GRUPO II - CLASSE I – PLENÁRIO.
TC 010.997/2004-4 (com 1 volume e 8 anexos).
Apensos: TC 013.469/2004-6 (com 1 anexo c/ 1 volume); TC 013.065/2004-5 (com 2 anexos); TC 012.062/2004-9; TC 015.476/2009-0 e TC 014.878/2007-6.
Natureza: Pedido de Reexame.
Entidade: Banco do Nordeste do Brasil S/A – BNB.
Recorrentes: Roberto Smith (CPF 270.320.438-87); Victor Samuel Cavalcante da Ponte (CPF 375.091.107-00); Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães (CPF 000.141.923-49); Paulo Pereira Jucá (CPF 117.108.373-49); Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral (CPF 070.763.984-00); Francisco de Assis Germano Arruda (CPF 073.970.463-04); e Luiz Alberto Cruz de Oliveira (CPF 059.775.095-53).
Interessados: José Jorge de Vasconcelos Lima, então Senador da República, autor da representação objeto do TC-013.469/2004-6 (apenso), o Procurador da República Alessander Wilckson Cabral Sales, que solicitou informações sobre o presente processo, atuando em nome do Ministério Público Federal – Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, e o Procurador da República Marcelo Mesquita Monte, que requereu cópia destes autos, para fins de instrução do P.A. nº 1.15.000.000968/2009-02, atuando em nome do Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Ceará, 5º Ofício da Tutela Coletiva, conforme registra o TC-015.476/2009-0 (apenso).
Advogados constituídos nos autos: Eduardo Antonio Lucho Ferrão (OAB/DF 9.378); Paulo Roberto Baeta Neves (OAB/DF 600); Edson Queiroz Barcelos Júnior (OAB/DF 19.502); Angela Cignachi (OAB/DF 18.730); Luiz Felipe Bulus Alves Ferreira (OAB/DF 21.932); Janaína Castro de Carvalho (OAB/DF 14.394); Marcelo Leal de Lima Oliveira (OAB/DF 20.299); Floriano Dutra Neto (OAB/DF 20.499); José Rosemberg Leite Neto (OAB/SE 2.603), procuração à folha 163 do volume principal; Maricema Santos de Oliveira Ramos (OAB/PB 12.279-B); Ana Carolina Martins de Araújo (OAB/DF 27.637); André Soares de Azevedo de Melo (OAB/DF 22.689 e OAB/PE 17.921); Camila Vasconcelos B de Urquiza (OAB/CE 16.821); Carlos Geovanni Gonçalves Soares (OAB/CE 17.594); Francisco Roberto Brasil de Souza (OAB/CE 6.097); Daniel Souza Volpe (OAB/SP 214.490); Henrique Silveira Araújo (OAB/CE 14.747); Isael Bernardo de Oliveira (OAB/CE 6.814); Jean Marcell de Miranda Vieira (OAB/PI 3.490); Karine Rodrigues Mattos (OAB/CE 18.120); Maria Gabriela Silva Portela (OAB/MA 5.741); [procuração à folha 286 do volume 2]; Alessandra Osugi Cavalcante de Alencar (OAB/CE 15.697); Ana Cristina Cavalcante Silveira (OAB/CE 17.697); Ana Cristina Roberto de Sena (OAB/CE 17.509); Carlos Augusto Ponte Ximenes (OAB/CE 12.701); Cláudio Chaves Arruda (OAB/CE 13.162); Cláudio Germano Sampaio Machado (OAB/CE 17.591); Edmilson Barbosa Francelino Filho (OAB/CE 15.320); Elizabeth Pereira Paiva (OAB/CE 15.643); Emilia Rodrigues de Oliveira

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

(OAB/CE 13.718); Fernanda Novais Cruz Lima Costa (OAB/BA 18.377); George Felicio Gomes de Oliveira (OAB/CE 16.759); Helvécio Veras da Silva (OAB/PI 4.202); Henrique Severo de Araújo Maia (OAB/CE 3.135); João Silva de Almeida (OAB/CE 16.903-B); Jorge André Brasil Lima (OAB/CE 15.779); José Valdo de Melo Júnior (OAB/CE 10.461); Leonardo Queiroz Xavier (OAB/CE 14.476); Marcel de Oliveira Franco Alvarenga (OAB/CE 13.875); Maria do Amparo Pereira (OAB/CE 9343); Marcio Né Mendonça Freire (OAB/CE 10.702); Maria José Lima Malaquias (OAB/CE 3.191); Maria Socorro de Araújo Salviano (OAB/CE 8.540); Mariana Magalhães Ribeiro Arruda (OAB/CE 17.684); Marlúcia Lopes Ferro (OAB/CE 6.317); Patricia de Holanda Weine Santos (OAB/CE 15.396); Rejane Nogueira Pamplona Bedê (OAB/CE 14.522); Regina Helena Costa e Costa Lima (OAB/CE 8.230); Sandra Valente de Macêdo (OAB/CE 5.237); Vitor Brito Queiroz (OAB/BA 20.964); Weltton Rodrigues Loiola (OAB/CE 14.683); [procuração à folha 291 do volume 2]; Benedito José Barreto Fonseca (OAB/DF 4.946); Mariza P. M. Barreto Fonseca (OAB/DF 1.094-A); Paulo Fernando Soubihe Sawaya (OAB/SP 158.151); [procuração à folha 151 do anexo 2]; Rannery Lincoln Gonçalves Pereira (OAB/DF 20.229); [procuração à folha 151 do anexo 2 e 33 do anexo 3]; Luiz Alberto Cruz de Oliveira (OAB/BA 9.53); Nicola Moreira Miccione (OAB/CE 14.228); Egline Rodrigues da Rocha (OAB/PI 3.736-B); Haroldo Maia Júnior (OAB/CE 14.769); João Paulo Oliveira Dias de Carvalho (OAB/CE 16.441); Karla Patricia Rebouças Sampaio (OAB/CE 15.433 e OAB/DF 24.016); Lilyan Cordeiro Mourão (OAB/CE 15.665); [procuração à folha 15 do anexo 5]; Antônio Pedro da Silva Machado (OAB/DF 1.739-A); Lucinéia Possar (OAB/PR 19.599); Solon Mendes da Silva (OAB/RS 32.356); Antonio Carlos Rosa (OAB/MT 4.990-B); Vilmon Malcorra Vilagran (OAB/PE 860-B); Herbert Leite Duarte (OAB/DF 14.949); [procuração à folha 31 do anexo 7]; Nivaldo Pellizzer Júnior (OAB/RS 17.904); Wilderson Botto (OAB/MG 66.037); [procuração à folha 32 do anexo 7]; Igor Rego Colares de Paula (OAB/CE 16.043); Rômulo Gonçalves Bittencourt (OAB/BA 22.347); Ângelo Altoé Neto (OAB/BA 7.410); Antônio Pedro da Silva Machado (OAB/DF 1.739-A); Antonio Rugero Guibo (OAB/SP 114.145); Neila Maria Barreto Leal (OAB/DF 15.547); Nivaldo Pellizzer Junior (OAB/RS 17.904); Amir Vieira Sobrinho (OAB/GO 15.235); André Luiz de Medeiros e Silva (OAB/DF 5.539); Ângelo Aurélio Gonçalves Pariz (OAB/SP 74.864); Célio Cota de Queiroz (OAB/DF 18.265); Erika Cristina Frageti Santoro (OAB/SP 128.776); Ewerton Zeydir Gonzalez (OAB/SP 112.680); Hortência Maria de Medeiros e Silva (OAB/DF 3.744); Jorge Vergueiro da Costa Machado Neto (OAB/DF 6.744); Leonardo Gauland de Magalhães Bortoluzzi (OAB/DF 18.056); Lucinéia Possar (OAB/PR 19.599); Luiz Antonio Borges Teixeira (OAB/DF 18.452); Luiz de França Pinheiro Torres (OAB/DF 8.523); Marco Aurélio Aguiar Barreto (OAB/BA 8.755); Nilo Alfredo Moroni (OAB/DF 21.605); Pedro

