

TC-019.164/2005-9

Apenso: TC 030.366/2010-0

Tipo: tomada de contas especial (recursos de reconsideração).

Unidades jurisdicionadas: Banco do Brasil S.A. e Banco Popular do Brasil S.A.

Recorrentes: Henrique Pizzolato (CPF 296.719.659-20) e Cláudio de Castro Vasconcelos (CPF 252.377.641-34).

Advogados: Antonio Newton Soares de Matos (OAB/DF 22.998) e outros; procurações: peça 2, p. 51 e 78.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Irregularidades nas áreas de licitações e contratos de publicidade e propaganda, convênios, consultorias, patrocínios e outras correlatas. Citação. Levantamento de sobrestamento. Rejeição das alegações de defesa. Prescrição da pretensão punitiva do TCU. Contas irregulares e débito. Recursos de reconsideração. Apropriação pela agência de publicidade de valores oriundos da relação com fornecedores de serviços e produtos (e não com veículos de comunicação), calculados sobre operações específicas demandadas em contratos com empresas estatais. Ausência de amparo legal. Delimitação das responsabilidades sobre a fiscalização de contratos na Administração Pública. Interpretação razoável dos normativos internos, dispositivos legais e contratuais, associada aos elementos fáticos vinculados aos ajustes e aos atos constantes dos processos administrativos. Omissão relevante do fiscal do contrato, sem a qual o dano ao erário ou à empresa estatal não teria ocorrido. Responsabilidade do agente que teria, por lei, norma interna ou dispositivo contratual, obrigação de impedir o resultado lesivo ao patrimônio público. Incidência da prescrição com base em novo entendimento do STF proferido no âmbito RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral). Sobrestamento do feito até o trânsito em julgado do acórdão da Suprema Corte ou posterior deliberação do Tribunal.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Henrique Pizzolato (peça 39) e Cláudio de Castro Vasconcelos (peça 40) contra o Acórdão 141/2020 – Plenário (peça 28), relatado pela Ministra Ana Arraes, com o seguinte teor:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora, e com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “d”, 23, inciso III, alínea “a”, 26 e 28, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 202, § 6º, 214, inciso III, alínea “a”, e 217 do Regimento Interno, em:

9.1. julgar irregulares as contas de Cláudio de Castro Vasconcelos, D+Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda. e Henrique Pizzolato;

9.2. condená-los, solidariamente, ao recolhimento aos cofres do Banco do Brasil S.A. das quantias abaixo indicadas, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora calculados a partir de cada data até a data do pagamento:

VALOR ORIGINAL (R\$)	DATA DA OCORRÊNCIA
212.500,00	16/8/2004
5.318,75	20/10/2004
5.696,04	1/11/2004
284,80	1/11/2004
2.500,00	29/12/2004
106.375,00	20/10/2004
776,10	29/12/2004
50.000,00	29/12/2004
748,00	14/1/2005

9.3. fixar prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovação, perante o Tribunal, do recolhimento da dívida acima imputada;

9.4. autorizar a cobrança judicial da dívida, caso não atendidas as notificações;

9.5. autorizar o pagamento da dívida em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais consecutivas, caso venha a ser solicitado pelos responsáveis antes do envio do processo para cobrança judicial;

9.6. fixar o vencimento da primeira parcela em 15 (quinze) dias, a contar do recebimento das notificações, e o das demais a cada 30 (trinta) dias, com incidência de encargos legais sobre o valor de cada parcela;

9.7. alertar aos responsáveis que a inadimplência de qualquer parcela acarretará vencimento antecipado do saldo devedor;

9.8. remeter cópia deste acórdão ao procurador-chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei 8.443/1992.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de tomada de contas especial (TCE) instaurada por meio do item 9.2 do Acórdão 2.033/2005-Plenário (peça 1, p. 250-252), Relator Benjamin Zymler, transcrito

abaixo, em decorrência de representação formulada por equipe de auditoria da então 2ª Secex (peça 1, p. 111-116), hoje Secretaria de Controle Externo da Fazenda Nacional (SecexFazenda), realizada no Banco do Brasil S.A. e no Banco Popular do Brasil S.A., nas áreas de licitações e contratos de publicidade e propaganda, convênios, consultorias, patrocínios e outras correlatas:

9.2. converter o presente processo em tomada de contas especial, com fundamento no art. 47 da Lei n.º 8.443/1992, para determinar a citação solidária dos responsáveis Cláudio de Castro Vasconcelos (Gerente-Executivo de Propaganda), em razão de sua omissão no dever de fiscalizar o contrato, Henrique Pizzolato (Diretor de Marketing e Comunicação), em razão de sua omissão no dever de supervisionar as atividades da Gerência-Executiva de Propaganda, e da empresa D+ Brasil Comunicação Total S/A, em razão da apropriação indevida dos valores relativos aos bônus de volume, conforme especificação a seguir:

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.

