

## VOTO

Conheço dos embargos opostos pela empresa Cobra Tecnologia S.A. e pelo Sr. Deusdedith Freire Brasil contra o acórdão 3.621/2012-Plenário, por atenderem os pressupostos de admissibilidade do art. 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno deste Tribunal.

2. O presente processo examinou a legalidade e a economicidade da contratação da empresa Cobra, pelo Banco da Amazônia S.A. – Basa, para modernização de todo seu parque tecnológico.

3. Os embargos da empresa Cobra referem-se ao item 9.11 do acórdão 3.621/2012-Plenário, que determinou ao Banco da Amazônia S.A. que deixasse de pagar à contratada o valor de R\$ 11.564.967,04, referente “...ao sobrepreço efetivo calculado pela diferença dos valores de venda da empresa Cobra Tecnologia S.A. ao Banco da Amazônia S.A. propostos no cronograma físico-financeiro do referido contrato e nos seus 6º, 7º e 14º termos aditivos (R\$ 113.732. 103,22), e o valor de custo da empresa Cobra Tecnologia S.A. acrescido de 25% (R\$ 102.167.136,18) (peça 274, p. 12, item 159).

4. Basicamente, a embargante apontou omissão em quatro quesitos.

5. O primeiro refere-se à falta de observância dos novos cronogramas físico-financeiros firmados entre as partes após o 14º Termo Aditivo, os quais demonstrariam a evolução do projeto e os custos financeiros arcados pela Cobra, o que impactaria os valores de superfaturamento apontado pela unidade técnica do Tribunal. Solicitou-se, assim, que o TCU explicitasse os motivos de se afastar tais aditivos.

6. Inicialmente, registro que o art. 69 do Regimento Interno dispõe sobre as partes essenciais das deliberações do Tribunal: relatório do relator, voto e acórdão. Neste processo, meu relatório transcreveu os pontos essenciais do exame da unidade técnica e meu voto expressamente consignou: *“Inicialmente, enalteço o trabalho efetuado pelo auditor federal Marcelo Meireles de Sousa no exame destes autos, o qual, pelos seus fundamentos, incorporo às minhas razões de decidir.”*

7. Esclarecido esse ponto, esclareço, quanto ao primeiro quesito, que o relatório que fundamentou o acórdão ora embargado transcreveu, no essencial, as análises efetuadas pela unidade técnica, as quais foram por mim ratificadas. Essas análises comprovaram que foram analisados os termos aditivos posteriores, conforme itens 22 a 70 do relatório (p. 9/14, peça 296), os quais foram tidos como irrelevantes para alterar o débito já calculado, pelos motivos a seguir transcritos:

“(…)”

49. Entre as causas dos atrasos atribuídos à contratada podem ser citadas, conforme o relatório de mediação, a escolha inadequada de fornecedores pela empresa Cobra, a substituição de soluções inservíveis às necessidades do Basa, o levantamento falho de requisitos para a execução dos Sistemas do Banco de Desenvolvimento e a troca de fornecedores em algumas frentes do PET, a exemplo dos Sistemas do Banco de Desenvolvimento (peça 20, p. 44 e 49; peça 19, p. 18 e 19).

50. Por sua vez, essas causas tiveram sua origem em falhas da contratada na execução do projeto, como planejamento e análise de riscos inadequados, escolha de ferramentas que não atendiam às necessidades do Basa, omissão na gestão e integração dos fornecedores, e desconhecimento de normas pertinentes ao setor bancário, entre outras. Tudo isso após a empresa Cobra ter sido contratada por inexigibilidade de licitação tendo como justificativa seus notórios conhecimentos no ramo bancário.