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

Afonso Bezerra de Oliveira (OAB/DF 5.098); Samis Antônio de Queiroz (OAB/SP 115.698); Agnaldo Garcia Campos (OAB/SP 130.036); Alberto Lemos Giani (OAB/DF 10.801); Alexandre Pocai Pereira (OAB/SC 8.652); Altemir Bohrer (OAB/DF 23.260); Amílcar Martins de Oliveira (OAB/DF 14.900); Ana Cláudia Cardoso Borges Bessa de Souza (OAB/SP 184.528); Ana Diva Teles Ramos Ehrich (OAB/CE 4.149); Antonio Carlos da Rosa Pellegrin (OAB/SC 15.672-B); Antonio Carlos Rosa (OAB/MT 4.990-B); Auderi Luiz de Marco (OAB/SC 20.525-B); Augusto Cesar Machado (OAB/DF 18.765); Carlos José Marciéri (OAB/SP 94.556); César José Dhein Hoefling (OAB/DF 24.758); Danielle Costa do Amaral (OAB/DF 26.781); Edino Cézar Franzio de Souza (OAB/SP 113.937); Edivaldo José Bento (OAB/SP 108.464); Elda Ettinger de Menezes (OAB/BA 6.597); Eneida de Vargas e Bernardes (OAB/SP 135.811-B); Fernando Alves de Pinho (OAB/RJ 97.492); Flávio Márcio Firpe Paraíso (OAB/DF 4.866); Flávio Renato Fanchini Terrasan (OAB/SP 227.304); Gilberto Eifler Moraes (OAB/RS 13.637); Índio Brasil Leite (OAB/DF 19.624); Jairo Waisros (OAB/DF 24.769); Jefferson Luís Mathias Thomé (OAB/DF 20.666); João Frederico Hofstatter Trott (OAB/SC 12.809-B); Jorge Elias Nehme (OAB/MT 4.642); Luciano Henrique Pereira de Menezes (OAB/RJ 126.407); Luis Alberto da Silva (OAB/DF 26.767); Luis Carlos Kader (OAB/RS 46.088); Luiz Emiraldo Eduardo Marques (OAB/SP 117.402-B); Luzimar de Souza (OAB/GO 7.680); Magda Montenegro (OAB/DF 8.055); Mário Eduardo Barberis (OAB/SP 148.909); Marly Figueiredo Mubarac (OAB/AC 1.180); Mayris Fernandez Rosa (OAB/DF 5.451); Nelson Buganza Júnior (OAB/SP 128.870); Paulo Sérgio França (OAB/SP 115.012); Rogério Aparecido Gil (OAB/SP 123.500); Rosângela de Souza Raimundo (OAB/DF 11.242); Sandro Diehl (OAB/RS 67.136-B); Sandro Nunes de Lima (OAB/DF 24.693); Sebastião Donizete Batista Pires (OAB/SP 76.652); Solon Mendes da Silva (OAB/RS 32.356); Stella Maria Ferreira de Castro (OAB/DF 21.935); Sueli Santos Mendonça (OAB/DF 9.782); Valdemi Mateus da Silva (OAB/SP 213.593); Vilmar de Souza Carvalho (OAB/GO 17.820); Vilmon Malcorra Villagran (OAB/PE 860-B); Vitor da Costa de Souza (OAB/DF 17.542); Wagner Martins Prado de Lacerda (OAB/SP 111.593); e Wilson Roberto Parpinelli (OAB/SP 135.266).

Sumário: PEDIDOS DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR SUSPENDENDO PARCIALMENTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO. EMBARGOS SUBSEQUENTES NÃO ACOLHIDOS. AGRAVO JULGADO IMPROCEDENTE. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA OFERECIDAS NA FASE ANTERIOR DO PROCESSO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. UM DOS PEDIDOS DE

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

REEXAME APRESENTADO A DESTEMPO E SEM FATOS NOVOS CAPAZES DE RELEVAR A INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DEMAIS PEÇAS RECURSAIS CONTENDO ALEGAÇÕES POR PARTE DOS RECORRENTES CONSIDERADAS INSUFICIENTES PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO A ELES IMPOSTA. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte integrante do relatório a instrução de fls. 66/79 – anexo 8, elaborada no âmbito da Secretaria de Recursos – Serur:

"Trata-se de pedidos de reexame interpostos pelos Srs. Roberto Smith, Victor Samuel Cavalcante da Ponte, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Paulo Pereira Jucá, Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral, Francisco de Assis Germano Arruda e Luiz Alberto Cruz de Oliveira contra o Acórdão 648/2007 – Plenário (fls. 200/201, v. p.) mantido pelo Acórdão 298/2009-Plenário (fls. 269/270, v.2).

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de Representação instaurada em virtude do recebimento de documentos dando notícias de potenciais irregularidades na contratação direta da empresa Cobra Tecnológica S.A. pelo Banco do Nordeste do Brasil para prestação de serviço de tecnologia da informação no valor de R$129.933.243,00.

3. Após o regular desenvolvimento do processo, este Tribunal decidiu, exarando o Acórdão 648/2007 - Plenário, no que interessa para a presente instrução:

'9.3. rejeitar as razões de justificativa oferecidas pelo Sr. Roberto Smith, Presidente do Banco do Nordeste do Brasil S.A, e pelos Srs. Francisco de Assis Germano Arruda, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral e Victor Samuel Cavalcante da Ponte, diretores do BNB, aplicando-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/1992 e no art. 268, II, do Regimento Interno, no valor de 30.000,00 (trinta mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso II, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional;

9.4. rejeitar as razões de justificativa oferecidas pelo Sr. Paulo Pereira Jucá, Superintendente da Área de Tecnologia da Informação do Banco do Nordeste do Brasil S. A., e pelo Sr. Luiz Alberto Cruz de Oliveira, Superintendente Jurídico do BNB, aplicando-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92 e no art. 268, II, do Regimento Interno, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso II, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional;'

4. O Banco do Nordeste do Brasil, bem como os Srs. Francisco de Assis Germano Arruda e Luiz Alberto Cruz de Oliveira, opuseram embargos de declaração contra o referido Acórdão, sendo o primeiro não-conhecido e os últimos rejeitados, como consta do Acórdão 298/2009 – Plenário.

5. Os Srs. Roberto Smith, Victor Samuel Cavalcante da Ponte, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Paulo Pereira Jucá, Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral, interpuseram pedido de reexame contra o Acórdão 648/2007 – Plenário, os quais ainda não haviam sido apreciados em virtude da suspensão de prazo provocada pela oposição de embargos de declaração supracitada.

6. Após expedição do Acórdão 298/2009 - Plenário, os Srs. Francisco de Assis Germano Arruda e Luiz Alberto Cruz de Oliveira também interpuseram pedidos de reexame contra o Acórdão 648/2007 - Plenário. A análise de todos os pedidos de reexame é feita a seguir.

ADMISSIBILIDADE

7. Os exames preliminares de admissibilidade dos pedidos de reexame foram realizados pela unidade técnica e constam das folhas 57/58 do anexo 3, 34/35 do anexo 7 e 52/53 do anexo 8, com proposta de conhecimento apenas dos recursos presentes no primeiro e último desses anexos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

8. O Exmo. Ministro-Relator Valmir Campelo, em Despacho de folha 55 do anexo 8, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos constantes dos anexos 3 e 8, encaminhando os autos ao Ministério Público junto a esta Corte para que se pronunciasse exclusivamente a respeito da admissibilidade do recurso presente no anexo 7.

9. O **parquet**, em parecer de folhas 56/57 do anexo 8, entendeu devida a proposta inicial da unidade técnica, e o Ministro-Relator emitiu novo Despacho, à folha 61 do anexo 8, determinando a instrução dos anexos 3 e 8.