2.1. Após ajustes de ordem material nos termos dos valores apontados inicialmente e a indicação de dano ao erário não inserido na primeira análise, o débito final debatido nos autos restou constituído na forma abaixo, conforme o voto que conduziu a deliberação recorrida (peça 29, p. 2):

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.

2.2. Em 10/7/2007, o Ministro Benjamin Zymler, por meio de despacho (peça 3, p. 66-67),

determinou o sobrestamento dos autos até a apreciação 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.

2.3. O Tribunal deliberou sobre o referido processo, por meio do Acórdão 3.233/2010-Plenário, relatado pelo Ministro Revisor Benjamin Zymler (peça 3, p. 70), possibilitando-se a continuidade do feito, com nova citação das partes. Na ocasião, a Corte inaugurou inédita interpretação sobre a questão do bônus de volume, considerando regular a falta de repasse do benefício, tendo por base os artigos 18, *caput* e §1º; e 20 da Lei 12.232/2010, de modo a impactar diversos outros processos no Tribunal de Contas da União (TCU).

2.4. Após, os autos foram novamente sobrestados, por meio de despacho exarado pela Ministra Ana Arraes (peça 15), com a finalidade de aguardar deliberação do Plenário sobre o primeiro de qualquer dos recursos de reconsideração interpostos pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) nos processos TC-020.081/2005-7, TC-019.018/2005-0, TC-019.032/2005-0 e TC-019.476/2005-6, os quais tratavam das mesas irregularidades ora em debate.

2.5. O *parquet* especializado invocara nova manifestação do Tribunal sobre os fatos, em razão dos desdobramentos do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Após o julgamento dos pedidos, com provimento da maioria dos recursos, conforme se nota nas deliberações indicadas em quadro constante do relatório do acórdão recorrido (peça 30, p. 5-6), o processo teve regular continuidade.

2.6. Diante da retomada do feito, esta Corte, com base na nova conjuntura, por intermédio do Acórdão 141/2020 – Plenário, sob a relatoria da Ministra Ana Arraes, julgou irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes débito, na forma transcrita na introdução acima.

2.7. Irresignados, Henrique Pizzolato (peça 39) e Cláudio de Castro Vasconcelos (peça 40), em petições idênticas, interpuseram recursos de reconsideração, requerendo o afastamento da solidariedade no débito imputado, julgando-lhes regulares as contas (peças 39, p. 18; e 40, p. 17-18).

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 42-44), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator, na peça 46, que concluíram pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos itens 9.1, 9.2, 9.3 e 9.4 do acórdão recorrido em relação aos recorrentes, estendendo-se os efeitos aos responsáveis condenados em solidariedade, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos do recurso as seguintes questões:

a) Se os recorrentes poderiam ser responsabilizados por fatos ocorridos fora da relação jurídica com o Banco do Brasil e se há riscos de se cobrar judicialmente os valores relativos ao “bônus de volume” (peças 39, p. 3-13 e 19-41; e 40, p. 3-13 e 19-41);

b) Se os recorrentes eram competentes para fiscalizar a execução do contrato ou ordenar os pagamentos objetos do acórdão recorrido (peças 39, p. 13-17 e 41-63; e 40, p. 13-17 e 41-63).

5. Recorrentes, responsabilidade por fatos ocorridos fora da relação jurídica com o

Banco do Brasil e riscos de cobrança judicial dos valores relativos ao “bônus de volume” (peças 39, p. 3-13 e 19-41; e 40, p. 3-13 e 19-41)

