

## VOTO

Cuidam os autos de tomada de contas especial oriunda de representação da antiga 2ª Secretaria de Controle Externo - 2ª Secex, hoje Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional - SecexFazenda, em decorrência de auditoria realizada no Banco do Brasil S/A e no Banco Popular do Brasil S/A, no exercício de 2005, nas áreas de licitações e contratos de publicidade e propaganda, convênios, consultorias, patrocínios e outras correlatas.

2. A fiscalização foi determinada pela Presidência do TCU em 6/7/2005, tendo sido exigido que, para cada contrato em que fossem detectadas irregularidades, houvesse autuação de processo de representação específico. Dessa forma, a equipe formulou representação em 1º/11/2005 e apontou, em síntese, os seguintes indícios de irregularidade:

2.1. recebimento de bônus ou bonificação de volume (BV) pela agência, sem repasse desse desconto ao Banco do Brasil, em afronta a cláusula contratual;

2.2. inclusão, na base de cálculo para pagamento de honorários, de custos superiores aos efetivamente realizados, pois se considerou o recebimento do bônus de volume pela agência; e

2.3. fragilidade no acompanhamento e na fiscalização dos contratos de prestação de serviços de publicidade e propaganda por parte do Banco do Brasil.

3. Ao final, foi proposta a conversão da representação em tomada de contas especial e a citação solidária dos responsáveis: empresa D+ Brasil Comunicação Total S/A, atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda., e os funcionários do Banco do Brasil Cláudio de Castro Vasconcelos, ex-gerente executivo de Propaganda, e Henrique Pizzolato, ex-diretor de Marketing. Os débitos, indicados abaixo, referiam-se à apropriação indevida de bônus de volume (BV) por parte da citada empresa, e o encaminhamento sugerido foi acatado pelo Tribunal por meio do Acórdão 2.033/2005-Plenário:

Data	Valores (R\$)	Referência
20/10/2004	106.375,00	Bônus de volume relativo à NF 64.279 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
	17.249,98	Honorários pagos indevidamente, relativos à NF 64.279 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
01/11/2004	56.960,37	Bônus de volume relativos às NF 33.391, 33.393, 33.395, 33.396, 35.753 da Kriativa Gráfica e Editora Ltda.
	2.848,02	Honorários pagos indevidamente, relativos às NF 33.391, 33.393, 33.395, 33.396, 35.753 da Kriativa Gráfica e Editora Ltda.
29/12/2004	776,10	Bônus de volume relativo à NF 65.874 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
29/12/2004	50.000,00	Bônus de volume relativo à NF 65.458 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
	68.999,92	Honorários pagos indevidamente, relativos à NF a 65.458 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
14/01/2005	748,00	Bônus de volume relativo à NF 65.873 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.

4. Os referidos responsáveis ofereceram alegações de defesa, cuja análise da então 2ª Secex resultou em nova citação por valor anteriormente não computado no débito (R\$ 212.150,00), referente ao bônus de volume da nota fiscal 446, da empresa Radar Cinema e Televisão Ltda., constatado pelo ministro relator Benjamin Zymler no seguinte trecho do seu voto:

“Neste processo, a equipe de auditoria solicitou ao Banco do Brasil o comprovante de que a empresa de publicidade havia efetuado o pagamento da fatura relativa à empresa Radar Cinema e Televisão Ltda. no valor de R\$ 1.910.000,00. Em atendimento à solicitação de informações, o Banco encaminhou o comprovante de transferência da conta do cliente ‘D Brasil Comum Total’ no valor de apenas R\$

1.517.355,00, quando, na verdade, deveriam ter sido repassados R\$ 1.719.505,00 (descontados R\$ 190.495,00 de tributos retidos). Assim, ficou caracterizado o repasse a menor de R\$ 212.500,00.”

