas normas para cadastramento na área societária e de mercado de capitais (Anexo 1.3), é ainda mais evidente que os serviços contratados tratam-se de atividades comuns e rotineiras da Administração Pública; senão vejamos:

01.01.01. Os serviços abrangerão:

[...]

b. **Elaboração de atas de Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, de reuniões do conselho de Administração, de reuniões da Diretoria e do Conselho Fiscal, elaboração de votos, manifestações ou dissidências, participação em conclaves sociais, seja na condição de membro da mesa, seja na qualidade de representante do acionista (conforme aplicável), elaboração de regimentos e políticas internas, bem como elaboração e alterações de estatutos e contratos sociais, fatos relevantes, manuais internos de práticas de governança corporativas e outros documentos societários ou corporativos necessários;**

Também se demonstrou com essas contratações que há um afluído contínuo de ações judiciais, o que requer um quadro funcional satisfatório e permanente de advogados para cuidar dessas querelas jurídicas que rotineiramente surgem no BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM, não se justificando a terceirização desses serviços através do credenciamento de escritórios de advocacia, como

7/14



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

vem procedendo a Administração Pública no BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM.

Haveria, portanto, ofensa à regra constitucional da realização de concurso público conforme inteligência do art. 37, inciso II, da CF/88.

Nessa linha, a necessidade da realização de concurso público para contratação de advogados se faz presente nesse caso.

O **Egrégio Tribunal de Contas da União**, pronunciando-se acerca da matéria em caso análogo ao ora analisado – qual seja, **credenciamento de serviços advocatícios pelo Banco da Amazônia S/A** –, assentou o entendimento de que a contratação de serviços advocatícios, através de procedimento licitatório ou de sua inexigibilidade (contratação direta), só deve ocorrer em casos excepcionais, como nas causas que tenham natureza singular, de modo que só possam ser defendidas por profissional de notória especialização (caso em que se justifica a inexigibilidade de licitação – art. 25, inciso II, c/c art. 13, inciso V, ambos da Lei nº 8.666/93), ou quando ocorrer um acréscimo inesperado de serviços, caso que justifica a contratação através de procedimento licitatório. Vejamos o teor dos seguintes arestos:

Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios: 1 - Contratação, por inexigibilidade de licitação, para execução de atividades de natureza continuada

Representação oferecida ao TCU indicou supostas irregularidades perpetradas pelo Banco da Amazônia S/A (BASA), referentes ao Credenciamento n.º 2009/001. Entre elas, foi apontado o descumprimento das determinações constantes dos Acórdãos n.os 1.443/2007-Plenário e 3.840/2008-1ª Câmara, no sentido de que o BASA se limitasse a contratar serviços advocatícios apenas para atender a situações específicas, devidamente justificadas, abstando-se de contratá-los para execução de atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva. Em seu voto, o relator asseverou que *“a questão primordial analisada nestes autos diz respeito à terceirização de serviços advocatícios, que o Banco da Amazônia S/A insiste em manter mediante a contratação de escritórios de advocacia para a prestação de serviços judiciais e extrajudiciais em geral, em vez de contratar os referidos profissionais por meio de concurso público”*. Para ele, **a matéria já tem entendimento pacífico no TCU, no sentido de que contratações dessa espécie somente podem ser consideradas legais se efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade**. Assim sendo, as justificativas apresentadas pelo Presidente do BASA e pelo Presidente do Comitê de Licitações do Banco em resposta às audiências, referentes à singularidade dos serviços, bem como ao aspecto da discricionariedade sustentado, *“não merecem acolhida desta Corte, haja vista que o credenciamento ora examinado envolve a prestação de*

8/14



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

serviços advocatícios de natureza continuada, isto é, vem sendo mantida há mais de dez anos. Ademais, as características das contratações em tela não se revestem de grande complexidade, pois abarcam processos de ações de cobrança de créditos e de ações cíveis e trabalhistas onde o Banco detém a condição de réu. Na maioria dos casos, a defesa é padronizada, o que confirma ser dispensável a utilização de técnicas jurídicas complexas ou alto grau de conhecimento para o desempenho dos serviços contratados". Considerando que o edital de credenciamento já estava encerrado, não cabendo, portanto, a sua anulação, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao BASA. **Acórdão n.º 852/2010-Plenário**, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Valmir Campelo, 28.04.2010. (g.n.)