5.1. Os recorrentes afirmam não poderem ser responsabilizados por fatos ocorridos fora da relação jurídica com o Banco do Brasil, além de haver riscos de se cobrar judicialmente os valores relativos ao “bônus de volume”, impondo-se a modificação do julgado recorrido, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Da leitura do processo, pode-se concluir que a sistemática adotada pela empresa para cobrar e se apropriar dos recursos questionados nos autos se deu fora de qualquer relação com o Banco do Brasil e sem o conhecimento da entidade (peça 39, p. 3);

b) Para as demandas da instituição financeira à contratada, como os serviços gráficos, a agência, depois de conceber o conteúdo do material, contratava os serviços junto a fornecedores, os quais realizavam os trabalhos, emitiam notas fiscais e encaminhavam à solicitante. Ela, por sua vez, sacava novo documento fiscal contra o Banco do Brasil, com a respectiva comissão, sendo que, depois do recebimento do valor, pagava o fornecedor com base nas notas já emitidas (peça 39, p. 3);

c) Encerrada a relação com o Banco do Brasil, a agência emitia uma segunda nota fiscal, em seu próprio nome, contra o fornecedor dos serviços, cobrando percentual sobre o valor da operação, enquadrado neste processo como “bônus de volume” ou “plano de incentivo”, portanto, à revelia da instituição financeira, fora do contrato. O relacionamento se dava exclusivamente entre a agência contratada e a subcontratada (peça 39, p. 3);

d) A agência, em entendimento direto com seus fornecedores, cobrava o benefício, sendo que o pagamento era feito pelos subcontratados a ela. Era impossível a qualquer setor do Banco responsável pelo controle do contrato ter conhecimento do que ocorria, por se tratar de negociação não comunicada à contratante (peça 39, p. 4);

e) O Banco do Brasil, em expediente datado de 22/6/2009, encaminhado ao Supremo Tribunal Federal em resposta ao Ofício 5.118/R, do Relator da Ação Penal 470, deixa claro não ter acesso às notas fiscais emitidas pela agência contra os fornecedores, relativas ao bônus de volume, tendo respondido diversos quesitos, transcritos nos recursos. Há informações sobre o presente processo, em que o Banco relata ter notificado extrajudicialmente em mais de uma vez a D+ Brasil sobre auditoria a ser realizada na agência, por determinação do Acórdão 2.033/2005 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, exigindo da contratada a disponibilização das notas fiscais emitidas contra os fornecedores, com bônus de volume. A agência, entretanto, deixou de apresentar os documentos fiscais relativos aos serviços de bônus de volume recebidos dos fornecedores, por entender não dizerem respeito à prestação do serviço objeto do contrato, não podendo ser fiscalizados. Em 20/4/2006, o Banco do Brasil informou ao TCU estar impedido de cumprir a determinação prevista no subitem 9.3.2 (realização de auditoria), aguardando manifestação do Tribunal sobre a questão (peça 40, p. 4-5 e 19-27);

f) Como se pode notar, foi negado ao Banco do Brasil pela agência o acesso a quaisquer documentos fiscais relativos aos bônus de volume por ela recebidos dos fornecedores, o que indica que as notas não eram enviadas à contratante, que desconhecia os benefícios, os quais eram cobrados em momento posterior à relação com o Banco. A instituição financeira não obteve as informações solicitadas da agência e até a determinação do Tribunal não surtiu efeito (peça 39, p. 5-6);

g) No primeiro momento, a agência emitia a nota fiscal contra o Banco do Brasil como

serviços prestados, sem qualquer informação sobre eventuais pagamentos adicionais, não havendo irregularidade. Ela omitia do contratante a informação de que estava obtendo vantagem de seus fornecedores à custa do contrato. Logo, o pagamento era lícito e devido. Em um segundo momento, após a quitação do Banco, a contratada pagava os fornecedores e, utilizando-se de expediente alheio ao contratante, emitia outra nota fiscal cobrando dos subcontratados o bônus de volume, o que, para ela, teria respaldo nas Normas Padrão de Atividade Publicitária. O setor responsável na instituição financeira não tinha como saber que a agência estava se beneficiando indevidamente, por meio do ajuste. Essa sequência está demonstrada em ilustração nos recursos de Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro Vasconcelos (peça 39, p. 6);

h) Esses pagamentos a título de bônus de volume somente foram conhecidos após diligências feitas pela equipe do TCU junto aos fornecedores, que entregaram as notas emitidas pela agência com a cobrança do benefício, como relatado na representação dos técnicos. Ou seja, essa prática era desconhecida da contratante (peça 39, p. 7);

i) O Banco do Brasil teve acesso negado aos documentos relativos aos bônus de volume junto às agências, sob o argumento de dizerem respeito a relações privadas entre ela e os fornecedores, como se viu na manifestação enviada ao Supremo Tribunal Federal, já relatada acima (peça 39, p. 7 e 13);