51. Outro fato motivador da elevação dos gastos da empresa Cobra na execução do Contrato 2004/224 refere-se à mudança de escopo, segundo alegaram os seus representantes na reunião realizada com a Sefti. Todavia, face à ausência de documentação dos projetos executados nas diversas frentes do PET, registrando as alterações solicitadas pelo Basa de forma a comprovar o alegado, a mensuração do valor atribuído a mudanças de escopo mostra-se, no mínimo, dificultosa. Em acréscimo, cabe observar que, provavelmente, a mudança de escopo não seja responsável por parcela significativa dos R\$ 65.411.871,86 alegadamente gastos a mais pela contratada até 31/12/2011.

52. Diante do exposto, conclui-se que, mesmo que a contratada tenha tido gastos maiores do que o valor ajustado por meio do 18º Termo Aditivo do contrato em exame, esse fato não pode ser utilizado para afastar o sobrepreço identificado, haja vista que essa irregularidade foi constatada a partir da comparação entre os valores contidos na proposta técnica-comercial da empresa Cobra e os existentes nos diversos contratos celebrados entre essa empresa e seus fornecedores que atuaram no âmbito do contrato em tela.

53. Em 19/4/2012, por meio de carta encaminhada a este Tribunal e documentos contidos em mídia digital, a empresa Cobra novamente atualizou as informações contidas nas planilhas do Anexo II (peças 284). Contudo, as novas informações não são suficientes para alterar o entendimento desta unidade técnica acerca da existência do sobrepreço no Contrato 2004/224 quantificado em R\$ 11.564.967,04.” (p.60/61, peça 296)

8. Ou seja, foram considerados, como valores devidos, aqueles relativos aos serviços atestados, aceitos e pagos pelo Basa. Os diversos contratemplos observados na execução contratual tiveram reflexo no aumento dos custos da Cobra, mas tais eventos, por terem sido considerados de responsabilidade da contratada, não podem ser utilizados para justificar um abatimento no sobrepreço constatado pelo TCU.

9. O segundo quesito diz respeito à alegação de que o TCU não se manifestou sobre as cláusulas potestativas impostas pelo Basa à Cobra, causadoras de onerosidade excessiva. Nesse sentido, cabe transcrever trecho do relatório que tratou da questão:

“(…)

54. Em resumo, o Basa apresentou as seguintes argumentações acerca dos novos elementos da empresa Cobra juntados aos autos (peça 285):

54.1. a ausência de estimativas de preços ou de orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os custos unitários dos serviços contratados não pode ser utilizado como argumento em favor da empresa Cobra para justificar o sobrepreço identificado pela Sefti (peça 285, p. 3);

54.2. as planilhas contidas no Anexo II da carta da empresa Cobra juntada aos autos não se atêm aos itens nos quais foram identificados o sobrepreço, mas se referem ao projeto como um todo, incidindo, inclusive sobre os serviços de suporte e manutenção (peça 285, p. 3);

54.3. a empresa Cobra não vem cumprindo suas obrigações contratuais, como pode ser constatado no relatório da mediação realizada, a qual imputou à contratada 86% da responsabilidade pelos atrasos verificados nos cronogramas de execução do PET (peça 285, p. 4);

54.4. a suspensão dos pagamentos relativos ao Contrato 2004/224, em primeiro momento decorrente de cautela administrativa, pauta-se na cláusula Quinta do 17º Termo Aditivo, a qual estabelece que os valores ainda não pagos somente o serão após a efetiva entrega de todos os sistemas referidos naquele termo, ou seja, é fruto do consenso entre as partes contratantes, e que, caso agora a contratada entenda excessiva a condição contratual ajustada, busque na Lei e no Poder Judiciário as medidas de seu interesse visando à reparação dos danos que entenda havidos (peça 285, p. 4-5);

54.5. os progressos na implantação do PET não se relacionam com a apuração de eventual sobrepreço dos itens contratados no início do projeto (peça 285, p. 5);