A contratação de serviços advocatícios terceirizados não deve se referir a atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva

Por meio de pedido de reexame, o responsável insurgiu-se contra o Acórdão nº 852/2010-Plenário, por meio do qual esta Corte aplicou-lhe multa, bem como expediu determinações ao Banco da Amazônia S.A. – (BASA), em razão de irregularidades observadas na contratação de serviços advocatícios terceirizados. Na oportunidade da decisão originária, consideraram-se descumpridas deliberações anteriores (Acórdãos nºs 1443/2007–Plenário e 3840/2008-1ª Câmara), nas quais fora determinado ao BASA que se "(...) limitasse a contratar serviços advocatícios apenas para atender a situações específicas devidamente justificadas, abstendo-se de contratá-los para execução de atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva". No presente momento processual, o recorrente alega, em suma, que o Tribunal teria considerado legais terceirizações de serviços advocatícios em circunstâncias semelhantes às presentes, apenas exigindo que os serviços contratados fossem desvinculados de atividade-fim das empresas, caso houvesse insuficiência de advogados no quadro permanente, sobrecarga de trabalho e que fossem observados os princípios da economicidade e eficácia. Além disso, em seu modo de ver, os Acórdãos nºs 1.443/2007- Plenário e 3.840/2008-1ª Câmara não teriam sido descumpridos, pois os termos do Edital de Credenciamento nº 2009/001 observaram as restrições por eles impostas, dado que limitou a atuação dos terceirizados à esfera judicial e não geraram vínculos empregatícios, sendo temporária a terceirização. Aditou, ainda, atuar o BASA em mercado competitivo, sendo regido pelo art. 173, inciso II, da Constituição Federal, com regime jurídico próprio das empresas privadas, não cabendo incrementar o quadro de advogados contratados permanentemente, pois a atividade do banco seria cíclica, e demitir empregados implicaria custos, além de as contratações privilegiarem a atividade-meio. Por fim, enfatizou que as ações envolvendo índices dos Planos Verão, Bresser, Collor e as URP's teriam crescido demasiadamente, a justificar as contratações questionadas, em face do reduzido quadro de advogados do BASA. O relator, ao refutar aos argumentos, ressaltou que as justificativas do recorrente reafirmariam a necessidade de manutenção das determinações inquinadas, tendo em vista que, se os advogados terceirizados apenas atuam em processos judiciais contenciosos para os quais há petições padronizadas, tratando em especial de Planos Econômicos, a conclusão é que, por si só, esse fato contrariaria as determinações exaradas por este Tribunal nas etapas processuais anteriores. Ademais, no ponto de vista do relator, "os processos de execução levados a efeito por advogados terceirizados são rotineiros, pois os Planos Econômicos que os teriam gerado, em suposto número excessivo, são de longa data e não exigem conhecimentos qualificados". **O alegado insuficiente quadro permanente de advogados destinados ao acompanhamento de processos contenciosos, a cargo dos advogados terceirizados, existiria, então, paralelamente à**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

terceirização, a qual aconteceria há vários anos na instituição. Portanto, “*não é razoável concluir que esta última, objeto dos autos, ocorreu por uma situação específica e inédita*”. A longa duração da terceirização examinada – cerca de 10 anos – lançaria dúvidas acerca da economicidade dessa prática, uma vez que não há justificativas se os custos inerentes compensariam, ou não, contratar advogados permanentes ou temporários. Votou o relator, com a aprovação do Plenário, pelo não provimento do recurso. **Acórdão n.º 449/2011-Plenário**, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Augusto Nardes, 23.02.2011. (g.n.)

Lado outro, ainda que as contratações realizadas pelo BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM se referissem a serviços singulares que demandem uma notória especialização – o que, inexoravelmente, não é o caso –, seriam ilegais, pois inobservada por completo a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8666/93), não primando, *ex vi*, pelos princípios da impessoalidade e da ampla competitividade. Senão vejamos algumas das regras estabelecidas para o credenciamento dos escritórios de advocacia:

03.01. Os interessados deverão apresentar para fins de cadastramento, [...] os seguintes documentos [...]:

I. Certidão negativa de condenação em processo disciplinar, expedida pela respectiva Seccional da OAB, para todos os advogados da sociedade. No caso de certidão positiva, a mesma deverá ser acompanhada de esclarecimentos acerca do processo, **cabendo ao BANESTES decidir sobre a sua aceitação ou não**; (g. n.)

n. Declaração (no mínimo duas) fornecidas por pessoas jurídicas de direito público ou privado, preferencialmente Instituições Financeiras e seguradoras, de que o(s) profissional(is) presta(m) ou prestou(aram) serviços advocatícios semelhantes aos do objeto a ser contratado, contendo, obrigatoriamente, os seguintes dados.