MÉRITO

Recurso de Luiz Alberto Cruz de Oliveira (Anexo 8)

Argumento

10. O recorrente alega que as falhas de cunho jurídico por cuja omissão no apontamento foi condenado não existiam, uma vez que o Projeto Básico que analisou especificava devidamente o objeto a ser contratado, sendo que o que foi reputado desapropriadamente inespecífico seria objeto de contratações futuras.

11. Expõe, também, que o Projeto Básico apresentado até então não propunha a aquisição de objetos desprovidos de especificação e demonstração de compatibilidade de preços com o mercado, tendo afastado expressamente esses vícios.

12. Indica e destaca diversos excertos de documentos constantes dos autos que evidenciam essa alegação por disporem expressamente que apenas parte do objeto (item do 1.1 do objeto do Contrato) seria imediatamente contratado, e não necessariamente com a mesma empresa.

13. Acrescenta que o exame da higidez do Projeto Básico relativo às futuras contratações deveria ser feito apenas nessa ocasião, quando materialmente possível elaborar o documento a ser submetido ao consultor jurídico, havendo, inclusive, previsão, no Projeto Básico examinado (transcrita na folha 13), da necessidade de detalhamentos e ajustes contratuais para as futuras contratações.

Análise

14. Trata-se de tese completamente nova nos autos, frontalmente contrária à que o ora recorrente apresentou em suas razões de justificativa. Acerca do tema, assim se pronunciou em suas razões de justificativa (folha 185/6 do anexo 2):

'Ademais, consta do Projeto Básico que o objeto a ser contratado não deveria ser fracionado, porque a contratação parcelada, com partes adquiridas de fornecedores diferentes, não resolveria o problema da falta de integração que se verifica entre os diversos sistemas e entre estes e os diversos equipamentos.

[...]

De acordo com essas informações, fracionar o objeto e licitar as diversas partes não resultaria na proposta mais vantajosa para o Banco, porque o problema da não integração entre sistemas e equipamentos não teria como ser resolvido.'

15. Apesar de não estar claro como os dois posicionamentos pudessem ser ao mesmo tempo concebidos pelo recorrente no momento da emissão de seu parecer, realizando análise que lhe é mais favorável, é possível aceitar que sua concepção já era a ora trazida.

16. Partindo dessa premissa, considerando que o item 1.1, que trata do objeto do contrato traz de forma minudente o objeto da contratação, e, ainda, em razão de tudo o mais que argumentou em sede recursal , pode-se acolher o argumento do recorrente.

17. Conquanto haja pertinência no argumento anterior, a irregularidade não é elidida. Isso porque a 'solução global integradora', por tudo o que consta dos autos, incluindo manifestações do ora recorrente, só poderia ser implementada se o objeto não fosse fracionado.

18. Ora, como o que aqui é defendido é justamente a possibilidade de fracionamento do objeto contratual, fica sem um dos principais fundamentos para a contratação direta por inexigibilidade (irregularidade que consubstancia o próprio núcleo da condenação), a saber, viabilizar a 'solução global integradora'.

19. Também deve ser observado que, havendo viabilidade de divisão do objeto do contrato tal como agora alegado pelo recorrente, tem-se que o procedimento adotado pela Administração é contrário ao disposto no artigo 23, § 1º, da Lei nº 8666/93.

20. Em suma, o recorrente é contraditório em suas manifestações nos autos desse processo, e em nenhum dos casos consegue elidir as irregularidades pelas quais foi condenado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

21. Na fase de recursos, que ora se aprecia, apresenta tese nova que retira o próprio fundamento que se pretendeu cabível para justificar a contratação direta, e isso sem acrescentar qualquer outra justificativa para tanto.

22. Se, por um lado, apresenta considerações que têm potencial para justificar seu parecer quanto ao aspecto da especificação do objeto contratual, não justifica o cerne da irregularidade: contratação direta sem o devido respaldo legal.

Argumento

23. O recorrente indica os parágrafos 50, 50.1 e 50.4 do parecer contratado como respaldando a forma de contratação expressa no Projeto Básico, bem como o 58 para justificar a contratação inicial de empresa específica para identificar os problemas e as soluções do objeto e, posteriormente, proceder às especificações e determinações de preços oportunos, sendo que o 50.3 é reputado como indicador da ausência de intenção de adquirir bens ou serviços inteiramente especificados e com preço definido.

Análise

24. A esse respeito, o que se observa é uma redação bastante genérica, que não suporta diretamente as conclusões do recorrente, servindo, também, como justificativa possível para alternativas bastante diversas.

25. Com efeito, os parágrafos 50, 50.1 e 50.4 apenas descrevem que o objeto da contratação é um sistema complexo, que não se encontra pronto no mercado. No entanto, a necessidade de contratar pelo modo particular como o Projeto Básico, na nova interpretação do recorrente, não deflui diretamente de sua complexidade, podendo ocorrer de outras maneiras.

26. O parágrafo 58, por sua vez, apenas contextualiza a complexidade do objeto para dizer que é inviável sua contratação em prazo de 180 dias, apresentando a alternativa de contratação de um parceiro para o desenvolvimento do sistema sem necessariamente executar uma prestação determinada. Isso também é compatível com a nova versão da interpretação do Projeto Básico trazida pelo recorrente, mas não a faz necessária.

27. Por fim, o parágrafo 50.3 ressalta que os equipamentos podem ou não ser contratados inicialmente, sem chegar às especificidades que pretende o recorrente no que concerne a desnecessidade de especificação de características e preços.

28. Em suma, as passagens do parecer do consultor externo indicadas pelo recorrente são muito genéricas e não servem para sustentar a tese de que a proposta apresentada satisfazia todas as recomendações que o jurista expressamente indicou, não constando dos autos o mais importante: o vínculo entre a realização de licitação e o prejuízo que o procedimento traria para a Administração.

Argumento

29. O recorrente afirma que a forma de contratação proposta no Projeto Básico não apresentava desconformidade relativa ao recomendado no parecer do consultor externo.

30. Acrescenta que a recomendação da alínea ‘a’ foi devidamente cumprida, enquanto as de alínea ‘b’ a ‘e’ (folha 239 do anexo 1 do TC 013.469/2004-6) só poderiam ser objeto de apontamento de ressalvas com base no conteúdo do Projeto Básico, o qual não pôde examinar porque ainda não tinha sido elaborado para os itens referentes a essas recomendações, que sequer foram objeto de contratação.

Análise

31. Antes de tudo, deve-se destacar que, adotada a nova tese trazida pelo recorrente, apenas um objeto foi contratado - desenvolvimento, evolução e manutenção de sistemas de informação -, o qual tem natureza de serviço, razão pela qual se aplicam a ele as recomendações constantes das alíneas ‘b’ a ‘e’ do parecer do consultor externo.

32. Em verdade, tais recomendações não fazem outra coisa senão esmiuçar outra que está prevista em parte anterior do mesmo parecer de maneira bastante genérica: ‘demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos’ (folha 217 do anexo 1 do TC 013.469/2004-6).

33. Com efeito, os pilares sobre os quais assentou a contratação direta por inexigibilidade de licitação foram a viabilização da ‘solução global integradora’ e o risco de exposição das fragilidades do banco.

34. Esses sequer foram cotejados com particular atenção no caso do item 1.1 do objeto do Contrato, pelo que descabido falar em demonstração cabal dos prejuízos decorrentes do processo licitatório para esse objeto.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

35. Sendo assim, ainda que se admita, como pretende o recorrente, que apenas parcela do contrato foi efetivamente ajustada entre as partes, não existe para esse objeto o atendimento das recomendações propostas pelo consultor externo.

36. Em miúdos, não existe evidência de que a realização de licitação para contratar quem desenvolva, evolua e mantenha sistema de informações pode, com satisfatório grau de certeza, expor informações cruciais do Banco de modo a lhe gerar prejuízo ou inviabilizar a 'solução global integradora'.

Argumento

37. O recorrente assere que os elementos fáticos analisados pelo consultor externo são os constantes do Projeto Básico, mesmo não tendo ele tido a oportunidade de analisar o referido documento porque este só foi formalizado após a emissão do seu parecer.