54.6. os valores gastos pela empresa Cobra que extrapolam os cerca de R\$ 186.000.000,00 pactuados no Contrato 2004/224 e nos seus termos aditivos é fruto de sua própria incapacidade de cumprir com as obrigações contratuais assumidas, o que provocou sucessivos aditivos de prorrogação, obrigando a contratada a incorrer em custos adicionais com a correção e substituição de etapas do projeto, serviços e entregas, suporte e manutenção, tudo conforme previsto na alínea “b” da cláusula Oitava do Contrato 2004/224 (peça 285, p. 6);

54.7. caso o prazo originalmente pactuado tivesse sido observado e as especificações da proposta técnica cumpridas, os custos ora reclamados não seriam necessários, não podendo a empresa Cobra socorrer - se de sua própria torpeza (peça 285, p. 6).

55. Os argumentos trazidos pelo Basa ratificam o entendimento desta unidade técnica de que os elementos apresentados pela empresa Cobra não afastam o sobrepreço identificado.

**57. Os atrasos que têm postergado a finalização do projeto são provenientes, na maioria das vezes, de causas atribuídas à própria contratada, como falha no planejamento, problemas na gerência e substituição de fornecedores subcontratados e troca de soluções inservíveis às necessidades do contratante.**

58. Dessa forma, em que pese a alegação da empresa Cobra, traduzida na planilha-resumo, de que tem tido gastos superiores à remuneração estabelecida no contrato original e em seus aditivos, a importância efetivamente gasta por ela no decorrer da execução contratual não tem o condão de afastar o sobrepreço de R\$ 11.564.967,04, identificado por esta unidade técnica a partir da comparação dos valores dos serviços e produtos ofertados ao Basa e dos mesmos serviços e produtos adquiridos pela empresa Cobra junto a terceiros para repasse à contratante.

59. Portanto, como encaminhamento, as medidas propugnadas na instrução anterior elaborada por esta Secretaria, a qual analisou as razões de justificativas dos responsáveis identificados pelas irregularidades perpetradas, serão mantidas, inclusive quanto à determinação ao Basa para que se abstenha de pagar à contratada a quantia de R\$ 11.564.967,04, referente ao sobrepreço identificado por esta unidade técnica no âmbito do Contrato 2004/224.” (grifo nosso, p.61/62, peça 296, relatório)

10. Como visto, este Tribunal analisou as cláusulas potestativas alegadas pela Cobra no relatório que acompanhou a execução contratual como um todo (itens 22 a 70, peça 296) e não verificou irregularidades nessas negociações, eis que decorrentes do acordo de mediação – como se verá mais a frente – e de cláusulas contratuais legitimamente pactuadas, conforme alegado pelo próprio Basa. O relatório de mediação existente nos autos apontou que a maioria dos problemas enfrentados pelo Basa na contratação em exame foi atribuída à contratada.

11. O terceiro ponto apresentado refere-se ao fato de que o Basa também teve sua culpa reconhecida pelos atrasos verificados na execução contratual e de que o TCU não se manifestou sobre a existência ou não de culpa exclusiva da Cobra. Por último, questionou-se o cálculo do sobrepreço e a falta de apuração dos preços de mercado e solicitou-se que o TCU se manifeste sobre a correção da metodologia utilizada e a ação eficiente e econômica da Cobra para cumprir o novo cronograma.

12. Relativamente à falta de pronunciamento do TCU acerca da culpa exclusiva da Cobra, vale ressaltar que o objetivo destes autos foi examinar a legalidade e a economicidade da contratação da Cobra pelo Basa. Os acordos firmados posteriormente foram apenas informados ao TCU, que não se envolveu na demanda comercial havida entre contratada e contratante. Cabe à Cobra lutar por seus direitos, assim como ao Basa pelos seus. Em suma, este Tribunal não tinha por escopo fazer tal análise, embora tenha acompanhado a questão. Essa mediação fez parte das negociações havidas entre as duas entidades envolvidas na execução contratual. Quanto ao assunto, destaco o seguinte trecho do relatório:

