

TC 010.997/2004-4

Apensos: 013.065/2004-5, 013.469/2004-6, 012.062/2004-9, 015.476/2009-0 e 014.878/2007-6.

Tipo: Representação (Embargos de Declaração)

Unidade: Banco do Nordeste do Brasil – BNB

Recorrentes: Roberto Smith (CPF 270.320.438-87); Victor Samuel Cavalcante da Ponte (CPF 375.091.107-00); Luiz Ethevaldo de Albuquerque Guimarães (CPF 000.141.923-49); Paulo Pereira Jucá (CPF 117.108.373-49) e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral (CPF 070.763.984-00).

Advogados: Eduardo Antônio Lucho Ferrão – OAB/DF 9.378; Luiz Felipe Bulus – OAB/DF 15.229; Vanessa Alves Pereira Barbosa OAB/DF 24.336 e Thiago Peleja Vizeu Lima OAB/DF 35.108, procuração à peça 12, p. 33-38.

Sumário: Representação. Contratação direta da Cobra Tecnologia S.A. Inviabilidade de competição não demonstrada. Rejeição das razões de justificativa. Multa. Pedido de Reexame. Não provimento. Embargos de Declaração. Omissão. Obscuridade. Conhecimento. Rejeição. Ciência aos interessados.

INTRODUÇÃO

1. O processo versa sobre representação formulada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará (Secex-CE), a respeito de contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., para o fornecimento de solução global e integradora com vistas à modernização tecnológica da plataforma de *hardware* e *software* do Banco do Nordeste do Brasil – BNB, pelo valor global de R\$ 129.933.243,00 (peça 4, p. 19-20).

2. Trata-se de embargos de declaração opostos pelos Sr^{es}. Roberto Smith; Victor Samuel Cavalcante da Ponte; Luiz Ethevaldo de Albuquerque Guimarães; Paulo Pereira Jucá e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral, em face dos termos do Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário (peça 36), proferido em razão de pedidos de reexame, conhecidos e desprovidos, interposto contra as deliberações do Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário (peça 4, p. 50-51), por meio do qual esta Casa rejeitou as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, conforme reproduz-se parcialmente abaixo:

9.1. conhecer da presente representação, nos termos do art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. apor a chancela de sigilo às peças que integram o Anexo do 2 dos presentes autos, bem como o Anexo 2 do TC 013.065/2004-5, apenso a estes;

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 Ethevaldo 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;

9.5. determinar ao Banco do Nordeste do Brasil S. A., nos termos do art. 28, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, que, se for o caso, efetue o desconto integral ou parcelado da dívida nos vencimentos, salários ou proventos dos responsáveis, observados os limites previstos na legislação pertinente, e proceda ao correspondente recolhimento aos cofres do Tesouro Nacional, comunicando a esta Casa as providências adotadas em trinta dias;

9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas, atualizadas monetariamente a partir do dia seguinte ao término dos prazos ora estabelecidos, até a data do recolhimento, no caso de impossibilidade de desconto em folha de pagamento e não atendimento das notificações, na forma da legislação em vigor; (...).

3. Em que pese a oposição de embargos de declaração naquela ocasião, consoante os termos do Acórdão 298/2009 – TCU – Plenário (peça 6, p. 21-22), o Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário restou mantido em seus exatos termos.

FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA

4. Não resignados, os responsáveis interpuseram pedido de reexame em face do Acórdão condenatório (Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário – peça 4, p. 50-51), o que redundou na prolação do Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário (peça 36), conforme se extrai, parcialmente:

9.1. não conhecer do pedido de reexame interposto por Francisco de Assis Germano Arruda, por ser intempestivo e por não apresentar fatos novos e capazes de relevar a intempestividade, nos termos do parágrafo único do art. 32 da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 285, § 2º, e 286, parágrafo único do RI/TCU;

9.2. conhecer dos pedidos de reexame interpostos por Roberto Smith, Victor Samuel Cavalcante da Ponte, Luiz Ethewaldo de Albuquerque Guimarães, Paulo Pereira Jucá, Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral e Luiz Alberto Cruz de Oliveira, com fundamento no art. 48, c/c os arts. 32 e 33 da Lei nº 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo em seus exatos termos o acórdão recorrido;

5. Inconformados com o teor da decisão, os recorrentes opuseram os presentes embargos de declaração, alegando omissão e obscuridade a serem sanadas na deliberação atacada.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade, solicitado pelo Exmo. Ministro-Relator Valmir Campelo à peça 94, elaborado por esta Serur às peças 96 e 97, eis que preenchidos os requisitos processuais à espécie.

7. Paralelamente, o Relator, por meio do despacho proferido (peça 94), determinou complementarmente a análise da peça 66, incluída nos autos pelo Sr. Francisco de Assis Germano Arruda, que muito embora não tenha oposto embargos de declaração, rogou pela extensão do efeito suspensivo à sua pessoa, em razão do manejo do presente recurso por outros embargantes.

8. Em cumprimento à determinação do Exmo. Ministro Relator do recurso, a respeito da peça 66, o documento restringe-se a solicitar a extensão dos efeitos suspensivos dos embargos opostos por outros embargantes. Nesse sentido, o §2º do art. 34 da Lei 8.443/1992 prevê a suspensão dos prazos para cumprimento da decisão embargada. Por consequência, o efeito suspensivo alcança a todos os responsáveis, situação reconhecida por parte desta Corte de Contas

concretizada mediante a expedição de certidões pela Secretaria de Recursos, medida disponível a qualquer tempo ao Sr. Francisco de Assis Germano Arruda, caso seja seu interesse.