5. Considerando este último débito e as correções de erros materiais em alguns dos valores originais apontados pela unidade técnica, o débito final debatido nestes autos ficou assim constituído:

Data	Valores (R\$)	Referência
16/8/2004	212.500,00	Bônus de volume relativo à NF 446 da empresa Radar Cinema e Televisão Ltda.
20/10/2004	106.375,00	Bônus de volume relativo à NF 64.279 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
	5.318,75	Honorários pagos indevidamente, relativos à NF 64.279 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
01/11/2004	5.696,04	Bônus de volume relativos às NF 33.391, 33.393, 33.395, 33.396, 35.753 da Kriativa Gráfica e Editora Ltda.
	284,80	Honorários pagos indevidamente, relativos às NF 33.391, 33.393, 33.395, 33.396, 35.753 da Kriativa Gráfica e Editora Ltda.
29/12/2004	776,10	Bônus de volume relativo à NF 65.874 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
29/12/2004	50.000,00	Bônus de volume relativo à NF 65.458 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
	2.500,00	Honorários pagos indevidamente, relativos à NF a 65.458 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.
14/01/2005	748,00	Bônus de volume relativo à NF 65.873 da Pancrom Ind. Gráfica Ltda.

## II

6. O julgamento deste processo foi sobrestado em 10/7/2007, à espera do julgamento do TC 019.444/2005-2, que tratava da consolidação das auditorias executadas nos contratos de propaganda e publicidade em diversos órgãos da Administração Pública federal. Referido feito foi julgado definitivamente em 1º/12/2010, em sede de pedido de reexame, o que permitiu à unidade técnica dar prosseguimento ao exame destes autos.

7. Com o advento da Lei 12.232/2010 e do Acórdão 3.233/2010-Plenário, nova luz se lançou sobre a questão dos descontos e bônus em função do volume de recursos despendido, os chamados bônus ou bonificações de volume (BV).

8. Assim, no julgamento, do TC-020.081/2005-7, o relator do feito, ministro Walton Alencar Rodrigues, assim se manifestou:

“Na verdade, o deslinde das questões tratadas nestes autos perpassaria pela exegese da nova Lei 12.232/2010, que estabelece ‘normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências’. Por expressa disposição do art. 20, *in verbis*, o diploma se aplicaria, subsidiariamente, a fatos pretéritos:

‘Art. 20. O disposto nesta Lei será aplicado subsidiariamente às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes dos contratos já encerrados na data de sua publicação.’

Com relação a bônus de volume, o normativo estabelece:

‘Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei.

§ 1º A equação econômico-financeira definida na licitação e no contrato não se altera em razão da vigência ou não de planos de incentivo referidos no caput deste artigo, cujos frutos estão expressamente excluídos dela.

(...)

Assim, de acordo com o dispositivo supratranscrito, a falta de repasse de bônus de volume à Caixa constitui procedimento regular. Por conseguinte, acato as alegações de defesa correspondentes.”

9. A tese esposada foi acolhida por unanimidade pelo Plenário deste Tribunal, que, no subitem 9.3 do Acórdão 638/2012 (sessão de 21/3/2012), acolheu as alegações de defesa dos responsáveis com relação à falta de repasse à CEF da bonificação de volume obtida pela agência de publicidade junto a fornecedores, em desacordo com o parágrafo terceiro da cláusula nona do contrato firmado entre a CEF e a Fischer em 19/4/2004.

10. Aquela situação em nada difere da que ora se examina neste feito, qual seja, recebimento de bônus ou bonificação de volume (BV) pela agência, sem repasse desse desconto ao Banco do Brasil, em afronta à cláusula 2.7.4.6 do contrato firmado entre o banco e a empresa D+ Brasil Comunicação Total S/A, hoje, repito, D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda., para prestação de serviços de publicidade e propaganda.