“Foi objeto de análise também, a questão relativa ao grau de responsabilidade da empresa Cobra pelos atrasos ocorridos no âmbito da execução do Contrato 2004/224. Nesse tópico, ressaltou-se que o Basa optou pela utilização do instituto da mediação para resolução do conflito, cujo resultado foi no sentido de que os valores relacionados a multas e obrigações de ressarcimento que poderão ser solicitadas pelo Basa à Cobra somam a quantia de R\$ 38.505.170,74, sendo que nesse valor já estão incluídas as parcelas concernentes à Cláusula Dezesete (aluguel de equipamento da Unisys a ser arcado pela Cobra, caso não entregue o objeto do contrato - p.22, peça 275).” .p. 4, peça 296

13. Relativamente à ausência de pronunciamento acerca do método adotado para cálculo do sobrepreço apurado, assiste razão à embargante. Embora o relatório tenha feito menção ao procedimento utilizado para calcular o sobrepreço (p.3, peça 296), não foi transcrita essa metodologia no relatório que embasou o acórdão recorrido, razão pela qual o faço nesta oportunidade. Contudo, não se pode alegar o desconhecimento dessa questão, uma vez ela foi objeto de oitiva da empresa:

#### “Sobrepreço bruto

147. O valor de R\$ 22.943.125,25 encontrado como sobrepreço na instrução que quantificou o débito com vistas a possível conversão deste processo em tomada de contas especial (fls. 229-250, volume 1) considerou os valores efetivamente pagos pelo Basa à empresa Cobra. Contudo, não considerou a margem bruta de lucro da empresa Cobra (tributos, encargos, lucro, entre outros). Por essa razão, é oportuno denominar o valor de R\$ 22.943.125,25 de sobrepreço bruto.

#### Ajuste do cálculo do sobrepreço bruto

148. Quando da elaboração da instrução quantificadora do débito, a Sefiti desconsiderou o valor do sobrepreço apurado para o 5º Termo Aditivo relatado no relatório de inspeção, pois não constam nos autos os instrumentos contratuais celebrados entre a Cobra e os seus fornecedores que permitissem calcular o valor real de compra pela empresa Cobra e, conseqüentemente, o real sobrepreço (fl. 233, volume 1). Constatou-se, então, que, até o exercício de 2008, o Basa havia pago R\$ 107.466.490,96 à empresa Cobra, enquanto essa contratou os mesmos serviços junto a diversos fornecedores por R\$ 88.141.572,74, gerando sobrepreço bruto de R\$ 22.943.125,25 (fl. 234v, volume 1).

149. Além da desconsideração do valor do sobrepreço apurado para o 5º Termo Aditivo no relatório de inspeção, também é conveniente retirar do valor total do sobrepreço bruto o sobrepreço relativo às despesas de viagens (R\$ 2.443.998,00 — fl. 233, volume 1), uma vez que o ressarcimento à contratada foi realizado por meio de comprovação de gastos mediante a entrega de recibos e notas fiscais de hotéis, empresas aéreas, restaurantes e deslocamento urbano. A previsão de ressarcimento de despesas de viagens no Contrato 2004/224 constituiu-se, na verdade, em ato antieconômico.

150. Dessa forma, o sobrepreço bruto ajustado passa a ser R\$ 20.499.126,35 e os valores pagos pelo Basa à contratada R\$ 98.614.628,26, enquanto essa pagou a seus fornecedores a importância de R\$ 81.733.708,94 pelos serviços restantes nos quais foram constatados sobrepreço.

#### Sobrepreço efetivo

151. Com essas informações, o cálculo do sobrepreço efetivo pode ser feito de três formas distintas.

152. A primeira forma considera como sobrepreço efetivo o valor do sobrepreço bruto (R\$ 20.499.126,35), uma vez que, pelos serviços prestados, a Cobra já receberia R\$ 23.129.294,00. Contudo, essa abordagem mostra-se indevida, haja vista que sobre o repasse dos serviços ao Basa pela empresa Cobra incidem tributos e encargos.