EXAME DE MÉRITO

Argumentos dos Embargantes (peça 41):

9. De início, pugnam pela tempestividade do recurso, uma vez que a publicação do acórdão embargado ocorreu em 8/11/2012, tendo o prazo final expirado na data de 18/11/2012 (domingo), ao passo que a peça recursal acabou por ser oposta no dia 19/11/2012 (peça 41, p. 1).
10. Passaram a tratar das supostas omissões havidas na decisão atacada.
11. Inicialmente, alegaram que os requisitos de notória especialização e de confiança na Administração teriam sido plenamente atendidos e arguiram pelo preenchimento amplo dos critérios para a inexigibilidade da licitação e pelo reconhecimento do alinhamento do parecer jurídico à situação fática do BNB (peça 41, p. 2).
12. Consideraram que a decisão do Tribunal sobre o assunto se sustentou na não caracterização da hipótese de inviabilidade de competição entre fornecedores no mercado que justificasse a contratação direta para fornecimento de serviços da solução global e integradora para a modernização do BNB, firmado com a Cobra por inexigibilidade de licitação (peça 41, p. 2).
13. Destacaram o entendimento do Tribunal a respeito da fragilidade dos argumentos em prol da contratação direta, na medida em que foi expressamente admitida pela administração a possibilidade de aquisição por intermédio de outros fornecedores (peça 41, p. 2).
14. No entender dos embargantes, essa premissa estaria eivada do vício de omissão, pois deixou de atentar para o fato de que a inviabilidade pode se manifestar por maneiras diversas, não limitadas à hipótese de contratação de fornecedor exclusivo e apontaram outras circunstâncias que potencialmente também inviabilizariam a competição e dariam azo à inexigibilidade de licitação. Exemplificaram a situação a partir do caso de contratação de serviços técnicos profissionais especializados de natureza singular que impossibilita a competição em razão da falta de critérios objetivos para cotejar os potenciais competidores (peça 41, p. 2).
15. Também afirmaram que os serviços contratados com a Cobra enquadravam-se dentre aqueles técnicos definidos pelo art. 13 da Lei 8.666/1993, na medida em que envolviam estudos técnicos, assessoria e planejamentos focados na avaliação do estado em que o setor de informática do BNB se encontrava, bem como o desenvolvimento das medidas corretivas que deveriam ser tomadas para maior eficiência da instituição financeira em seu meio de atuação (peça 41, p. 2).
16. Sobre os problemas relacionados à área de TI do banco, passaram a descrever o objeto contratado como solução não disponível no mercado ante a situação encontrada, a exemplo de grande e prejudicial variedade de linguagem de programação (quatorze); inúmeros sistemas operacionais rodando simultaneamente nas máquinas; defasagens do sistema de informação; dificuldades para a implantação de novas tecnologias em razão da inadequação do modelo anteriormente adotado para a área de TI; etc. (peça 41, p. 3).
17. Aduziram que grande parte das deficiências teria sido gerada pelo equívoco de concepção e de administração do modelo de TI implantado, o que teria sido apontado de forma contundente nos relatórios de inspeção realizada pelo Banco Central do Brasil – BACEN, que traçou uma série de determinações, transcritas na peça recursal (peça 41, p. 3-4).
18. A título de contextualização, narraram a necessidade e a urgência na modernização do complexo sistema de tecnologia de informação do banco; traçaram um panorama geral da situação e ponderaram que diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, nessa hipótese os serviços técnicos poderiam ser prestados por diversos especialistas em

razão do que a inexigibilidade tem lugar da impossibilidade de cotejo objetivo, da singularidade do serviço a ser prestado (peça 41, p. 4-5).

19. Colacionaram doutrina a respeito da singularidade dos serviços e alegaram que a instituição escolhida – Cobra Tecnologia - detinha notória especialização e conceito no mercado; que os serviços prestados pela Cobra demandavam razoável parcela de subjetividade, eis que derivados de características intrínsecas à sua estrutura e ao modo de atuar no mercado; que a escolha deveria ser julgada de forma subjetiva, afastando-se a competitividade e a objetividade, sendo inexigível a instauração de licitação pública (peça 41, p. 5-6).

20. Novamente, repisaram a situação de precariedade em que se encontrava a área de TI do BNB e asseveraram que a solução global e integradora não existia no mercado, devendo ser desenvolvida, e colacionaram a doutrina de Marçal Justen Filho que aponta os serviços de tecnologia de informação orientados ao atendimento a necessidades peculiares e complexas não se traduzindo em soluções pré-determinadas, não havendo possibilidade de simples aquisição de equipamentos e de programas, sendo indispensável desenvolver um sistema (peça 41, p. 7).

21. No juízo de convicção dos embargantes, outro grave vício no acórdão seria o entendimento de que o parecer de Marçal Justen Filho teria se pautado em premissas não verdadeiras, embora o exame tenha descrito pormenorizadamente a realidade vivida pelo BNB e a necessidade de pronta solução estratégica. Reproduziram trecho do parecer e remataram que o acórdão embargado desconsiderou toda a situação vivida pela administração do BNB e as conclusões do parecerista, embora a questão da contratação tenha sido tratada corretamente (peça 41, p. 7-8).

22. Reafirmaram que a Lei 8.666/1993 não limita a hipótese de inexigibilidade à inviabilidade de competição e citaram doutrina de Eros Grau, que defende que serviços técnicos especializados são aqueles definidos pela Administração e contratados sem licitação, em razão do grau de confiança depositado no grau de especialização do contratado. Ao final, os embargantes concluíram caber à Administração a escolha de especialistas entre aqueles existentes, com certa margem de liberdade para a definição do profissional/empresa considerado mais adequado (peça 41, p. 9).

23. Discorreram sobre a relatividade de tal liberdade e avaliaram que no caso da contratação levada a efeito pelo BNB, a Cobra Tecnologia preenchia os pressupostos de ordem subjetiva voltado à qualidade dos profissionais que integram seus quadros, bem como a experiência técnica decorrente dos trabalhos realizados, conferindo experiência suficiente a singularizá-la no mercado (peça 41, p. 10).

24. No posicionamento pugnado, não procede o entendimento do TCU de que os recorrentes não conseguiram fazer crer que os atributos vistos na empresa Cobra não poderiam ser encontrados em outras empresas, pois esta Casa não teria considerado a notória especialização, a singularidade e a confiança despertada nos gestores (peça 41, p. 11).

25. Ao final do ponto, asseveraram que o Tribunal desconsiderou a defesa dos embargantes relativa a estes pontos e pediram o reconhecimento do amplo atendimento aos princípios que regem a Administração, notadamente pela adequação da contratação direta da Cobra por inexigibilidade de licitação (peça 41, p. 11).