38. Apresenta diversos excertos do parecer contratado que entende suportar que o consultor jurídico externo emitiu sua opinião com base nos seguintes fatos:

38.1. O BNB enfrentava várias dificuldades na área de TI em decorrência de proliferação de linguagens, contrato próximo do termo final, inconveniência de auto-exposição ao público de suas deficiências

38.2. O Contrato com a Cobra Tecnologia S.A. era vantajoso pela cláusula de transferência de tecnologia;

38.3. Faltava integração na área de TI, não havendo possibilidade de simples aquisição de equipamentos e programas, sendo essencial o desenvolvimento de um novo sistema pela contratação específica de um parceiro;

38.4. Esse parceiro deveria ter a capacitação tecnológica necessária para identificar os problemas e as soluções porque o objeto não consistia em prestação específica e predeterminada;

38.5. A contratação pretendida é de grande relevância para o Banco;

38.6. Seu problema não poderia ser resolvido por um contrato emergencial com duração de 180 dias;

38.7. A realização de licitação acarretaria divulgação de informações estratégicas das dificuldades então enfrentadas pelo BNB.

39. Diante disso, conclui dizendo que tudo o que estava exposto na Proposta de Ação Administrativa era do conhecimento do parecerista externo e essas informações estavam de acordo com o que consta de relatórios das consultorias especializadas e inspeções feitas pelo Banco Central, pelo que é equivocada a posição exposta no Acórdão segundo a qual o parecer não lhe dava o devido respaldo.

Análise

40. Todos os fatos e teses mencionados pelo recorrente nesse argumento estão presentes, com maior ou menor ênfase, tanto no seu parecer quanto no parecer do consultor externo, pelo que se entende que parte do argumento deve ser acolhida.

41. O principal, no entanto, consistente na ilação de que dessas teses e fatos implicam a idoneidade do parecer do consultor externo para respaldar a contratação direta por inexigibilidade, a qual não é procedente. E isso, mormente, porque o consultor externo apenas emite uma opinião não prevista em lei, caso contrário ao do recorrente.

42. Com efeito, o artigo 50, inciso IV, da Lei nº 9784/99, determina a necessidade de motivação de atos que declaram a inexigibilidade de licitação, ao passo que o § 1º, do mesmo artigo, estabelece que essa motivação deve ser congruente com o ato.

43. O artigo 37, inciso XXI, da CF/88, consagra obrigatoriedade de licitação anteriormente à contratação de serviços, a qual só deve ser afastada em casos muito excepcionais e consoante previsão legal.

44. Com isso, tem-se que, na ocorrência de um desses casos excepcionais, é necessário que a Administração deixe muito bem consignado o motivo do afastamento da regra. A previsão legal da supracitada necessidade de motivação de tais atos é, portanto, de todo oportuna.

45. Importa notar que o *caput* do artigo 50 da Lei nº 9784/99 é explícito em determinar que a motivação consiste em explicitação dos fundamentos fáticos e jurídicos subjacentes aos atos que elenca.

46. Importa notar, também, que ao Direito sempre importam os fatos que qualifica como jurídicos, e, apesar de poder ser concebido de maneira autônoma em relação aos fatos, existe para sobre eles incidir.

47. Desse modo, o parecerista não pode agir como doutrinador, apenas especulando sobre questões jurídicas, mas deve necessariamente investigar se os fatos envolvidos na atividade a respeito da qual

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

emite uma opinião exigida por lei (no caso em exame, artigo 38, inciso VI, da Lei 8666/93, além do já mencionado artigo 50, inciso IV, da Lei nº 9784/99) estão ou não em conformidade com o ordenamento jurídico.

48. Dessas observações resulta que o recorrente, analisando a possibilidade de contratação direta por configuração de inexigibilidade de licitação, deveria examinar a matéria a ele submetida de modo a expressar opinião sobre a utilidade da realização de licitação, sob o crivo da viabilidade, nos estritos limites do caso concreto a ele levado.

49. Mais que isso, a matéria fática não poderia estar restrita a considerações genéricas. A uma, porque o afastamento da licitação é medida de todo o excepcional. A duas, porque a materialidade do Contrato examinado era bastante significativa. Sem isso, descabe falar no atendimento à congruência estabelecida no artigo 50, § 1º, da Lei 9784/99.

50. Assim, não se pode acolher o argumento. Para esse efeito, seria necessário que a análise da matéria fática exposta nos pareceres fosse muito mais detalhada no sentido de expor como a situação de fragilidade do banco seria exposta pela publicação de edital de técnica e preço e como o objeto específico que se pretendia contratar era singular.

Argumento

51. O recorrente alega que o parecer jurídico contratado afirma categoricamente que a solução idealizada pelo BNB podia ser contratada por inexigibilidade, contrariamente ao que foi exarado no Acórdão que julgou os embargos de declaração.

52. Em defesa desse posicionamento, faz a ressalva de que a redação adotada pelo consultor jurídico externo, com a expressão 'em princípio' foi devida simplesmente ao fato de que pareceristas jurídicos não possuem qualificação técnica para conferir os elementos fáticos que lhe são apresentados.

Análise

53. O argumento não merece ser acolhido. Conforme analisado acima, os fatos e teses de que partiu o consultor externo para emitir seu parecer foram muito superficiais para que pudesse ser entendido como opinião que manifesta integralmente a respeito do caso concreto do Banco do Nordeste do Brasil.

54. Soma-se a isso que o referido parecer foi emitido sem o cuidado de realizar o devido exame da matéria fática envolvida. Tal fica evidente pelo uso da expressão 'segundo o consulente expôs' (folha 188 do anexo 1 do TC 013.469/2004-6) e na forma hipotética de sua resposta aos quesitos (folha 240/241):

'Quando os riscos produzidos pela licitação cederem significativamente os potenciais benefícios e fora ela, licitação, potencialmente apta a impedir a satisfação do interesse público [...];

Quando se verificar que a Administração Pública não pode aguardar o prazo necessário à realização da licitação [...];

Se evidenciado o risco de comprometimento da confiança dos investidores no Consulente [...];

Em princípio, sim [...]'

55. Ainda, deve-se relembrar que o parecerista externo afirmou que é possível fazer a contratação direta apenas se a Administração puder 'demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos' (folha 217 do anexo 1 do TC 013.469/2004-6).

56. De tudo isso, tem-se que não é apenas pelo emprego da expressão 'em princípio' que se verifica não ter o consultor jurídico externo manifestado opinião categórica sobre a situação de seu cliente.

57. Não se pode, também, aceitar a excusa baseada em que pareceristas jurídicos não possuem qualificação técnica para conferir os elementos fáticos que lhe são apresentados. Isso porque, como analisado acima, a função do parecerista, quando a emissão de sua opinião é compulsória para a prática do ato, é justamente a de verificar se os fatos envolvidos apresentam conformidade com o ordenamento jurídico.

58. Caso sejam esses fatos dotados de elevado grau de complexidade técnica, deve o consultor jurídico cuidar para que, valendo-se de conhecimento de peritos, obtenha peça que descreva os fatos relevantes de maneira que possam ser compreendidos pelo leigo, pois apenas assim poderá fazer adequada análise do caso concreto submetido a seu crivo.

59. Nisso, deve-se destacar que o consultor externo emitiu opinião facultativa para o processo licitatório, diversamente do recorrente. Por esse motivo, tem-se que ao primeiro é dado manifestar-se de maneira hipotética e relativamente superficial a respeito dos fatos analisados, o que não se admite do último.

Argumento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

60. O recorrente afirma que as justificativas constantes do Projeto Básico eram verossimilhantes e pertinentes a assunto técnico, cujo conhecimento não se pode exigir de advogado.

61. Acrescenta que a ausência de riscos envolvidos na realização de licitação só veio à tona depois que os técnicos da Secex/CE realizaram inspeções e entrevistas que o recorrente não poderia fazer, por ter sua área de atuação adstrita a questões jurídicas.