153. Na segunda forma, considera-se a participação da remuneração da empresa Cobra (R\$ 23.129.294,00) no valor inicial do contrato (R\$ 140.552.872,00), a qual corresponde a 16,45%. Aplicando-se o mesmo percentual ao sobrepreço bruto apurado de R\$ 20.499.126,35, encontra-se o valor de R\$ 3.372.106,28, ao qual a contratada teria direito. O restante do saldo, R\$ 17.127.020,07, corresponde ao sobrepreço efetivo do contrato em análise.

154. A terceira forma considera a informação da própria empresa Cobra apresentada em sua defesa de que aplicava, conforme estabelecido na política da companhia à época da contratação, o patamar mínimo de 25% de margem bruta de lucro em seus contratos (fl. 11, anexo 23).

Considerando esse percentual como o limite máximo de margem de lucro na contratação em epígrafe, verifica-se que os itens de serviços sobre os quais recai o sobrepreço apurado poderiam ser oferecidos ao Basa por, no máximo, R\$ 102.167.136,18 e não por R\$ 113.732.103,22, conforme somatório de valores constantes no cronograma físico-financeiro e nos 6º, 7º e 14º termos aditivos.

155. Uma vez que o Basa já desembolsou a quantia de R\$ 98.614.628,26 (item 150), caberia ainda à empresa Cobra o recebimento de R\$ 3.552.507,92 (R\$ 102.167.136,18 - R\$ 98.614.628,26).

156. Nesse caso, o sobrepreço efetivo corresponde a R\$ 11.564.967,04 referentes à diferença entre os valores de venda da empresa Cobra ao Basa, contidos no cronograma físico-financeiro e • nos 6º, 7º e 14º termos aditivos do Contrato 2004/224 (R\$ 113.732.103,22), e o valor máximo proposto no item 154 (R\$ 102.167.136,18), equivalente ao valor de custo da empresa Cobra acrescido de 25%.

157. É oportuno observar que o percentual de 25% utilizado mostra-se razoável, tendo em vista a atuação majoritária de intermediária da empresa Cobra na execução do Contrato 2004/224, o que não agregou valor a grande maioria dos serviços prestados por seus fornecedores. Além disso, a inexistência de planilhas contendo o demonstrativo de formação de preços da contratada impossibilita a aplicação do percentual exato relativo à sua margem de lucro.

158. Por razão de conservadorismo e por fundamentar-se em informação da própria contratada, esta Secretaria entende que a terceira forma proposta para o cálculo do sobrepreço efetivo é a mais adequada.

159. Portanto, à empresa Cobra resta o recebimento de R\$ 3.552.507,92, devendo o Basa abster-se de pagar R\$ 11.564.967,04 referentes à diferença entre os preços propostos no cronograma físico-financeiro e nos 6º, 7º e 14º termos aditivos do Contrato 2004/224 (R\$ 113.732.103,22) e o valor máximo proposto nesta instrução (R\$ 102.167.136,18).

160. A memória de cálculo dos sobrepreços bruto e efetivo encontra-se em nota contida no final desta instrução.” (p.11/12, peça 274)

14. Acerca da falta de pesquisa de preço de mercado, tem-se que a questão foi enfrentada no trecho a seguir transcrito:

“42. Quanto ao método utilizado por esta unidade técnica para a apuração do sobrepreço, verifica-se que, ainda que o processo de contratação que culminou na assinatura do Contrato 2004/224 seja desprovido de estimativa de preços, a irregularidade mencionada foi constatada a partir da comparação da proposta comercial da empresa Cobra e dos contratos legitimamente firmados entre ela e seus fornecedores. Esta unidade técnica não vislumbra melhores elementos do que os contratos entre a empresa Cobra e seus fornecedores do PET para a cálculo do sobrepreço no contrato sob exame.”