26. Passaram a tratar do excessivo rigor em apenas os gestores com multa pecuniária, haja vista a atuação de suas condutas voltada exclusivamente no atendimento do interesse público e que a má-fé não pode ser presumida (peça 41, p. 11).

27. Relativamente ao assunto, transcreveram parte do acórdão embargado e asseveraram que o elemento subjetivo boa-fé teria sido afastado liminarmente, sem, contudo, haver nos autos

qualquer indicação concreta de que houvesse específica intenção dos gestores em produzir prejuízo aos cofres por meio do afastamento indevido da licitação (peça 41, p. 12).

28. Defenderam que a conduta do Presidente do BNB e da Diretoria em contratar parecerista externo para opinar sobre a contratação demonstra não ter havido falta de diligência ou manobra, ao contrário, representa a diligência com que o assunto foi tratado (peça 41, p. 13).

29. Arguíram pela impossibilidade de se configurar a má-fé, transcreveram doutrina sobre o assunto e aduziram que a responsabilização não poderia ter havido sem a demonstração do intuito de fraude, e ao final concluíram como desproporcional e desarrazoada a aplicação de multa pecuniária próxima ao valor máximo previsto no dispositivo de regência (art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992) (peça 41, p. 14).

30. Destacaram trecho do acórdão em que restou sopesado que, pelos elementos constantes dos autos, não se poderia afirmar a ocorrência de prejuízo ao erário, tampouco descartar tal hipótese, uma vez que os preços contratados não sofreram a força da competição de mercado em sua plenitude. A partir do recorte, ponderaram que mais uma vez o Tribunal não teria se atentado às alegações apresentadas no processo (peça 41, p. 14-15).

31. Novamente, os embargantes arguíram pela severidade da penalidade aplicada e reproduziram trecho do Acórdão 3.047/2004 – TCU – 1ª Câmara, em que esta Corte absteve-se de aplicar a penalidade de multa aos gestores, impondo somente a adoção de medidas corretivas, sob o argumento de que o posicionamento da Administração encontrava-se respaldado em consultoria, exatamente como no caso apreciado nos presentes autos (peça 41, p. 15-16).

32. Mencionaram ainda trecho do Acórdão 1.136/2006 – TCU – Plenário, em que o pedido de reexame pelos responsáveis suprimiram os fundamentos que ensejaram a aplicação de multa (peça 41, p. 16).

33. Ao final, ponderaram que o acórdão embargado teria restado omissis em relação à boa-fé dos gestores, que buscaram a melhoria da *performance* tecnológica da instituição financeira (peça 41, p. 16).

34. Relativamente às despesas iniciais com a execução do contrato celebrado, em especial o pagamento de R\$ 500.000,00 à Cobra a título de mobilização de pessoal para prestação dos serviços, alegaram que no recurso improvido havia sido apresentada cuidadosamente a origem desses gastos para que não pairassem dúvidas quanto à lisura do procedimento, incluindo cópia de relatório emitido pela Cobra que demonstrava as tarefas executadas e os gastos. No entanto, nada teria sido dito sobre este ponto nem do período de transição entre a saída da empresa que atuava no Banco – Unisys e a entrada da Cobra, incluindo transferência de conhecimento e absorção de pessoal da área de TI (peça 41, p. 17).

35. Teceram comentários sobre o período do concurso da atuação concomitante das duas empresas no âmbito do Banco e ao final consideraram a ausência de pagamento de uma verba de R\$ 500.000,00 sem a correspondente contraprestação de serviços, principalmente porque esta não se confundia com o pagamento normal de serviços *outsourcing*. Em seus juízos de convicção, esses pontos merecem apreciação (peça 41, p. 18).

36. Passaram a tratar da suposta obscuridade contida no acórdão, em razão da inexigibilidade de conduta diversa por parte dos responsáveis, e ponderaram que a decisão pela contratação direta foi uma medida adotada como forma de atender, em um curto espaço de tempo, às recomendações tracejadas pelo relatório de inspeção do Banco Central – BACEN, em razão das precariedades do antigo sistema (peça 41, p. 18).

37. Afirmaram que a decisão pela contratação direta se pautou na análise efetuada por profissionais mais gabaritados sobre o tema, e que optar por uma ação contrária aos pareceres infringiria o art. 38, inciso VI, da Lei 8.666/1993 e o art. 50, inciso IV, da Lei 9.784/1999.

Ponderaram ainda que acreditaram no teor dos documentos e eventuais falhas não poderiam a eles ser creditada (peça 41, p. 19).

38. Reproduziram parte da instrução desta Serur ao analisar os pedidos de reexame interpostos onde se traçou observações sobre a responsabilização de gestores e pareceristas (peça 41, p. 20).

39. Ressuscitaram a excludente de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa, para afirmar a impossibilidade de os dirigentes atuarem de forma diversa ao conteúdo dos pareceres e colacionaram ementa do MS 24631 do Supremo Tribunal Federal, que trata da responsabilização de pareceristas jurídicos (peça 41, p. 20-21).

40. Salientaram que a única hipótese de se afastar os gestores das orientações dos pareceres seria a de erro grosseiro, o que não teria acontecido no caso em tela (peça 41, p. 21). Ao final, rogaram o esclarecimento da questão (peça 41, p. 22).

41. Ao final, arremataram o recurso pedindo o processamento e o acolhimento dos embargos (peça 41, p. 22-23).

Análise

42. Os embargos não devem ser acolhidos, pois as alegações de omissão e obscuridade denunciadas em relação ao Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário não procedem, conforme exame a seguir.

43. Os embargantes, em suma, alegam omissões quanto à conclusão pela irregularidade na contratação da Cobra Tecnologia S.A. por meio de inexigibilidade de licitação; do excessivo rigor por meio da aplicação de multa pecuniária, embora os gestores tenham agido na defesa do interesse público e não tenha sido comprovada a má-fé; e obscuridade em razão da inexigibilidade de conduta diversa por parte dos responsáveis.