11. Tendo em vista que, à época, o referido TC 020.081/2005-7 se encontrava com recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU pendente de julgamento, da mesma forma que os processos TC 019.018/2005-0, TC 019.032/2005-0 e TC 019.476/2005-6, estes últimos de minha relatoria, cujos acórdãos seguiram o mesmo posicionamento do adotado no Acórdão 638/2012, determinei, em 26/2/2013, o sobrestamento do julgamento destes autos até deliberação do Plenário sobre o primeiro de qualquer dos recursos, uma vez que havia a possibilidade de o Plenário confirmar ou redirecionar seu posicionamento.

### III

12. Todos os referidos processos já tiveram os recursos de reconsideração apreciados pelo Plenário desta Corte de Contas, cuja situação é a seguinte:

Processo	Responsáveis	Relator do recurso de reconsideração	Situação processual	Acórdão recorrido (Plenário)	Apreciação do Recurso de Reconsideração do MP/TCU
020.081/2005-7	Gestores da Caixa e a empresa Fischer América Comunicação Total Ltda.	Ana Arraes	Encerrado	638/2012	Acórdão 2.304/2015-Plenário. Contas irregulares, débito e multa.
019.018/2005-0	Gestores do BB e a empresa MK Holding de Comunicação Ltda.	Vital do Rêgo	Aberto. Improvidos os Recursos de Reconsideração de Cláudio de Castro Vasconcelos, Henrique Pizzolato e Renato Luiz Belinetti Naegele (Acórdão 2.297/2019-Plenário)	1.715/2012	Acórdão 3.349/2015-Plenário. Contas irregulares, débito solidário e multa.
019.032/2005-0	Gestores do BB e a empresa DNA Propaganda Ltda.	Vital do Rêgo	Aberto. Aguardando apreciação dos recursos de reconsideração interpostos por Cláudio de Castro Vasconcelos e Henrique Pizzolato	1716/2012	Acórdão 895/2019-Plenário. Contas irregulares, débito solidário e multa.
019.476/2005-6	Gestores do BB e a empresa Ogilvy Brasil Comunicação	José Múcio	Aberto, aguardando apreciação dos recursos de reconsideração interpostos por	1342/2012	Acórdão 1.184/2017-Plenário. Contas irregulares, débito solidário e multa.

	Ltda.		Cláudio de Castro Vasconcelos e Ogilvy & Mather Brasil Comunicação Ltda.		
--	-------	--	--	--	--

13. Desse modo, verifica-se uma uniformidade na jurisprudência do TCU quanto à irregularidade de ausência de repasse das vantagens percebidas pelas agências ao Banco do Brasil e à Caixa, pois tais valores não poderiam ser enquadrados nos conceitos de bônus de volume ou de plano de incentivo concedidos por fornecedores.

14. Os três últimos processos antes listados envolvem os mesmos responsáveis arrolados nestes autos, quais sejam, Cláudio de Castro Vasconcelos e Henrique Pizzolato, solidariamente com agência de publicidade e propaganda, que, no presente caso, é a empresa D+ Brasil Comunicação Total S/A, atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda.

15. Considerando esse o entendimento predominante, observa-se que as situações retratadas nos referidos processos em nada se diferenciam das do caso em tela, recebimento de bônus ou bonificação de volume (BV) pela agência, sem repasse desse desconto ao Banco do Brasil, em afronta à cláusula 2.7.4.6 do contrato firmado entre o banco e a mencionada empresa, para prestação de serviços de publicidade e propaganda.

16. Por derradeiro, o posicionamento uniforme da Secretaria de Aquisições Logísticas - Selog e do Ministério Público junto ao TCU - MPTCU foi no sentido de julgamento destas contas pela irregularidade, condenação de Cláudio de Castro Vasconcelos, Henrique Pizzolato e a empresa D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda. ao pagamento de débito solidário e não aplicação da multa do art. 57 da Lei 8.443/1992, em razão da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

17. Acolho e adoto essa manifestação uniforme como razões de decidir este processo.

18. Passo a expor os principais pontos que me conduzem a tal desiderato.

#### IV

19. A empresa D+ Brasil Comunicação Total S/A, atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda., foi citada em razão da apropriação indevida de valores relativos aos bônus de volume, oriundos de contrato para prestação de serviços de publicidade ao Banco do Brasil S/A.