15. Ou seja, os preços de mercado foram considerados aqueles praticados pela Cobra junto a seus fornecedores.

16. Pelo exposto, os embargos opostos pela empresa Cobra devem ser acolhidos parcialmente, para esclarecer o método de cálculo utilizado para quantificar o sobrepreço apontado no processo, que foi endossado por esta relatora.

## II

17. O Sr. Deusdedith Freire Brasil teve sua defesa rejeitada e foi apenado por este Tribunal em razão de emissão do parecer Gejur 2004/26, favorável à contratação direta, por inexigibilidade de licitação, da Cobra Tecnologia S.A. pelo Banco da Amazônia S.A., mesmo estando ausentes os pressupostos do art. 25, *caput* e inciso II, da Lei 8.666/1993 (acórdão 3.621/2012-Plenário).

18. O embargante alegou, basicamente, que o acórdão criticado carece de motivação, ante suposta omissão na apreciação de provas e argumentos defensivos nos autos, notadamente o fato de o parecer impugnado por este Tribunal ter sido exarado com alicerce em afirmativas da área técnica e ter caráter opinativo.

19. Como já dito, o art. 69 do Regimento Interno/TCU dispõe sobre as partes essenciais das deliberações do Tribunal: relatório do relator, voto e acórdão. No voto proferido neste processo expressamente consignei que adotava os fundamentos do relatório técnico transcrito como minhas razões de decidir (p.1, peça 297).

20. No ponto específico reclamado pelo embargante, acerca da utilização dos fundamentos da área técnica para emissão de seu parecer, a instrução assim manifestou-se:

“369. A análise da consultoria jurídica do Basa, tanto quando da emissão de seu parecer quanto na presente manifestação, fundamentou a contratação direta por inexigibilidade de licitação no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993.

370. Esse dispositivo legal disciplina a excepcionalidade da obrigatoriedade de licitação para a contratação dos serviços técnicos exaustivamente enumerados no art. 13 da mesma lei, desde que de natureza

singular, contratados de profissionais ou empresas de notória especialização, sendo oportuna a transcrição de seu caput e incisos:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

11 - pareceres, perícias e avaliações em geral;

111 - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

371. O objeto do Contrato 2004/224 consiste basicamente na contratação de bens e serviços pertinentes à tecnologia da informação. A partir da tabela dos componentes do PET sintetizada no Relatório de Inspeção (volume I, fl. 181), é possível verificar que apenas dois itens do projeto (gerência de projeto e treinamento) poderiam ser enquadrados nos serviços enumerados pelos incisos IV e VI do art. 13, respectivamente.

372. Tais serviços, em conjunto, correspondiam a 1,73% do total originalmente contratado ([R\$ 2.168.855,77 + R\$ 418.392,00] I R\$ 149.405.872,00). Ainda que os dois serviços comuns fossem hipoteticamente dotados de natureza singular e que a empresa Cobra possuísse notória especialização nessas atividades, tornar-se-ia incabível o enquadramento legal da inexigibilidade de licitação do Contrato 2004/224 no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993.

373. Esse fato sugere que o parecerista jurídico sequer tomou conhecimento do real objeto da contratação ao emitir sua opinião favorável pela inexigibilidade de licitação.

374. Além disso, deve ser lembrado que, a despeito do esforço empreendido pela consultoria jurídica do Basa, com vistas a opinar favoravelmente à inexigibilidade de licitação, com fundamento no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993, o contrato baseou-se no *caput* desse artigo (anexo 2, fl. 2), dada a alegada inviabilidade de competição contida no Relatório de Justificativas Técnicas para Contratação de Empresa Integradora e documentos precedentes.

375. Por sua vez, esse fato sugere o desconhecimento do parecerista jurídico em relação ao conteúdo do Contrato 2004/224, corroborado pela ausência de parecer jurídico em relação à sua minuta, em desconformidade com o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (item 349 desta instrução).