44. De acordo com o pedido de reexame, o tema relativo à irregularidade na contratação da empresa Cobra Tecnologia restou exaustivamente examinado, conforme transcrições parciais abaixo das razões recursais transcritas, acompanhadas, em seguida, da análise procedida por esta Serur (peça 37, p. 11-14):

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.

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. (...)

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. (...)

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.

Concluem que, diante dessa situação, acrescentando 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. (...)

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.

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.

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. (...)

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.

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.

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. (...)

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. (...)

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.

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). (...)

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. (...)

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.

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.

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.

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.

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.

45. A respeito do assunto, esta Serur se posicionou no seguinte sentido (peça 37, 11-14):

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.

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. (...)

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.

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.

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. (...)

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.

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.

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. (...)

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.

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.

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.

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).

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.

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.

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

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. (...)

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.

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. (...)

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. (...)

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.

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.’

46. Quanto à manifestação do Relator *a quo* sobre o assunto, primeiramente, o Voto proferido no exame dos pedidos de reexame traçou histórico dos fatos processuais, reproduziu trechos do voto condutor do Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário, como fundamento de seu posicionamento, o qual tratou da contratação direta da Cobra, quando restou concluída a irregularidade no procedimento, haja vista a ausência de demonstração de imprescindibilidade da “solução global e integradora” e a falsa premissa de que a realização de uma licitação revelaria as fraquezas e as fragilidades do sistema de informação do BNB (peça 35, p. 4).

47. Consta da decisão reproduzida a emissão do parecer solicitado pelo Banco por consultor externo, elaborado por renomado jurista, que se baseou em falsas hipóteses, tais como situação de emergência, riscos à empresa em razão da realização de licitação (peça 35, p. 4).

48. Há registro ainda da inobservância ao projeto básico elaborado pela área de TI do Banco, formulado há menos de dois meses, que propunha a realização de licitação e despesas da ordem de 24 milhões de reais para os serviços que vinham sendo prestados no contrato, então vigente, pelo período de 24 meses, tendo sido optada a opção pela solução global e integradora, imposta de maneira apressada pela alta administração da instituição, ao custo de R\$ 129.933.243,00, pelo período de 48 meses (peça 35, p. 4).

49. Naquela ocasião, o Relator destacou que a regra constitucional que incide sobre todas as aquisições do Poder Público é a submissão ao procedimento licitatório, sendo a exceção à contratação direta. Aduziu que o enquadramento do caso concreto nas hipóteses do art. 25 da Lei 8.666/1993 carecia de plena motivação e cabal documentação, devendo o processo licitatório reunir todas as provas e evidências que demonstrassem a adequação da medida (peça 35, p. 5).

50. Ainda naquela assentada, ressaltou que a realização de licitações para a contratação de soluções de TI por entidades financeiras não impõe a revelação das fragilidades e deficiências dos sistemas, pois uma nova contratação poderia buscar simplesmente a modernização do parque tecnológico fortalecendo a imagem da instituição (peça 35, p. 5).

51. Após a transcrição dos fundamentos do acórdão recorrido, o Relator *a quo*, que cuidou dos pedidos de reexame, adicionalmente, incorporou o exame procedido pela Serur que refutou todos os argumentos dos recorrentes e propôs a negativa de provimento (peça 35, p. 13).

52. Não bastasse, consignou expressamente seu entendimento pela irregularidade da contratação direta da Cobra, sem que restasse caracterizada a inexigibilidade de licitação prevista no

art. 25 da Lei 8.666/1993 e ressaltou que o parecer de Marçal Justen Filho alertava para a necessidade de se condicionar o reconhecimento da inviabilidade de competição à providência de demonstrar cabalmente como a licitação prejudicaria a adoção de alternativa satisfatória para os interesses coletivos (peça 35, p. 13).

53. Da mesma forma, salientou que as peças recursais não teriam sido capazes de demonstrar as vantagens econômicas da solução global e integrada, em comparação com a contratação parcelada, pois a ausência de projeto básico adequado e contrato devidamente especificado, tal exigência seria impossível (peça 35, p. 15).

54. Fez questão de explicitar que mesmo sendo a Cobra subsidiária do Banco do Brasil, trata-se de prestadora de serviços também a particulares, submetendo-se a regime de pessoa jurídica privada (peça 35, p. 15).

55. Convém reproduzir trechos do voto, de sorte a ilustrar a rejeição dos argumentos apostos pelos embargantes (peça 35):

28. Não obstante, mediante contratação da qual não se tem informação nos autos, surge o parecer do Professor Marçal Justen Filho, com data de abril de 2004, versando sobre a viabilidade jurídica de promover contratação direta de bens e serviços de informática. Na verdade, conforme os termos do próprio parecer, tratava-se de verificar se "estão presentes os requisitos para contratação direta da empresa Cobra para fornecimento de equipamentos, sistemas, programas e serviços profissionais na área de tecnologia da informação bancária". Ou seja, os dirigentes do Banco já falavam na contratação da Cobra. A unidade técnica assim comentou a situação, em termos já transcritos no relatório precedente:

"12.3. Aqui parece haver descompasso de ação: por um lado, a área técnica do Banco estudava solução fracionada, como adotada até então, ou seja, serviços e equipamentos licitados em separado, tendo inclusive submetido ao CODAD o projeto básico nesse sentido, aprovado em 15/04/2004 (fls. 129/130 do anexo 1). De outro lado, a alta administração do Banco contratava consultorias externas de diagnose [referindo-se à contratação de empresa de consultoria para análise e diagnóstico dos principais processos informatizados do Banco, cujo parecer já foi mencionado anteriormente] e parecerista externo (em abril de 2004, fl. 128 do mesmo anexo) para justificar juridicamente a contratação da Cobra para fornecimento de bens e prestação de serviço sem licitação a fim de implantar a solução global."

29. Os responsáveis defendem-se afirmando que a Diretoria não ignorou a área técnica na contratação da Cobra, mas que, por conhecer melhor os problemas de TI do Banco, viu que a solução tradicional adotada pelos técnicos do BNB não resolveria o problema.