62. Indica trecho de instrução realizada pela Secex (folha 33, an. 8) da qual extrai que os itens que deveriam compor a solução global poderiam ser licitados em separado ou em grupo sem prejuízo da solução, e que a realização de licitação não exporia as fragilidades do Banco, afirmações cuja aferição de veracidade reputa não ser da alçada jurídica.

63. Aponta excerto do Projeto Básico (folhas 34 e 35, an. 8) que revela a situação gravosa a que foi exposta a área de TI do Banco em razão da opção anterior de descentralizar os referidos serviços (informações constantes também de documentos de outra lavra a que faz citação - folhas 36 e 37, an. 8), e indica que mesmo no Voto do Acórdão recorrido existe reconhecimento de tal precariedade.

64. Alega que a solução dessas deficiências deveria ser proposta pela área técnica do BNB, o que de fato ocorreu e foi mencionado no Projeto Básico, citando fragmentos deste documento (folhas 37 a 38, an. 8) que também indicam que a licitação, conquanto possível, não traria a melhor solução para o Banco.

65. Aduz que, diante desse quadro, havia respaldo técnico suficiente para que o recorrente concluísse pela verossimilhança das alegações que lhe foram apresentadas, de nada servindo seu conhecimento jurídico para corroborá-las ou infirmá-las.

66. Reforça essa conclusão dizendo da existência de opiniões diametralmente opostas emitidas por técnicos capacitados para tanto, a saber, os do BNB e os do TCU, revelando que o tema não é pacífico nem para quem tem gabarito para apreciar as questões e dotado de fé de ofício.

67. A esse respeito, traz também trecho do o Mandado de Segurança 24.073-3, julgado pelo STF, de acordo com o qual o advogado, perante informação técnica dotada de verossimilhança, não deve aferir o mérito da decisão nela baseada.

Análise

68. O argumento não merece ser acolhido por razões já mencionadas que, nesse momento, apenas se enfatiza. O cerne da questão reside em que a emissão do parecer do consultor jurídico deve avaliar a situação em que o caso concreto se encontre e, para propor contratação direta deve, nas palavras do consultor externo, 'demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos' (folha 217 do anexo 1 do TC 013.469/2004-6).

69. Assiste razão ao recorrente ao alegar que não deve se manifestar a respeito de questões com elevado teor técnico cujo conhecimento não se exige de si. Por outro lado, é seu dever de ofício sopesar as alternativas (contratação direta ou realização de licitação) e, justificadamente, ser assertivo sobre a que se reveste do devido respaldo jurídico.

70. Não sendo ele dotado da capacidade necessária para tanto, é imperioso que obtenha elementos de análise em linguagem acessível ao leigo que permitam fazer o supramencionado juízo. Não constam dos autos quaisquer documentos dessa natureza.

71. Os excertos que o recorrente transcreve em sua peça de resistência não fazem mais do que afirmar que se verifica estado de precariedade na área de TI do Banco e que a realização de licitação ocasionaria relato detalhado expondo as fragilidades em que se encontra o Banco.

72. Ou seja, apenas afirmam a existência de uma situação de precariedade sem, contudo, trazer elementos de convencimento suficientes para que se conclua que a realização de licitação traria prejuízos ao banco.

73. E é justamente para o estabelecimento do vínculo entre a situação de precariedade e os prejuízos dela decorrentes diante da realização de licitação que reside a necessidade de emissão de parecer jurídico caracterizando verificada a situação de maior vantagem na contratação direta do que na realização de licitação.

74. Assim, constata-se que o material sobre o qual o recorrente debruçou-se para emitir sua opinião não oferece o respaldo técnico devido, o qual deveria ele exigir. A existência de opinião diversa entre os técnicos do BNB e os do TCU não favorece o recorrente, pois é evidente que a manifestação dos primeiros, que apenas afirma sem justificar, não representa justificativa congruente para a contratação direta.

75. A tese contida no mandado de segurança citado pelo recorrente também não lhe beneficia porque a irregularidade de seu ato não reside no fato de não ter capacidade para avaliar informações de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

caráter técnico elevado, mas no fato de ter aceito como justificativa meras afirmações descabidas para a avaliação do cabimento de processo licitatório.

Argumento

76. O recorrente insurge-se contra a aplicação de multa que lhe foi feita com base na consideração de que foi omisso em apontar ressalvas devidas porque não praticou ato administrativo, vez que atuou apenas como advogado, corroborando parecer bem fundamentado emitido por especialista na área e que os pareceres não têm natureza jurídica de ato administrativo.

77. Acrescenta, também, trecho do Mandado de Segurança 24.073-3 (que tratou de parecer favorável à contratação por inexigibilidade de licitação, como no seu caso), proferido pelo STF, que afirma justamente a tese que chama em sua defesa.

78. Apresenta considerações sobre o Mandado de Segurança 24.631-6 que, em sua ótica, também representa entendimento segundo o qual não se deve lhe imputar responsabilidade, pois:

78.1. Por se tratar de parecer emitido sobre contratação direta, não era obrigatório;

78.2. No seu parecer, apenas corroborou outro parecer jurídico, emitido por autoridade no assunto e sem natureza vinculativa em relação ao ato praticado;

78.3. Em seu parecer, limitou-se a emitir opinião concordando com o modo de contratação proposto pela área técnica e manifestando a viabilidade jurídica da redação da minuta de contrato (cita e destaca trecho específico do parecer, folhas 44 e 45, an. 8);

78.4. Não há relação de causalidade entre a emissão do seu parecer e a prática do ato.

79. Apresenta trechos das razões de justificativa dos diretores do Banco (folhas 46/47) segundo o qual foi o parecer fornecido pelo consultor externo que deu subsídio para o aperfeiçoamento do procedimento que resultou no contrato.

80. Enfatiza que nada inovou em teses jurídicas, tendo o equívoco sido produzido pelo jurista contratado, com o qual concordou porque seu autor aparentou ter tomado minucioso conhecimento da realidade dos problemas enfrentados pelo Banco e porque a tese jurídica estava muito bem fundamentada.

81. Acrescenta que em nenhum momento a contratação realizada causou prejuízo ao erário ou ao próprio Banco, de modo que, como sequer cabe responsabilização civil, não há que se falar em aplicação de multa.

82. Conclui invocando o Acórdão nº 427/2002 - Plenário que, a seu ver, corrobora suas teses.

Análise

83. Nenhuma das alegações possui aptidão para afastar a condenação. A tese central, de que pareceristas não praticam atos administrativos já teve acolhimento no STF quando do julgamento do MS 24.073/DF, publicado em 31/10/2003, o qual o recorrente invoca em sua defesa.

84. No entanto, essa posição foi revista e, de acordo com o MS 24.631/DF, publicado 01/02/2008 também mencionado pelo recorrente, a emissão de parecer exigido em lei perde o caráter opinativo e, vinculando o administrador ao seu conteúdo, ganha status de ato administrativo.

85. A caracterização de seu parecer como ato não obrigatório, pretendida pelo recorrente, é de todo descabida, pois há previsão da necessidade desse ato tanto no artigo 38, inciso VI, da Lei 8666/93 quanto no artigo 50, inciso IV, da Lei nº 9784/99, tal qual explicitado anteriormente.

86. Quanto à alegação de ter apenas corroborado opinião de outro jurista com maior autoridade no assunto, tem-se que este não tinha a emissão do parecer como dever de ofício, e, como analisado acima, não se aprofundou na matéria fática, analisando o caso hipoteticamente à luz do alegado por seu contratante.

87. Nessa esteira, afasta-se também a justificativa do seu ato de que apenas concordou com opinião de parecerista que tomou minucioso conhecimento da realidade dos problemas enfrentados pelo Banco.

88. A afirmativa de ter apenas concordado com o modo de contratação proposto pela área técnica apenas enfatiza que não atuou de forma diligente no caso, haja vista que, diante de delicada questão jurídica, não efetuou a análise dessa natureza que lhe cabia, notando-se que, para tanto, deveria solicitar mais informações para deixar justificado como a realização de licitação traria prejuízos ao Banco pela divulgação de informações.