376. Acerca do entendimento do STF trazido pelo responsável, cabe dizer que esta Corte de Contas não possui divergência de juízo. Porém, a inexigibilidade de licitação, seja por qual motivo for, dada a sua excepcionalidade, deve possuir os requisitos apontados na lei. Para o caso de serviços de informática, objeto do Contrato 2004/224, é oportuno transcrever entendimento desta Corte de Contas consignado no Acórdão 2.09412004-TCU-Plenário:

9.1.3. a inexigibilidade de licitação para a prestação de serviços de informática somente é admitida quando guardar relação com os serviços relacionados no art. 13 da Lei 8.666/1993 ou quando se referir à manutenção de sistema ou software em que o prestador do serviço detenha os direitos de propriedade intelectual, situação esta que deve estar devidamente comprovada nos termos do inciso I do art. 25 da referida norma legal;

377. Conforme visto no item 372 desta instrução, os serviços que poderiam ser enquadrados no art. 13 da Lei 8.666/1993 correspondiam a uma ínfima parcela do total dos serviços a serem prestados no âmbito do contrato em discussão, não se adequando o art. 25 à realização da contratação direta por inexigibilidade de licitação.

378. Quanto ao despacho do Ministro-Relator, esse isenta a responsabilidade do parecerista jurídico do Basa no que tange às justificativas da área técnica para a contratação global, não sendo esse o tema objeto da presente audiência.

#### Conclusão parcial

379. Uma vez que o objeto do Contrato 20041224 não consistia em aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só pudessem ser fornecidos de forma exclusiva, impossibilitando o enquadramento da contratação no inciso I do art. 25 da Lei 8.666/1993; considerando que a maioria dos bens e serviços contratados não encontra aderência no art. 13 da Lei 8.666/1993, tampouco possuía natureza singular, impossibilitando o enquadramento da contratação no inciso II do art. 25 da mesma lei; dada a evidente impossibilidade de enquadrar o objeto no inciso III do art. 25 da Lei de Licitações; e, por fim, considerando a existência de outras empresas integradoras capazes de fornecer o objeto global pretendido, conforme manifestado no Relatório de Justificativas Técnicas, impossibilitando o enquadramento da contratação no *caput* daquele artigo, esta Secretaria, com respaldo na jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 2.094/2004-TCU-Plenário e 648/2007-TCU-Plenário, entende que deve ser mantido o posicionamento em relação à ausência de pressupostos legais capazes de permitir a inexigibilidade de licitação no caso em exame.

380. Dessa forma, as razões de justificativa apresentadas pelo responsável defendendo a sua manifestação favorável pela contratação direta por inexigibilidade de licitação não devem ser acatadas.” (peça , p. 53)

21. Ora, a defesa do recorrente foi rejeitada por ter se baseado apenas nos argumentos da área técnica, sem que fossem trazidos os argumentos jurídicos necessários para o enquadramento legal que se perseguia. Questionou-se, do consultor jurídico, a ausência dos pressupostos legais para justificar a inexigibilidade de licitação, nos termos bem examinados pela unidade técnica.

22. A área técnica de qualquer entidade expõe seu ponto de vista sobre uma contratação, mas cabe ao consultor jurídico examinar se os motivos alegados pela área técnica atendem as exigências legais que disciplinam a matéria. Entendimento diverso transformaria a consultoria jurídica em simples instância homologatória. Esse papel foi questionado e considerado falho pelo acórdão ora recorrido.

23. Transcrevo a parte do voto sobre o papel do consultor:

“17. Não há como isentar de responsabilidade, de igual forma, o consultor jurídico, uma vez que o parecer exarado não atendeu o intento do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993. Pela sua leitura, nota-se que essa peça não foi isenta. Aceitou, sem discussão, a argumentação superficial trazida pela área técnica, deixando que se direcionasse sua opinião, de modo a atender o anseio da administração do banco.