30. Segundo os dirigentes, o que os teria levado a aprovar a "solução global" foram os resultados dos serviços de consultoria na área de TI contratados pelo Banco. Todavia, não trouxeram aos autos pareceres dessas consultorias que recomendassem a adoção dessa solução ou afirmassem que os serviços objeto do contrato teriam de ser oferecidos pela mesma empresa.

31. De um dos contratos de consultoria cujos serviços teriam subsidiado os dirigentes do BNB, que chama a atenção pela ausência de especificação de seu objeto, celebrado com a empresa Geo-Systems Informática Ltda., foi trazido apenas o já mencionado relatório com as fragilidades dos sistemas do Banco, utilizado pelos dirigentes para demonstrar as deficiências da empresa na área, nada se falando acerca de vantagens técnicas ou da necessidade de aquisição conjunta de serviços para a solução desses problemas.

32. A outra consultoria em TI apenas visou o acompanhamento das ações relativas à segurança da informação e elaboração do Plano Estratégico da Informação da empresa (PETI), cobradas pelo Banco Central, sendo que o PETI, por sinal, foi apresentado um mês depois da assinatura do contrato com a Cobra, fato identificado por equipe de auditoria do Tribunal, que recomendou ação específica nesse sentido.

33. As informações trazidas por essas consultorias não servem para impor a aquisição conjunta como mais vantajosa ou concluir que a contratação parcelada dos objeto do contrato não seria adequada para enfrentar as dificuldades da empresa.

34. Lembre-se que, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, os serviços licitados pela Administração devem, como regra, ser divididos em parcelas, sempre que exista viabilidade

técnica e econômica, a exemplo do caso em exame, com vistas ao aumento da competitividade, devendo a contratação conjunta ser justificada técnica e economicamente.

56. Relativamente à suposta ação dos gestores em prol do interesse público, o voto do acórdão guerreado, ao incorporar trecho do voto proferido em sede do Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário, consigna expressamente que (peça 35):

13. As alegações de defesa oferecidas, por sua vez, reforçam a minha convicção, já que assentadas nos mesmos frágeis argumentos concebidos para justificar a contratação. Nelas, os responsáveis salientam a natureza de instituição financeira da empresa como agravante de uma inevitável revelação das suas fragilidades em uma competição, mas não demonstram porque entendem que contratações de sites alternativos, servidores de rede, infra-estrutura de processamento e consultoria, ou mesmo de serviços de desenvolvimento de sistemas com vistas à sua maior integração e segurança, tenham de ser precedidas, ainda que realizadas conjuntamente, de revelações estratégicas dos dados e informações ou das deficiências dos sistemas de informática do Banco. Sequer mencionam a natureza dos dados e informações cuja revelação seria imprescindível, cabendo repetir que, para os serviços de manutenção e desenvolvimento de sistemas não alcançados pela medida cautelar, já havia proposta de autorização de licitação, acompanhada do devido projeto básico, elaborada menos de dois meses antes da proposta de adoção da "solução global e integradora".

14. A meu ver, a existência de licitações para a contratação de serviços nas áreas de TI, realizadas por instituições financeiras fiscalizadas pelo Tribunal, algumas de bem maior porte que o BNB, a exemplo da Caixa Econômica Federal, para suprir deficiências graves de seus sistemas de informação, comprovam a desnecessidade de revelação desses elementos em certames licitatórios. Além disso, já mencionei no despacho que suspendeu cautelarmente a execução de parte do contrato, que, de regra, contratações vêm mesmo no bojo de deficiências e fragilidades existentes, que, em maior ou menor grau, obrigam a modernização ou aprimoramento de métodos, sistemas e equipamentos de uma instituição, podendo-se até dizer que não se vislumbra algum órgão ou entidade pública ou privada que não as possua, o que não quer dizer que tenham de ser reveladas nas licitações.

15. A referência ao risco de imagem, por sinal, parecer ter sido colhida pelos dirigentes do BNB de relatório de fiscalização realizada pelo Banco Central no ambiente de processamento da empresa (fls. 112/113, anexo 3). Tal documento, de fato, afirma que a instituição continuaria exposta a "riscos operacionais e de imagem" devido à ausência de solução definitiva para as deficiências apontadas em fiscalização anterior. Mais à frente, de maneira mais específica, o relatório aponta como potencial causador de dano à imagem da empresa a exposição da sua rede corporativa à instalação de softwares não autorizados, a ser evitada mediante a implementação de instrumentos mais efetivos de controle. Não há inferir, contudo, a partir do documento, possível risco dessa natureza em virtude da realização de uma licitação para a contratação de serviços de informática.

16. Na minha compreensão, a nova contratação poderia muito bem vir associada à busca de modernização tecnológica da empresa, contribuindo para o fortalecimento da sua imagem, se assim o desejassem os dirigentes do BNB, que, todavia, preferiram utilizar a expressão do relatório do Bacen fora de seu contexto original para tentar justificar a inviabilidade da licitação.

17. De qualquer forma, ainda que, por absurdo, se admitisse a necessidade de revelação de informações estratégicas ou de fraquezas do Banco na licitação, o exame da unidade técnica ressalta que o risco de dano à empresa em virtude do detalhamento do edital também foi apenas alegado pelo BNB, não se tendo aduzido aos autos nenhum elemento que estabelecesse correlação entre o conhecimento das deficiências na área de TI com o mencionado risco.

18. De se registrar, ainda, a tendência dos dirigentes em exacerbar uma situação aparentemente delicada da área de TI do Banco, com o objetivo de fortalecer a tese da necessidade de revelação dos problemas enfrentados pela empresa, e justificar a adoção da chamada "solução global e integradora", conforme transparece nos pressupostos oferecidos ao jurista contratado para a elaboração de seu parecer, bem como no documento denominado "Projeto Básico para Solução Global" e, ainda, nas defesas apresentadas pelos responsáveis. Em todas essas situações procura-se salientar o fracasso das gestões anteriores da empresa na área, em especial o contrato

então vigente (firmado com a Unisys), cujo modelo de execução descentralizada de sistemas seria o causador das fragilidades da instituição.