89. Quanto à ausência de nexo de causalidade, sendo seu parecer vinculante para a decisão do administrador, eis que exigido em lei, de acordo com a mencionada decisão proferida no MS 24.631/DF, tem-se que o ato não poderia ser validamente praticado se o parecer fosse adequado ao caso concreto.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

90. Assim, a conduta apropriada teria o condão de evitar a prática do ato irregular se o administrador ativesse-se ao procedimento que a lei determina em consonância com a interpretação do STF, estando plenamente caracterizado o nexo de causalidade entre sua conduta e o ato irregular.

91. O fato de a Direção do Banco ter dado mais relevância ao parecer do consultor externo do que ao seu também não aproveita sua defesa porque não era aquele a que se encontrava vinculado o órgão decisório, mas sim ao seu.

92. A inexistência de dano ao erário é pressuposto apenas para o caso de contas julgadas em débito e de ato de gestão antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (artigo 57 e 58, III, da Lei 8443/92). A multa que lhe foi aplicada foi a do artigo 58, II, pelo que o argumento não pode ser acolhido.

93. Por fim, o Acórdão nº 427/2002 foi proferido em época em que o STF entendia não ser o parecer ato administrativo em qualquer caso, entendimento que já foi superado, tal como demonstrado acima.

Recurso de Roberto Smith, Victor Samuel Cavalcante da Ponte, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Paulo Pereira Jucá e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral (Anexo 3)

Argumento

94. Os recorrentes alegam que tanto a contratação de serviços de informática quanto as contratações diretas por inexigibilidade de licitação são temas de diversas recomendações deste Tribunal no exercício de sua função pedagógica.

95. Pretendem, com isso, estabelecer que as dúvidas envolvidas nessas matérias, conjugadas com os fatos de a contratada ser empresa estatal, estar o Banco experimentando situação caótica na área de TI, e de estarem respaldos em parecer de renomado jurista, afastam qualquer presunção de que os dirigentes do Banco tinham ciência da irregularidade da contratação.

Análise

96. A condenação não foi baseada em presunção. Foram constatadas irregularidades e dada oportunidade para que os responsáveis as justificassem no processo, tarefa na qual não obtiveram êxito. Ou seja, a responsabilidade foi apurada em conformidade com o devido processo legal. Sendo assim, não se pode acolher a pretensão.

97. Em particular, o fato de a contratada ser empresa estatal não justifica a contratação direta, como será mais bem elucidado a seguir. O parecer do renomado jurista, tendo examinado a questão hipoteticamente, como visto na análise do recurso de Luiz Alberto Cruz de Oliveira, não oferece, por si só, o respaldo para a contratação. Por fim, a situação caótica não justifica a prática de ato irregular, sobretudo envolvendo tal materialidade, salvo quando se configure excludente de ilicitude, não sendo o caso aqui.

Argumento

98. Os recorrentes afirmam que diversos órgãos contratam a empresa Cobra Tecnologia S.A. sem licitação, afastando a hipótese de que os dirigentes tinham ciência da irregularidade da contratação. Acrescentam que o fato de essa empresa ser subsidiária do Banco do Brasil tem fundamentado as contratações diretas.

Análise

99. Como ressalvado no início do inciso XXI do artigo 37 da CF/88, a contratação direta só é admitida em casos expressamente previstos em legislação. A contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., nessa qualidade, pode ter respaldo apenas no inciso VIII e no XXIII da Lei 8666/93.

100. O primeiro não se aplica ao Banco do Nordeste do Brasil porque não é pessoa jurídica de direito público interno. O segundo, por sua vez, não se aplica por ser a Cobra Tecnologia S.A. controlada pelo Banco do Brasil, e não pelo BNB.

101. Além disso, deve ser ressaltado que a justificativa invocada para a contratação direta foi a inexigibilidade decorrente da singularidade do objeto e dos potenciais danos que a licitação traria pela divulgação de informações cruciais ao banco, para as quais não há qualquer pertinência a natureza jurídica da contratada.

Argumento

102. Os recorrentes asserem que a atuação do TCU suspendeu o Contrato e, apesar de os diretores discordarem dos fundamentos utilizados para concluir pela irregularidade na contratação, sempre estiveram conforme ao posicionamento desta Corte, chegando inclusive a celebrar o distrato, conforme documento anexo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

103. Concluem que, diante dessa situação, acrescendo o fato de que não chegou a haver qualquer prejuízo ao erário, não se pode reputar correta a aplicação de multa em valor tão elevado.

Análise

104. O acatamento das determinações dessa Corte não afasta o fato de ter sido praticada irregularidade em contrato envolvendo quase R$130.000.000,00 para a qual se identifica conduta dos recorrentes, bem como sua falta de diligência e nexo de causalidade.

105. Como analisado no recurso de Luiz Alberto Cruz de Oliveira, a existência de prejuízo ao erário é pressuposto apenas para a aplicação de algumas das multas previstas na Lei 8443/92, entre as quais não está a aplicada aos recorrentes.

106. A dosimetria da multa decorre de um juízo de culpabilidade da conduta analisada dentro de seu contexto, não se encontrando nas alegações dos recorrentes motivo para abrandá-la.

Argumento

107. Os recorrentes narram o caótico quadro em que se encontrava o banco, particularmente quanto à área de TI, quando assumiram sua direção, o qual está evidenciado também pelos relatórios de inspeção do Banco Central.

108. Inferem que, daí, era urgente a adoção de medidas para sanar os vícios que comprometiam sua eficiência, devendo ser idealizada solução nova e arrojada, que não poderia ser bem implementada seguindo o tradicional caminho burocrático que envolve a realização de certame licitatório.

109. Invocam o Acórdão 1136/2006 - Plenário como paradigma que entendem se enquadrar perfeitamente ao seu caso, acrescentando que agiram com inegável boa-fé, visando apenas corrigir a defasagem tecnológica responsável por prejuízos ao Banco.

Análise

110. As declarações de que os sistemas de Tecnologia da Informação operando no Banco do Nordeste do Brasil apresentavam diversas falhas encontram respaldo nos documentos, da lavra do Banco Central do Brasil, constantes das folhas 112/120 do anexo 2.

111. Que essa situação caracterizava emergência, no entanto, não se pode concluir do que se extrai dos autos. Com efeito, extrai-se da folha 112 do anexo 2 que o Banco Central do Brasil expediu determinações ao Banco do Nordeste do Brasil em 14/01/2003 com vistas ao saneamento das referidas precariedades.

112. Do mesmo documento consta que em 05/02/2004, data de sua lavratura, algumas ações foram desenvolvidas sem, no entanto, suprir as deficiências contratadas, não havendo planos ou cronogramas definidos para a solução dos problemas.

113. Assim, em um ano, a administração sequer cuidou de fazer o planejamento para a superação do quadro de dificuldades. O contrato celebrado com a Cobra Tecnologia S.A. objeto deste processo, por sua vez, foi celebrado em 01/07/2004 (folha 281 anexo 1 do TC 013.469/2004-6).

114. Ou seja, em menos de um semestre foi capaz de cumprir todas as etapas, desde o planejamento até a contratação, para a superação da situação de precariedade enfrentada, estando suprimido apenas o processo licitatório.

115. Verifica-se, por conseguinte, que se se deve falar em urgência, essa foi decorrente da inércia da própria administração do Banco, permanecendo um ano sem tomar as medidas eficazes para a solução do problema, ano esse em que provavelmente poderia ser realizado o certame constitucionalmente exigido.

116. Como o ordenamento jurídico repele o benefício tirado da própria torpeza, o argumento não pode ser acolhido.

117. O Acórdão 1136/2006 - Plenário, por fim, tratou de situação muito diversa da atual. Naquele, o Ministro-Relator reconheceu a situação emergencial, que envolvia matéria de saúde com descumprimento de formalidade da parte dos responsáveis que espontaneamente buscaram trazer a situação à normalidade.