- * nome do órgão/empresa que contratou os serviços;
- * nome da empresa/profissional que prestou os serviços;
- * indicação sumária dos serviços realizados;
- * nível de satisfação dos serviços prestados.

05.04. Os interessados que forem considerados aptos pelo BANESTES e demais empresas referidas no preâmbulo, serão, **a seu exclusivo critério** e quando houver necessidade, convocados para assinar contrato de prestação de serviços advocatícios. (g. n.)

12. DAS PENALIDADES

[...]

NOTA: **Os escritórios contratados serão avaliados conforme critérios pré-definidos que poderão importar em até descredenciamento.**

Ora, nestes termos, as exigências previstas nas normas de cadastramento violam frontalmente o Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906/94), já que o exercício da advocacia depende exclusivamente da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil; não há qualquer outra exigência como faz parecer a Administração do BANESTES S/A, do BANESTES SEGUROS S/A, do BANESCOR e do BANESTES DTVM.

10/14



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Ademais, compulsando os documentos em anexo, constata-se a possibilidade de que mais de um escritório de advocacia cadastre-se em uma mesma área de atuação, sem que haja qualquer previsão quanto à forma de distribuição das demandas entre eles, razão pela qual é possível concluir que **escritórios cadastrados são beneficiados em detrimento de outros.**

Por todo exposto, evidencia-se que o BANESTES S/A, o BANESTES SEGUROS S/A, o BANESCOR e o BANESTES DTVM terceirizam ilicitamente seus serviços advocatícios, já que as atividades contratadas referem-se àquelas rotineiras e comuns da prática jurídica, fato que desautoriza a terceirização e afronta à regra constitucional da realização do concurso público (art. 37, inciso II, da CF/88).

Ademais, o § 2º, do art. 37 da CF/88, estabelece claramente que o desrespeito à exigência de concurso público implica na nulidade do ato, no caso em tela, dos contratos de terceirização pactuados.

2.3 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA DESTINADA AO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE CARÁTER ESTRITAMENTE TÉCNICO, PERMANENTE E ORDINÁRIO. (ANEXO 3)

Analisando o sítio eletrônico do BANESTES, link “Acesso à informação”³, item “gratificação por função”⁴ do BANESTES S/A e do BANESTES SEGUROS S/A, é possível constatar que o exercício da função de advogado público no BANESTES S/A e no BANESTES SEGUROS S/A é também, ilegalmente, considerada função de confiança, pois designada a servidores efetivos ocupantes de outros cargos que não o de advogado e que exercem função de confiança.

O art. 37, V, da Constituição Federal estabelece que “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo [...] destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

O cargo de provimento efetivo, por si só, caracteriza-se por ser um cargo cujo exercício pressupõe a execução de atividades de ordem técnica ou administrativa com

³ http://www.banestes.com.br/acessoinformacao/pessoal_contratos.html

⁴ Tal função também está prevista no BANESTES Seguros S/A.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

funções burocráticas ou operacionais, que apenas exigem conhecimentos profissionais para seu bom desempenho.

A função de confiança, muito embora exercida por servidores ocupantes de cargo efetivo, destina-se ao exercício de atividades de direção, chefia ou assessoramento e exige, além dos conhecimentos profissionais, uma relação de confiança entre a autoridade que nomeia e o nomeado.

No caso em tela, não se vislumbra o indispensável elemento de confiança para a confirmação da função de advogado como função de confiança. Pelo contrário, o caráter eminentemente técnico das funções exercidas por advogados públicos indica que o fator prevalente para a nomeação não é a confiança, mas tão-somente o conhecimento técnico, o que desnatura a sua compreensão como de direção, chefia e assessoramento, restando, portanto, violado o art. 37, V, da CF e art. 32, V, da CE, por fraude à via constitucional expressa do concurso público.

As atividades designadas aos servidores efetivos do BANESTES S/A e do BANESTES SEGUROS S/A exercentes da função de confiança “ADVOGADO” por se tratar de representação judicial e extrajudicial, bem como execução de atividades de ordem jurídica, são privativas do servidor ocupante do cargo efetivo de advogado público, nomeado mediante prévia aprovação em concurso público.