19. A propósito, chama a atenção o fato de a menção a tal contrato vir geralmente associada a uma realização deficiente e à circunstância de ter sido precedido de licitação, como que se querendo enfatizar que a adoção desse procedimento não leva ou não levaria, no presente caso, à solução mais vantajosa. Tal propensão, por sinal, também pode ser identificada em relação à realização de contratações fracionadas na gestão anterior, que, segundo os responsáveis, seria a causa dos problemas enfrentados pelo Banco, tendo sido utilizada como argumento para a adoção da "solução global".

20. Registre-se, porém, que no projeto básico ignorado pelos dirigentes do Banco, a área de TI da empresa aponta até mesmo pontos fortes no modelo adotado no contrato vigente (fl. 131).

21. Com efeito, os serviços do contrato cuidavam da supervisão e execução do desenvolvimento e manutenção de sistemas de forma descentralizada e, portanto, não poderiam prescindir de gerenciamento e controle por parte da Administração do Banco, mais especificamente da sua área técnica, à qual caberia garantir a sua integração e compatibilidade.

22. O exame do documento que aponta as fragilidades dos sistemas do BNB, cuja presença no processo motivou o pedido de seus dirigentes para o sigilo dos autos, elaborado por empresa de consultoria contratada para análise e diagnóstico dos principais processos informatizados do Banco, comprova a existência de problemas específicos nos sistemas de informação da empresa, inclusive de integração e atraso tecnológico, os quais, todavia, não podem ser dissociados de carências de gerenciamento na sua área de TI. Sem dúvida, sobressai do documento a predominância de problemas dessa natureza (deficiências no gerenciamento do uso da capacidade da infra-estrutura de TI, inconsistências das bases de dados, plano de contingência não confiável, falta de planejamento de sucessão a postos gerenciais, fraca estrutura na área de segurança da informação do Banco, entre outros problemas).

23. A questão gerencial, por sinal, é a tônica do já mencionado relatório de fiscalização do Banco Central no ambiente de processamento de dados e tecnologia do BNB, cujas recomendações foram citadas pelos dirigentes em suas defesas como demonstrativos dos problemas enfrentados pela instituição. O documento, de fato, comprova a situação precária da área de TI da empresa, mas também corrobora a tese de que ela decorreu primordialmente de falhas no gerenciamento. Tanto assim que, ao comentar os problemas decorrentes do modelo de descentralização das atividades de desenvolvimento e manutenção de sistemas adotados anteriormente, afirma que a gestão seguiu metodologia inadequada e carente de mecanismos de controle, confirmando que o problema era administrativo, e não propriamente nos contratos de prestação de serviços de informática.

24. Do relatório do Bacen, conclui-se pela necessidade da solução dos problemas de gerenciamento na área de TI, sobretudo por meio da revitalização e fortalecimento dessa área da empresa, conforme se depreende das providências reclamadas ao BNB no sentido de "recompor seus quadros com pessoal qualificado; capacitar seu corpo gerencial para a utilização de ferramentas de planejamento e controle; e criar programas de formação de sucessores para funções-chave".

25. Na verdade, o que os autos mostram é que as dificuldades enfrentadas pelo BNB decorrem muito mais de falhas no gerenciamento de sua área de TI que propriamente da má execução de seus contratos. Não resta dúvida de que a boa gestão dos contratos pelo BNB teria eliminado grande parte dos problemas específicos de seus sistemas de informação, em especial a falta de integração, o atraso tecnológico e a deficiência de segurança. De qualquer forma, há de se registrar que tais transtornos são mesmo passíveis de ocorrer em empresas do porte do BNB e que, para todos eles, a solução pode ser encontrada no mercado.

26. Mais à frente em seu relatório, os fiscais do Bacen comentam sobre uma alegada opção da nova administração do BNB de centralizar tais atividades, cujo projeto estaria em estudos pela área de tecnologia, sobre o que assim comentam no corpo do relatório: "No decorrer dos trabalhos, fomos informados da decisão da Diretoria de revitalizar a área de tecnologia, voltando a centralizar as áreas de desenvolvimento e manutenção de sistemas. Em que pese a relevância do processo de centralização, envolvendo grande remanejamento de pessoas, espaços físicos e sistemas, não existiam planos ou cronogramas formalizados que demonstrassem como se daria a evolução."

27. O relatório do Banco Central é de 05/02/2004. Em 15/04/2004, foi aprovado pelo Comitê de Apreciação de Processos de Investimentos e Despesas projeto básico e elaborado pela área de TI do Banco, com vistas à licitação dos serviços de desenvolvimento e manutenção de sistemas, cujo contrato vigente estava em vias de terminar. Não havia, frise-se, incompatibilidade entre essa proposta e as recomendações do Bacen, que cobravam mais controle do BNB sobre as operações, tampouco dissonância com a idéia da alta administração do Banco de centralizar essas atividades. Ademais, planejada com a devida antecedência, a contratação ao menos garantiria a continuidade da execução dos serviços essenciais à empresa, pelo período de 24 meses, sem que se tivesse de recorrer a contratações emergenciais. (...)

35. As justificativas técnicas apresentadas pela defesa para justificar a contratação conjunta são frágeis, trazendo questões genéricas, a exemplo do argumento, bastante simplório, de que o modelo adotado evitaria a transferência da responsabilidade entre fornecedores e facilitaria o diagnóstico e resolução de problemas, que desconsidera o fato de que eventuais benefícios dessa natureza muito provavelmente seriam suplantados pela vantajosidade decorrente da maior competitividade proporcionada pela contratação parcelada. Nesse ponto, cabe anotar que não foram apresentadas justificativas econômicas para a "solução global" em confronto com a contratação parcelada, medida que seria mesmo inviável em face da inexistência, tanto no projeto básico como no contrato, de especificações dos serviços a serem prestados e, por consequência, de seus preços.

36. Assim, ante a fragilidade e impropriedade das justificativas oferecidas para a adoção da "solução global", há de se concordar com a afirmação da unidade técnica de que ela constituiu-se em artifício para a fuga ao procedimento licitatório, cabendo lembrar que, mesmo nas condições da solução global, não restou demonstrada a inviabilidade da licitação, já que não se trouxeram aos autos elementos suficientes a indicar a impossibilidade de propostas válidas em uma licitação nessas condições.