Argumento

118. Os recorrentes alegam que a decisão guerreada foi contraditória, uma vez que a condenação nega a potencialidade de riscos de uma licitação, bem como a situação emergencial, para depois, no item 13 do Voto, afirmar que o documento do Banco Central comprova a precária situação da área de TI da empresa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

Análise

119. Não existe a contradição entre as afirmações constantes do Acórdão destacadas pelos recorrentes. A situação de emergência e os riscos de prejuízo na realização de processo licitatório não são decorrência lógica da existência de situação precária na área de TI do Banco.

120. Qualquer relação entre esses estados, de natureza lógica ou não, deveria ter sido cabalmente demonstrada no processo licitatório, como deixou destacado o consultor externo em seu parecer. Tal vínculo inexistiu nos autos, razão pela qual não se pode acolher a defesa.

Argumento

121. Os recorrentes afirmam que o consultor jurídico externo contratado para emitir parecer sobre a situação buscou se inteirar dos problemas enfrentados pelo Banco, analisando a solução idealizada pelo contratante e tendo com ela concordado.

122. Os recorrentes asserem, ainda, que o parecerista manifestou-se expressamente pela inviabilidade de competição, evidenciando excerto de onde se extrai essa opinião (folha 25 do anexo 3).

Análise

123. Como já analisado em momento pretérito nessa instrução, a redação do parecer do consultor externo não deixa dúvida de que o jurista contratado não buscou inteirar-se da situação do Banco em profundidade, ao contrário do alegado no argumento, que, por isso, não pode ser acolhido.

Argumento

124. Os recorrentes alegam que as despesas realizadas para a execução do contrato (R$ 500.000,00) são compatíveis com preços de mercado e correspondem a serviços necessários e efetivamente prestados.

125. Analisam excerto da análise da instrução promovida pela Secex/CE e concluem que a irregularidade tem por base o pagamento nos valores normais alusivos ao **outsourcing** para técnicos que eram vinculados à antiga contratada e que foram absorvidos pela nova.

126. Acrescentam que a transição de empresas prestadoras de serviço de TI, com ou sem licitação, necessitaria de período de transição para absolver os conhecimentos da contratada anteriormente porque o Banco perdera o domínio do conhecimento técnico em função da anterior opção de descentralização da gestão de TI.

127. Ainda, informam que a nova empresa contratada assumiu suas atividades em 05/07/04 e absorveu a mão-de-obra da antiga empresa contratada apenas em 06/09/04, sendo que as referidas despesas iniciais eram necessárias para que a Cobra perfizesse o processo de planejamento e implementação de sua metodologia e do processo de transição, além de realizar despesas com admissões e mobilização de equipe.

128. Arrematam dizendo que o que não seria razoável a atuação da Cobra em serviços necessários para o Banco, sob pena de problemas de solução de continuidade, por período superior a 30 dias sem nada receber por isso.

Análise

129. Nenhuma dessas alegações é relevante para elidir a irregularidade relativa à despesa no valor de R$500.000,00 pela qual foram condenados, pois essa irregularidade é consubstanciada na realização de despesas sem a devida comprovação, sendo que as alegações não trazem justificativa para a referida falta nem a suprem.

130. Com efeito, consta do Voto condutor do Acórdão:

'51. Quanto à outra irregularidade objeto das audiências encaminhadas ao Presidente e Diretores do BNB, versando sobre realização de despesas com a mobilização de pessoal para a prestação de serviços do Contrato (despesas de transição), sem a devida comprovação, a impugnação decorre de incorreções encontradas na avença, que não estabelece a obrigação de a contratada comprovar despesas no valor de R$ 500.000,00, efetivadas a tal título.

52. Ao se defenderem, os dirigentes do BNB não conseguem demonstrar a realização dessas despesas, limitando-se a trazer aos autos documento da própria empresa Cobra com os nomes de consultores que supostamente teriam prestado serviços, e a descrição, em linhas gerais, das atividades executadas, sem apresentar atestos ou outros documentos comprobatórios da realização do serviço. Chega-se a afirmar a ocorrência de custos com passagens aéreas, traslados, hospedagem, alimentação e comunicação sem se anexar qualquer comprovante. Sem dúvida, não se pode conceber a realização de despesas sem comprovação da respectiva contraprestação na execução de contratos firmados por entidades públicas.'

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

CONCLUSÃO

131. Diante do exposto, encaminhem-se os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer dos pedidos de reexame interpostos pelos srs. Luiz Alberto Cruz de Oliveira, Roberto Smith, Victor Samuel Cavalcante da Ponte, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Paulo Pereira Jucá e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral e lhes negar provimento;

b) ratificar a proposta de encaminhamento à fl. 36, Anexo 7, no sentido de não conhecer do pedido de reexame interposto pelo Sr. Francisco de Assis Germano Arruda;

c) informar a decisão que vier a ser proferida aos recorrentes, ao Ministério Público Federal, na pessoa do Procurador Alessander Wilckson Cabral Sales, e aos demais interessados."

2. O titular da unidade técnica anui à proposta de encaminhamento oferecida pela instrução (fls. 79 – anexo 8).

3. O Ministério Público, por seu Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé, apresenta os seguintes argumentos em prol de conclusão que, no seu entender, serviria melhor para o desfecho destes autos, discordando parcialmente do que foi sugerido pela Serur:

"Com base em detida análise das peças recursais, a Serur propõe conhecer dos presentes pedidos de reexame para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se as sanções que lhes foram cominadas pelo acórdão vergastado (fls. 66/79, anexo 8).

Manifesto, desde já, anuência parcial às razões que nortearam a proposta da Unidade Técnica, incorporando-as a este parecer com as considerações e ressalvas que passo a tecer.

Com relação aos recursos interpostos pelo Presidente, Diretores e Superintendente da Área de Tecnologia da Informação do BNB, entendo assistir razão à Serur, uma vez que os recorrentes não lograram êxito em descaracterizar as irregularidades que motivaram as sanções impostas pelo Tribunal, porquanto seus argumentos recursais foram devidamente refutados pela Unidade Técnica.

Todavia, com relação ao pedido de reexame interposto pelo Superintendente Jurídico do Banco, dissinto, com as devidas vênias, do entendimento externado pela Serur. Conquanto o parecer elaborado pelo Sr. Luiz Alberto Cruz de Oliveira tenha concluído equivocadamente pela possibilidade jurídica da contratação da empresa Cobra Tecnologia S. A. por inexigibilidade de licitação, não se extraem daquela manifestação de natureza jurídica elementos que possam revelar a evidente má-fé, imperícia ou negligência do parecerista.

De acordo com o voto condutor do Acórdão 648/2007-Plenário, o Sr. Luiz Alberto Cruz Oliveira teria faltado com o seu dever ao não apontar as inúmeras e graves infrações praticadas pelos diretores do BNB no curso da contratação. Com relação ao parecer do renomado doutrinador Marçal Justen Filho – utilizado pelo Superintendente Jurídico para respaldar sua manifestação –, o eminente Ministro-Relator *a quo* asseverou que a existência daquele parecer não poderia lhe servir de apoio, visto que as recomendações do parecerista externo não foram seguidas pela Instituição Financeira.

Portanto, conforme sintetizado nas razões de decidir acolhidas pelo Tribunal, a condenação em questão decorreria do juízo de que *'a omissão do Superintendente Jurídico do BNB, configurada no parecer que não apontou os erros no procedimento de contratação, foi mais um dos elementos constituídos para burlar a regra que prevê a necessidade de licitação prévia à contratação dos serviços em questão'*.