18. Extraí-se, do parecer jurídico, afirmações do tipo:

“..a realização do certame licitatório frustraria, como registra a doutrina acima, o alcance do bem jurídico – interesse público - que se pretende perseguir, por isso sugestão de aceitar a proposta mais adequada e mais vantajosa que pareceu ao agente administrativo, que deposita confiança especial na empresa a ser contratada”( p. 06, peça 269 – grifo nosso);

“Demonstrada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade dentro do campo da discricionariedade administrativa, ....” (p. 06, peça 269)

19. Ora, a contratação direta não é ato discricionário dos administradores. Pelo contrário, é ato vinculado, que deve atender de forma clara os requisitos legais, já que a regra é a da licitação, procedimento esse de envergadura constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF). Ademais, o interesse público maior está no atendimento às leis emanadas do Poder Legislativo, que expressam valores e prioridades que a sociedade brasileira entende legítimos.

20. O papel do consultor jurídico de uma empresa pública é zelar pelo cumprimento das normas do Direito Administrativo, expondo de forma clara riscos e possíveis descumprimentos de requisitos legais na contratação nos termos eventualmente pleiteados. Esse cuidado não foi identificado no parecer exarado.

21. Na verdade, o parecer jurídico foi confeccionado, como observado acima, para respaldar a situação exposta pelo parecer técnico. Desse modo, restou caracterizado que a contratação violou o art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como os arts. 2º e 3º da Lei de Licitações.”
24. Assim, o ponto considerado obscuro pelo recorrente foi enfrentado na instrução técnica, que foi expressamente encampada pelo voto. Não há, pois, que se falar em omissão da deliberação recorrida.
25. Como já exposto pelo ministro Marcos Bemquerer no voto que fundamentou o acórdão 1.361/2005–Plenário:

“(…)

9. É necessário deixar assente que não configura hipótese de omissão ou contradição o fato de o decisum atacado não acolher a linha de argumentação adotada pelo responsável ou não responder pormenorizadamente cada argumento suscitado pelas partes. O essencial é que a decisão esteja devidamente fundamentada, com a precisa indicação dos motivos de sua conclusão, conforme entendimento desta Corte de Contas (*verbi gratia* os Acórdãos ns. 153/2003 do Plenário, 1.488/2004 da 1ª Câmara, e 855/2003 da 2ª Câmara). Aliás, é exatamente esse o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, evidenciado nos julgamentos dos Embargos de Declaração EDRESP 227054/SC, EDAGA 291932/BA e EDROMS 14374/SC, a exemplo do abaixo transcrito:

"Agravo Regimental - Processual Civil - Violação ao artigo 535 do CPC não configurada - Acórdão que se manifestou expressamente sobre a suposta omissão - ultrapassada a preliminar de nulidade do acórdão deveria o Recurso Especial adentrar no mérito - Inocorrência. Recurso improvido.

Não há cerceamento de defesa ou omissão quanto ao exame de pontos levantados pelas partes, pois ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu livre convencimento, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados.

O órgão judicial para expressar a sua convicção não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta ou deficiente a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não emoldura negativa de vigência aos arts. 458, II, e 535, II, CPC.

Cabia ao recorrente suscitar, em recurso especial, violação aos artigos de lei federal que teriam sido malferidos pelo acórdão recorrido ao excluir a Caixa Econômica Federal da lide. Agravo regimental improvido". (AgRg no Ag 593721/MG; Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2004/0036353-4; Relator(a) Ministro Francisco Peçanha Martins; Órgão Julgador - Segunda Turma; Data do Julgamento 16/12/2004; Data da Publicação/Fonte DJ 07/03/2005, p. 210) (grifos não constam do original).”

26. No que toca ao aspecto opinativo do parecer jurídico, verifico que se trata de argumento novo, não trazido na defesa inicial. Não cabe, dessa forma, seu enfrentamento em sede de embargos.

Isso posto, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à sua deliberação.

TCU, Sala das Sessões, em 17 de abril de 2013.

ANA ARRAES  
Relatora