20. O ponto central das alegações de defesa da citada empresa foi no sentido de, independentemente do descrito nas notas fiscais, os valores por ela recebidos das empresas Pancrom Indústria Gráfica Ltda. e Kriativa Gráfica e Editora Ltda. correspondem ao chamado plano de incentivo das agências de publicidade, não se confundindo com o chamado bônus de volume.

21. Argumentou, ainda, que “mesmo se tal remuneração pudesse ser caracterizada como o tal bônus de volume, não consta do contrato de prestação de serviços firmado entre o Banco do Brasil e a D+ Brasil, tampouco do respectivo Edital de Licitação, a obrigação de se efetuar a transferência desses valores àquela instituição. Com efeito, a palavra ‘bonificações’, contida na cláusula 2.7.4.6 do contrato de prestação de serviços, teria como única interpretação a remuneração denominada ‘bonificações de espaço’, que resultariam de um determinado negócio entre um veículo e uma agência/cliente e seriam descontos convertidos em mídia, a ser utilizada única e exclusivamente pelo anunciante. Em sendo assim, qualquer outra bonificação, que não seja a de espaço, eventualmente recebida pela D+ Brasil, não deveria ser, nos termos do contrato de prestação de serviços, objeto de qualquer repasse ao Banco do Brasil, não havendo que se falar em apropriação indevida de qualquer valor”.

22. Resgato, para contrapor o primeiro ponto da defesa da empresa, o seguinte trecho do exame inicial da unidade técnica deste Tribunal sobre as citações promovidas, *in verbis*:

“32. Durante a execução da auditoria no Banco do Brasil, a equipe obteve cópias de notas fiscais emitidas pela agência contra prestadores de serviços e fornecedores relativas a bônus ou bonificação de volume (BV). A partir dessas notas fiscais examinadas, verificou-se que correspondiam ao pagamento

percentual, a título de BV, incidentes sobre os valores transferidos pelo contratante às agências para pagamento de fornecedores.”

23. Melhor sorte não socorre a empresa D+ quando interpretou, a seu favor, o contrato celebrado com o Banco do Brasil.

24. A cláusula 2.7.4.6 do aludido contrato assim dispunha:

“2. Cláusula Segunda – Obrigações da Contratada

(...)

2.7.4.6. Envidar esforços para obter as melhores condições nas negociações junto a terceiros e transferir, integralmente, ao BANCO os descontos especiais (além dos normais, previstos em tabelas), bonificações, reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens”

25. A leitura dessa cláusula não deixa margem a qualquer dúvida. Todo e qualquer desconto obtido pela agência nas negociações com terceiros deveria ser integralmente repassado ao contratante, no caso, o Banco do Brasil. Não há, em nenhum documento constante destes autos, a confirmação da versão da empresa de que a palavra “bonificações” contida na citada cláusula tem como única interpretação a denominada “bonificação de espaço”.

26. Ora, se a vontade das partes à época da celebração do contrato fosse explicitar, no sentido que defende a empresa D+, assim o teriam feito.

27. Não é plausível e juridicamente defensável que um contrato possa permitir a interpretação que seja mais favorável à responsável, porque ela assim entende.

28. Nunca é demais lembrar a Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/1993), aplicável ao presente caso nos termos da cláusula décima nona do contrato, quando assim dispõe sobre a forma de interpretação dos contratos administrativos:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.”