Ocorre que, pelo que se infere dos autos, na oportunidade em que foi instado a se manifestar no processo de contratação direta, o Sr. Luiz Alberto Cruz Oliveira cuidou de alertar a Administração quanto às formalidades que deveriam ser seguidas para resguardar o interesse público, fazendo destacar, por vezes, as pertinentes recomendações do parecerista externo que se destinavam a garantir a comprovação da legitimidade da contratação por inexigibilidade de licitação. Por se tratar de aspectos essenciais para se avaliar o grau de diligência do recorrente no cumprimento de sua função, permito-me transcrever alguns excertos de seu parecer em que o cuidado aqui observado restou revelado, *in verbis* (fls. 3/4, anexo 1):

'Nada obstante, alertou o mencionado jurista quanto a impossibilidade de estabelecer-se cláusulas genéricas e abstratas acerca do assunto, devendo as circunstâncias ser apuradas caso a caso.

Por essa razão, fez extensa análise dos argumentos que lhe foram fornecidos e sumarizou as seguintes recomendações:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

Em suma, a contratação por inexigibilidade deverá ser acompanhada de formalidades específicas, destinadas a evitar dúvidas ou controvérsias e envolvendo, objetivamente, as seguintes providências:

a) formalização em processo administrativo;

b) identificação precisa das necessidades do órgão, com indicação de dados concretos quantitativos e qualitativos a serem atendidos;

c) exposição sobre a situação de mercado, com pesquisa concreta, indicando a existência ou não de empresas em condições de fornecer serviços similares;

d) justificativa técnica sobre as virtudes do produto escolhido, que o configuram como o único ou como inquestionavelmente o mais adequado para satisfazer as necessidades da Administração;

e) avaliação da relação custo-benefício da escolha, considerando os preços praticados pelo fornecedor escolhido e aqueles de mercado para produtos, senão equivalentes, ao menos dotados de alguma similaridade.

(...)

Mais adiante, sintetizando, o Professor aduziu que... E adverte:

Por um lado, a Administração terá o dever concreto de evidenciar satisfatoriamente que a licitação será prejudicial. Não bastará a mera invocação dessa justificativa. Será imperioso demonstrar cabalmente como a licitação prejudicará a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos.

Por outro lado, a Administração será constrangida a evidenciar que a solução adotada, através de uma contratação direta, representa a melhor alternativa possível para o interesse público. Isso significa, inclusive, comprovar a economicidade da contratação e a ausência de desperdício de recursos públicos.' (grifo do original).

Como bem assinalado nos fundamentos do acórdão vergastado, as recomendações supramencionadas não foram devidamente seguidas pela Administração do BNB. Todavia, pelo que se depreende daqueles excertos, o Sr. Luiz Alberto Cruz Oliveira, nos limites de sua atuação como parecerista jurídico, não se furtou a destacar as providências necessárias para que os gestores responsáveis pudessem demonstrar a legitimidade da contratação por inexigibilidade de licitação.

Quanto aos questionamentos envolvendo a solução técnica apresentada pela Área de Tecnologia da Informação do BNB – principalmente no que diz respeito ao tecnicismo empregado para atribuir ao objeto de contratação uma suposta singularidade que explicaria a inviabilidade da licitação –, entendo que as irregularidades verificadas pelo Tribunal não podem ser atribuídas a quem por ofício deve produzir pareceres eminentemente jurídicos.

No tocante a esse ponto, há de se reconhecer que o Superintendente Jurídico, em seu parecer, faz expressa menção à conclusão da Área de Tecnologia da Informação de que *'a contratação por meio de processo licitatório não atenderia às necessidades do Banco e poderia não resultar em proposta mais vantajosa do ponto de vista econômico, além [de] sujeitar a Instituição Financeira ao risco de sofrer graves danos'* (fl. 4, anexo 1). De fato, esse é o entendimento que se extrai da *'Proposta de Ação Administrativa para Solução Global de TI'* elaborada pela Área de Tecnologia da Informação (fls. 148/183, anexo 1), que, de forma conclusiva, recomendou *'a contratação COBRA para fornecimento da Solução Global de Tecnologia de Informação – TI, em conformidade com a proposta formalizada pela empresa COBRA...'* (fl. 183, anexo 1). Para tanto, argumentos tecnicistas foram impingidos na tentativa de explicar a inviabilidade da licitação pela aventada singularidade do objeto e pelos elevados riscos a que estaria exposto o Banco acaso optasse pela realização de um processo licitatório, senão vejamos (fls. 155 e 165/166, anexo 1):

'**2. Fundamentação**

(...)

Para tanto seria necessária a realização de um processo licitatório, do tipo técnica e preço, objetivando escolher uma empresa para assumir as atividades de manutenção e desenvolvimento de sistemas e serviços especializados correlatos e de várias outras licitações para as diversas atualizações tecnológicas necessárias ao seu atual parque computacional.

Para que este processo fosse construído dentro de todo esclarecimento técnico exigido para nivelamento do conhecimento e equalização da oportunidade das possíveis empresas com potencial de participação, seria necessário expor o BNB a riscos elevados, relatando com detalhes e expondo as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.

fragilidades em que se encontra o Banco, conforme detalhado em diagnóstico apresentado por empresa de Consultoria em TI contratada pela administração do Banco.

(...)

A alternativa seria a contratação de empresa especializada em outsourcing e que também tenha a capacidade para fornecer soluções de hardware e software, com experiência na área bancária e, se possível, ligada ao governo federal para garantir a compatibilidade de interesses estratégicos, ou seja, a contratação de uma empresa fornecedora de uma solução global a ser contratada por dispensa ou inexigibilidade...

(...)

4.10 Considerações

(...)

Conquanto o objeto que se almeja, descrito na presente Proposta Administrativa, seja fracionável, valendo dizer que as frações respectivas poderiam ser adquiridas por meio de contratações diversas e independentes, inclusive mediante processos licitatórios específicos, a exigência de uma solução global e integradora se sobrepõe como a opção mais vantajosa para o Banco.

(...)

O fato é que a possível opção por contratações isoladas para cada item do macro objeto, que compõem a integralidade da Tecnologia da Informação, ao invés de propiciar qualquer vantagem, resultaria em prejuízos imediatos e futuros, tanto financeiros como operacionais, porquanto não permitiria a obtenção da indispensável solução global e integradora.

(...)

Por outro lado, a atual desagregação dos sistemas e o atraso tecnológico geraram deficiências e fragilidades, tanto relativas à operacionalização como à própria segurança da informação, sujeitando o Banco tanto a riscos de danos à sua imagem, como a riscos financeiros, tanto para si como para seus clientes. Esses aspectos, por si só, já desaconselham a instauração de um processo licitatório, uma vez que seria por demais temerário tornar público, ainda que de modo indireto, as referidas fragilidades. Maiores detalhes, que aqui não devem ser expostos, constam de diagnóstico materializado em documento à parte.

Assim, somando-se os fatores relativos à necessidade de obtenção de uma solução global e integradora, com a temeridade de se expor fragilidades que acometeram a área de TI do Banco, é que se busca uma contratação direta, sem licitação, não se descuidando, contudo, dos preços envolvidos, razão por que se negociou a melhor proposta possível, compatível com os preços praticados no mercado.'

Embora fossem frágeis os argumentos tecnicistas para a contratação por inexigibilidade de licitação – devidamente refutados pelo Tribunal –, a referência a estudo contundente elaborado pela Área de Tecnologia de Informação contribui para isentar o Superintendente Jurídico da responsabilidade pelas irregularidades, de origem técnica, perpetradas pela Administração do BNB.

Ante o exposto, este membro do Ministério Público propõe conhecer dos presentes pedidos de reexame para, no mérito, dar provimento ao recurso interposto pelo Sr. Luiz Alberto Cruz de Oliveira e, assim, alterar o subitem 9.4 do Acórdão 648/2007-Plenário de modo a excluir a multa que lhe foi aplicada pelo Tribunal, bem como negar provimento aos recursos interpostos pelos Srs. Roberto Smith, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral, Victor Samuel Cavalcante da Ponte e Paulo Pereira Jucá, sem prejuízo de ratificar a proposta de não conhecer do recurso interposto pelo Sr. Francisco de Assis Germano Arruda, conforme parecer de fls. 56/57, anexo 8."

É o relatório

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 49294014.