57. Em ambos os casos, veja-se que a análise que sustentou a prolação do Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário, restou não só corroborada, mas utilizada como fundamento para a decisão do Relator *a quo*, quando do exame dos pedidos de reexame.

58. No tocante à culpabilidade dos agentes (inexigibilidade de conduta diversa) e à aplicação da multa em patamar elevado, vale reproduzir o trecho do voto que tratou do assunto (peça 35, p. 15-16):

42. Recorde-se que a lei confere o privilégio de organizações com essa natureza jurídica poderem ser contratadas sem licitação, mas **exclusivamente** pela respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista controladora (art. 24, inciso XXIII, da Lei nº 8.666/1993).

43. A restrição não se deu sem justo motivo. É que estão em jogo aí valores maiores do que os interesses que unem uma estatal e sua subsidiária ou controlada, numa relação de reciprocidade que só justifica a excepcionalidade de procedimento em negócios desenvolvidos entre elas.

44. Refiro-me, sobretudo aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia, que não poderiam ser preservados se essa prerrogativa não sofresse tal limitação, de modo a evitar prejuízo à regra geral prevista na Carta da República (art. 37, inciso XXI), incidente sobre todas as aquisições do poder público, que é a submissão ao procedimento licitatório, sendo exceção a contratação direta.

45. Do mesmo modo, não me parecem convincentes as alegações sobre o pagamento de R\$ 500.000,00 à empresa Cobra, a título de mobilização de pessoal para prestação de serviços referentes ao discutido contrato nº 2004/229, porquanto não infirmam o cerne da impugnação, que foi a ausência da indispensável comprovação dos gastos assumidos pela contratada.

46. Igualmente, não percebo procedência no argumento de que o contrato foi rescindido, e que por isso não se poderia reputar correta a aplicação de multa de valor tão elevado frente à inocorrência de prejuízo ao erário.

47. A uma, porque a rescisão só ocorreu devido à intervenção do TCU, é dizer, o encerramento da irregularidade como um todo não se deu por iniciativa dos próprios responsáveis.

48. A duas, porque os implicados respondem aqui por várias práticas irregulares – com destaque para a fuga ao procedimento licitatório - que não podem ser relevadas pelo desfazimento do seu

produto (um contrato irregular), depois de gerar efeitos, inclusive financeiros, por mais de dois anos.

49. A três, porque a multa aplicada foi a do art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992 (ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial), portanto, sem correlação com eventual prejuízo.

50. A quatro, porque, conforme justificado pelo relator **a quo**, “a gravidade das irregularidades encontradas, qualificadas pela materialidade do contrato e por atos que configuram manobra com vistas a enganar o controle, inclusive realizados às expensas do erário, a exemplo da contratação de parecer de jurista famoso, justificam a fixação da multa no valor de R\$ 30.000,00, próxima do valor máximo previsto no **caput** do mencionado artigo”.

51. A cinco, porque a função da multa é tríplice - punitiva, pedagógica e preventiva -, devendo ser sopesada a capacidade financeira dos infratores, no caso, dirigentes de elevado nível hierárquico do BNB, com o cuidado para que a sanção pecuniária reflita o grau de culpabilidade da conduta adotada pelos agentes, sob pena de frustrar a finalidade da apenação.

52. E a seis, porque parcela do contrato (segmento 1.1, no valor de R\$ 48.303.243,00, pelo período de 48 meses) foi executada por mais de dois anos, daí que, se é verdade que, pelos elementos constantes dos autos, não se pode afirmar ter havido com isso prejuízo aos cofres públicos, também não é menos certo que não há como descartar tal hipótese, dado que os preços contratados sem licitação com a empresa Cobra não puderam sofrer a força do mercado concorrente em sua plenitude. (...)

67. Em conclusão, entendo subsistirem as multas contra as quais se insurgem os impetrantes, uma vez demonstrado que os elementos trazidos nos presentes recursos não conseguiram elidir as ocorrências pelas quais eles respondem neste feito.

68. Inequivocamente, está configurada a responsabilidade desses agentes, uma vez plenamente estabelecido o nexo de causalidade entre as ocorrências apontadas e as respectivas condutas. E não se tendo nenhuma excludente - quer de ilicitude, quer de culpabilidade -, impõe-se seja mantido em seus exatos termos o acórdão combatido.

69. Em síntese, a deliberação atacada está expressando adequadamente a consequência jurídica prevista em lei para a situação da qual se trata, que é o reconhecimento da procedência da representação formulada pela Secex-CE, com a imputação de multa a quem deu causa aos eventos impugnados pelo TCU (art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992). (...)

59. Logo, não há que se falar em omissão ou obscuridade por parte do exame técnico bem como do voto proferido no âmbito da decisão embargada (Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário).

60. Também não cabe acolher reclamações no sentido de que um ou dois argumentos aduzidos pela defesa não teriam sido apreciados quando do exame do recurso, primeiro porque a matéria encontra-se debatida exaustivamente na deliberação proferida por esta Casa.

61. Em segundo, como é de conhecimento geral, o julgador não está obrigado a apreciar todos e cada um dos argumentos desfiados pela parte em suas peças de defesa, sendo suficiente que se atenha àquelas bastantes à formação de sua convicção acerca da matéria. Nesse sentido caminha o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, tal como exemplifica o julgado a seguir transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. O aresto recorrido não está eivado de omissão e tampouco padece de fundamentação, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. O Tribunal a quo manifestou-se de maneira clara e fundamentada sobre as questões postas a julgamento, apenas entendendo em sentido contrário ao posicionamento defendido pela ora recorrente.

3. Não é demais lembrar que o julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados (REsp 938.417/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.09.07).

4. (...).

5. Agravo regimental não provido.

(STJ. Segunda Turma. AgRg nos EDcl no Ag nº 105823/SP. Rel. Min. CASTRO MEIRA. Julg. em 16/12/2008. Publ.DJe 09/02/2009).