29. Por essas razões, o não repasse do bônus de volume (BV) devido pela empresa D+ ao Banco do Brasil, obrigação essa assumida em contrato celebrado pelas partes, caracterizou apropriação indevida do desconto pela mencionada empresa, incidindo, no caso, os ditames da Lei 8.443/1992, em seu art. 16, §2º, alínea “b”, com o julgamento de suas contas pela irregularidade e a fixação da responsabilidade solidária pela devolução do dano apurado nestes autos.

## V

30. O responsável Cláudio de Castro Vasconcelos, ex-gerente executivo de Propaganda do Banco do Brasil, foi citado em razão da omissão no dever de fiscalizar o contrato celebrado entre o referido banco e a empresa D+ Brasil Comunicação Total S.A., em 23/9/2003, para prestação de serviços de publicidade e propaganda.

31. Por seu turno, Henrique Pizzolato, ex-diretor de Marketing do banco, foi citado devido à omissão no dever de supervisionar as atividades da Gerência Executiva de Propaganda relacionadas ao mesmo contrato.

32. Apesar de não apresentarem defesa em conjunto, suas alegações podem ser examinadas em um mesmo tópico.

33. As principais alegações dos citados responsáveis são as seguintes:

33.1. afirmam que não atuaram no contrato em exame, sendo que as suas funções no Banco do Brasil não eram de assinar ou autorizar, ou mesmo de realizar pagamentos. Assim, argumentam que não podem ser responsabilizados por despesas para as quais não deram causa;

- 33.2. o contrato em debate, tal como os demais contratos de publicidade assinados pelo Banco do Brasil à época, não teve a Gerência de Propaganda ou a Diretoria de Marketing como gestora ou fiscal de sua execução, mas, sim, a Diretoria de Logística;
- 33.3. a responsabilidade pelo acompanhamento dos contratos estava localizada fora do setor de marketing e propaganda do banco. Somente a partir de 23/6/2004, com a Ordem de Serviço 11/2004, essa responsabilidade teria passado a ser da Gerência de Propaganda;
- 33.4. no tocante ao bônus de volume (BV), afirmam que não estão no rol de vantagens previstas no subitem 2.7.4.6 do contrato como devendo ser repassados ao Banco do Brasil. O bônus de volume seria prática instituída de forma voluntária pelos fornecedores em favor das agências;
- 33.5. alegam não terem se beneficiado dos valores questionados neste processo;
- 33.6. defendem que, sendo subjetiva a responsabilidade solidária, o que implica a apreciação da conduta do agente, não se verifica qualquer indício de conduta dolosa ou de que tenham agido com má-fé.
34. Primeiramente, os responsáveis não foram citados em razão de autorização ou realização de pagamentos. Os ofícios de citação deste Tribunal eram claros no sentido de imputá-los omissão no desempenho de suas funções.
35. Melhor sorte não socorre os responsáveis quando tentam se eximir de suas responsabilidades de fiscalização do referido contrato, inclusive afirmando que as normas em vigor no Banco do Brasil à época da execução contratual não lhes atribuíam responsabilidades pelo acompanhamento ou supervisão do contrato.
36. Valho-me, para desafiar tal afirmativa, do seguinte trecho da instrução da então 2ª Secretaria de Controle Externo - 2ª Secex (peça 4, p.34):
- “42. Entretanto, conforme circunstanciado na instrução de representação (fls. 111-112), em atendimento ao ofício de requisição 915/2005-33, de 07/10/2005 (fl. 108), o Banco informou que o Gerente Executivo de Propaganda ou substituto no exercício do cargo era o responsável pelo acompanhamento e fiscalização dos contratos com as agências de propaganda e publicidade (fl. 64). Essa informação é corroborada pela Ordem de Serviço 11/2004 (fl. 66), que atribui, a partir de 23/6/2004, a responsabilidade pelo acompanhamento e fiscalização do contrato ao Gerente Executivo de Propaganda e, também, por sucessivos normativos internos do Banco (fls. 67/97), que definem como atribuições da Gerência de Propaganda a gestão dos contratos de Propaganda e Publicidade.
43. Quanto à atribuição do Diretor de Marketing, conforme normativo interno do Banco, cabia-lhe administrar, supervisionar e coordenar as atividades da diretoria e unidades sob sua responsabilidade (fls. 98/103). Segundo a citada OS 11/2004, os Gerentes de Divisão da DIMAC eram responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização de todo e qualquer contrato firmado que viesse a contribuir para a execução das funções e projetos das respectivas Divisões.
44. De se ressaltar que todos os débitos imputados aos responsáveis são ulteriores à vigência da OS 11/2004. A responsabilidade aqui imputada decorre de conduta omissiva por parte dos gestores do Banco. Logo, não se pode excluir a responsabilidade na condução do contrato. Não é razoável supor que não possuíam conhecimento da fragilidade dos procedimentos internos de condução dos contratos. Por esta razão, já que lhes cabia a administração, supervisão e coordenação de todas as atividades da Gerência de Propaganda, dentre outras na esfera da Diretoria de Marketing, deve recair sobre eles a responsabilidade solidária no débito ora imputado.”
37. Em relação à defesa de que os descontos oriundos dos bônus de volume (BV) não deveriam ser repassados ao Banco do Brasil, já abordei tal matéria anteriormente, não merecendo maiores comentários.
38. Sobre a alegação de que não se beneficiaram dos valores ora questionados, essa não possui força suficiente para isentá-los, pois a prática de qualquer irregularidade de que resulte prejuízo ao erário se insere na competência constitucional deste Tribunal e nesse diapasão deve ser processada.
39. Por derradeiro, a ponderação de que não estaria presente qualquer indício de conduta dolosa ou de que tenham agido com má-fé não é relevante para o deslinde da matéria.