Trata-se de funções de caráter estritamente técnico, permanente e ordinário, não se coadunando com a natureza da função de confiança, que deve ser exclusivamente de chefia, direção e assessoramento, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal.

O exercício de serviços jurídicos por servidores designados a desempenhar atribuições de direção, chefia e assessoramento já foi rechaçada por decisão dessa Corte de Contas, qual seja, o r. Acórdão TC-078/2012, proferido nos autos do processo TC-7242/2011, derivado de representação deste Ministério Público de Contas, que reforça a obrigatoriedade da realização de concurso público (o caso específico trata de cargos em comissão), *in verbis*:

ACÓRDÃO TC-078/2012
PROCESSO - TC-7242/2011
INTERESSADO - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS
ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO
EMENTA

12/14



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

REPRESENTAÇÃO – ATRIBUIÇÃO DA ATIVIDADE DE PROCURADOR MUNICIPAL A SERVIDORES COMISSIONADOS – DETERMINAR ANULAÇÃO DOS ATOS DE NOMEAÇÃO AOS CARGOS COMISSIONADOS NO PRAZO DE 30 DIAS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7242/2011, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia quatorze de março de dois mil e doze, à unanimidade, receber a representação, considerar prejudicada a cautelar, determinar a anulação dos atos de nomeação impugnados e notificar no prazo de 30 dias ao Prefeito Municipal para regularizar a situação, exonerando os ocupantes dos respectivos cargos comissionados, nos termos do voto do Relator, Conselheiro em substituição João Luiz Cotta Lovatti, com a modificação proposta do Sr. Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Também na Justiça Estadual tem sido recorrente a condenação de Prefeitos por ato de improbidade administrativa em razão de contratação de servidor público comissionado para desempenho das mesmas funções de servidor público concursado, ou seja, para desempenhar funções de caráter estritamente técnico, permanente e ordinário. Aliás, em outubro de 2014, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, em sede de apelação, confirmou a sentença que condenou ex-prefeito de Afonso Cláudio, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 001.050.005.170
APELANTE: EDÉLIO FRANCISCO GUEDES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RELATOR: DES. SUBST. LYRIO REGIS DE SOUZA LYRIO

ACÓRDÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO, PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO CÍVEL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONCURSO PÚBLICO - FRUSTRAÇÃO DE LICITUDE - CARACTERIZAÇÃO.

1. Caracteriza burla ao princípio do concurso público e, conseqüentemente, ato de improbidade administrativa a contratação de servidor público comissionado voltado ao desempenho das mesmas funções que um servidor público concursado.

2. A administração pública possui inegável poder discricionário de prorrogar, ou não, o prazo de validade do certame, de convocar, ou não, os candidatos aprovados fora do número de vagas, mas não resta autorizada, de forma alguma, a preterir a ordem de classificação do concurso através de vias transversas, como através da contratação de servidores comissionados para desempenhar a mesma função para a qual existem diversos candidatos aprovados mediante concurso público. (g.n.)

Inferre-se, portanto, a inconstitucionalidade da designação de servidores para o exercício de função de confiança destinada à representação judicial e extrajudicial, bem como execução de atividades de natureza jurídica.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

3 - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC nº. 621/12, com adoção do rito sumário na forma do artigo 100, *caput*, da LC nº 621/12⁵;

2 – sejam o BANESTES S/A, BANESTES SEGUROS S/A, BANESCOR e BANESTES DTVM notificados para informarem a quantidade de processos distribuídos a cada sociedade de advogados contratada nos últimos 5 (cinco) anos e o respectivo valor de cada causa distribuída, bem como os critérios utilizados para a distribuição.

3 – cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, sejam os responsáveis, nos termos do art. 56, II, da LC 621/2012, citados para, querendo, deduzirem defesa;

4 – reconhecida a prática de ato de gestão ilegal e ilegítimo, seja **determinado**, que:

a) no prazo de 6 (seis) meses, realize concurso público, substituindo os serviços advocatícios terceirizados e as funções de confiança pela contratação de candidatos aprovados em número compatível com a projeção da quantidade de ações judiciais em que devam atuar;

b) os contratos de terceirização de serviços advocatícios, atualmente vigentes, sejam cancelados.

Termos em que pede deferimento.

Vitória, 12 de junho de 2015.

⁵ Art. 100. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, será realizado sob o rito sumário, nos termos do Regimento Interno.