62. No âmbito desta Corte de Contas, o assunto tem sido pautado no mesmo sentido, consoante com o voto carreador do Acórdão 529/2011 – TCU – Plenário:

Em julgado do Supremo Tribunal Federal, assinalou o relator, ilustre Ministro Carlos Velloso, in verbis (in RTJ 187/701):

A jurisprudência do Supremo Tribunal tem entendido que o que a Constituição exige é que o juiz ou tribunal dê as razões do seu convencimento, não estando ele obrigado a responder a todas as alegações dos réus, mas tão-somente àquelas que julgar necessárias para fundamentar sua decisão. Assim, decidiu este Tribunal, pela sua 1ª Turma, no julgamento do AI 242.237-AgR/GO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, e do RE 181.039-AgR/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie, recebendo os acórdãos as seguintes ementas:

Ementa - Ausência de violação ao art. 93, IX, CF, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; à garantia da ampla defesa, que não impede a livre análise e valoração da prova pelo órgão julgador; e ao princípio da universalidade da jurisdição, que foi prestada na espécie, ainda que em sentido contrário à pretensão do agravante.(AI 242.237-AgR/GO, DJ de 22-9-2000)."

A embargante pretende, em realidade, a modificação do julgado proferido, com nítido conteúdo infringente. Os embargos prestam-se a esclarecer, se existentes, obscuridades, omissões ou contradições no julgado, e não para que ajustar a decisão ao entendimento do embargante.

Assim, ausente contradição, omissão ou obscuridade nas proposições contidas no Acórdão 2837/2010 – Plenário, ou no voto que o conduziu, ou mesmo no relatório, não há falar em sanear a deliberação recorrida, razão por que rejeito os embargos opostos pela empresa Novadata Sistemas e Computadores S.A.

63. Afóra isso, rediscutir os atos impugnados que acarretaram a reprovação da conduta do embargante, os fundamentos que ocasionaram a sua condenação, a razoabilidade, a proporcionalidade, a justeza e a equidade na aplicação das sanções adotadas por esta Corte configuraria a reapreciação da matéria de mérito, incabível por meio do meio processual ora adotado, qual seja embargos declaratórios.

64. Vale ressaltar que a intenção dos embargantes visa alcançar o mérito do posicionamento do Tribunal e assim afastar a responsabilização. Nessa toada, colaciona-se trecho do esclarecedor voto condutor do Acórdão 346/2011 – TCU – 1ª Câmara:

6. Todavia, eventual desconformidade do julgado com a legislação ou com a prova dos autos representaria error in judicando, restando ao interessado defender sua contrariedade na via recursal ordinária. Esta tem sido a linha de encaminhamento adotada pela jurisprudência deste Tribunal (v. g.: Acórdãos ns. 92/2004 e 328/2004, ambos do Plenário), bem como do Supremo Tribunal Federal (v. g.: RE 327376/PR, DJ 12/06/2002, AI 423108 AgR-ED/DF, DJ 18/02/2005; AI 455611 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005; AI 488470 AgR-ED/RS, DJ 18/02/2005). A título de exemplos, reproduzo trecho de decisão monocrática exarada pelo Ministro Carlos Velloso em sede do RE 327376/DF, bem como de deliberação da 1ª Turma ao rejeitar os embargos de declaração em agravo regimental em Agravo de Instrumento n. 166249-2, dos quais foi relator o Ministro Celso de Mello:

"Não cabe, por outro lado, em sede de embargos de declaração, rediscutir a matéria decidida, para modificar o julgado em sua essência ou substância. (...). Inviável, portanto, o RE, nego-lhe seguimento."

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO DO JULGADO - INOCORRÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE EMBARGABILIDADE - PRETENDIDA REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA - INADMISSIBILIDADE - EMBARGOS REJEITADOS.

Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando, inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), vem esse recurso, com

desvio de sua específica função jurídico-processual, a ser utilizado com a indevida finalidade de instaurar uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal. Precedentes".

65. Os embargos de declaração são, em regra, recurso integrativo "(...) que objetivam expungir da decisão embargada, o vício da omissão, entendida como aquela advinda do próprio julgado e prejudicial à compreensão de causa, e não aquela que entenda o embargante, ainda mais como meio transverso a impugnar os fundamentos da decisão recorrida." (STJ, Edcl Resp 351490, DJ 23/09/2002).

66. Por conseguinte, a espécime recursal não se presta à rediscussão e à reapreciação da matéria.

67. Ante o exposto, haja vista a ausência das alegadas obscuridade e omissão no exame do pedido de reexame apreciado pelo *decisum* ora combatido, propõe-se o conhecimento do presente recurso para que seja rejeitado.

CONCLUSÃO

68. Tratou-se de embargos de declaração opostos pelos Sr^{es}. Roberto Smith; Victor Samuel Cavalcante da Ponte; Luiz Ethevaldo de Albuquerque Guimarães; Paulo Pereira Jucá e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral, em face dos termos do Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário (peça 36), proferido em razão de pedidos de reexame, conhecidos e desprovidos, interposto contra as deliberações do Acórdão 648/2007 – TCU – Plenário, por meio do qual esta Casa rejeitou as razões de justificativa e aplicou a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8443/1992.

69. Não se detectou a omissão ou a obscuridade alegadas pelos embargantes. Os argumentos apresentados visam à rediscussão do mérito, impossível por meio do meio processual adotado - embargos de declaração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

70. Em vista do exposto, com fulcro nos arts. 32, inciso II, e 34, da Lei 8.443/1992, eleva-se o assunto à consideração superior, com a proposta de:

- a) conhecer dos embargos de declaração opostos pelos Sr^{es}. Roberto Smith; Victor Samuel Cavalcante da Ponte; Luiz Ethevaldo de Albuquerque Guimarães; Paulo Pereira Jucá e Pedro Eugênio de Castro Toledo Cabral;
- b) no mérito, rejeitá-los, mantendo em seus exatos termos o Acórdão 2.947/2012 – TCU – Plenário;
- c) comunicar aos embargantes e aos demais interessados a decisão que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos, em 25/6/2013.

Sieglinde Cláudia Guerino Loureiro
Auditora Federal de Controle Externo
Matrícula 4578-0