40. Avalia-se neste Tribunal a presença do elemento culpa na conduta dos responsáveis, bastando, para tanto, que os responsáveis tenham agido com negligência, imprudência ou imperícia, porquanto se examina a responsabilidade subjetiva.

41. Pois bem. O responsável Cláudio de Castro Vasconcelos foi omissivo no seu dever de fiscalizar o contrato celebrado com a empresa D+, enquanto Henrique Pizzolato o foi no seu dever de supervisionar as atividades da Gerência Executiva de Propaganda relacionadas ao mesmo contrato.

42. Tais condutas culposas foram decisivas e permitiram que os descontos oriundos dos bônus de volume (BV) não fossem repassados ao Banco do Brasil, como explicitamente constava do contrato, acarretando prejuízos aos cofres da instituição.

43. Dessa forma, uma vez presentes os requisitos de responsabilização, quais sejam, conduta, nexo de causalidade e ato ilícito, recai sobre os referidos responsáveis a obrigação de reparação solidária do dano apurado, além de terem estas contas julgadas irregulares, nos exatos termos da alínea "a" do §2º do art. 16 da Lei 8.443/1992.

44. No tocante à aplicação da sanção de multa, reconheço que ocorreu a prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal.

45. As irregularidades tratadas neste processo ocorreram no período de 16/8/2004 a 14/1/2005, e a interrupção do prazo prescricional, em 23/11/2005, mediante a determinação da citação pelo Acórdão 2.033/2005-Plenário. A partir dessa última data, recomeçou a contagem do prazo prescricional de dez anos, nos exatos termos do subitem 9.1.4 do Acórdão 1.441/2016-Plenário.

46. Em face da inexistência de elementos que permitam concluir pela boa-fé dos responsáveis, os autos estão conclusos para julgamento de mérito, a teor do art. 202, § 6º, do Regimento Interno, pela irregularidade das contas e condenação ao pagamento do débito apurado.

Ante o exposto, ao endossar as manifestações uníssonas da unidade técnica e do Ministério Público, VOTO por que o Tribunal adote a minuta de deliberação que submeto a sua consideração.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de janeiro de 2020.

ANA ARRAES  
Relatora