j) Assim, qualquer setor do Banco ou qualquer funcionário da instituição financeira que tivesse a responsabilidade de verificar ou atestar pagamentos não tomaria conhecimento do que estava ocorrendo na relação entre a agência e seus subcontratados, não podendo ser culpado por irregularidades inexistentes na relação da contratada com o Banco. A cobrança do benefício junto aos fornecedores ocorria no segundo momento. Os pagamentos realizados pela instituição financeira com base na discriminação das notas fiscais eram lícitos, não tendo como saber dos benefícios cobrados em outro documento fiscal, desconhecidos da contratante. Se houve distorção do real sentido do bônus de volume, omitindo a cobrança do Banco do Brasil, quem praticou foi a agência beneficiária, a quem se deve atribuir responsabilidade pelo débito (peça 39, p. 8);

k) O documento juntado aos recursos demonstra que não era possível saber sobre a apropriação pela agência de valores atribuídos a bônus de volume à custa do contrato, em razão da omissão de informações ao Banco, cabendo à subcontratada responder (peça 39, p. 8 e 19-27);

l) No contrato de prestação de serviços de publicidade celebrado entre o Banco do Brasil e a empresa Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda.), datado de 23/9/2003, constam as cláusulas que dispunham sobre a remuneração a que faria jus a referida agência, mais especificamente as Cláusulas Sexta – Remuneração; e Sétima – Desconto Padrão de Agência. Honorários de 5% incidentes sobre os custos comprovados, previamente autorizados, pela produção de peças e materiais publicitários e também pelo desenvolvimento e execução de ações promocionais, realizados por terceiros, com a intermediação da agência (Cláusula Sexta, itens 6.1.1 e 6.1.2). Desconto Padrão de Agência à base de um percentual bruto de 20% dos preços de tabela ou dos preços acertados pelos veículos de comunicação, a serem por estes concedidos, na forma prevista na Lei 4.680/1965 e no Decreto 57.690/1966, alterado pelo Decreto 4.563/2002 (Cláusula Sétima, item 7.1). Está expresso, também, o desconto que a agência de propaganda deveria repassar ao Banco, quando do pagamento de cada fatura de veiculação, consistente em 5% do valor correspondente à veiculação (peça 39, p. 8-10);

m) Não há qualquer justificativa para a importância dada ao item 2.7.4.6 da Cláusula

Segunda – Obrigações da Contratada, segundo o qual a empresa deveria 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. Logo, não se pode entender esse dispositivo como definidor da sistemática de remuneração da agência contratada, mas sim salvaguarda para o Banco. Não cabe análise isolada dessa norma, devendo compatibilizá-la com as Cláusulas Sexta e Sétima, na definição da forma de remuneração da contratada (peça 39, p. 10);

n) Com o exame conjunto das três cláusulas contratuais (Cláusulas Segunda, item 2.7.4.6, Sexta, itens 6.1.1 e 6.1.2; e Sétima, itens 7.1 e 7.2), conclui-se que o disposto no item 2.7.4.6 tinha por objetivo definir a obrigatoriedade de repasse ao Banco dos descontos especiais e outras vantagens que a agência de propaganda, eventualmente, conseguisse nas negociações com terceiros, enquanto que os itens indicados nas Cláusulas Sexta e Sétima se destinaram a estabelecer a forma de remuneração a que a agência teria direito pelos serviços prestados ao Banco. As negociações envolvidas no primeiro caso deveriam ser realizadas antes que a agência apresentasse ao Banco do Brasil a relação dos serviços a serem executados no âmbito do contrato, para fins de autorização, na forma dos itens 6.1.1 e 6.1.2 da Cláusula Sexta do ajuste (peça 39, p. 11);

o) A remuneração da contratada, de que trata os itens 6.1.1 e 6.1.2 da Cláusula Sexta e os itens 7.1 e 7.2 da Cláusula Sétima, deveria ser realizada após a comprovação da realização dos serviços, nos moldes da Cláusula Nona – Forma de Pagamento. Logo, não cabia inserção em negociações fora da esfera da atuação da instituição financeira. A agência, entretanto, passou a agir dessa forma, cobrando acréscimo ao valor de produção dos serviços, fora das condições estabelecidas no contrato, apoderando-se dessas quantias à revelia do Banco do Brasil, cabendo a ela responder pelo dano (peça 39, p. 11);

p) O bônus de volume não é questão pacificada no Banco do Brasil, conforme se nota no Parecer Dijur/CONSU n. 15086, no qual foram suscitadas diversas dúvidas sobre a questão a serem sanadas antes de qualquer demanda judicial. Questiona-se, por exemplo, se, de fato, essa prática foi uma constante nos contratos de publicidade em que o Banco é parte. Com isso, o tema deveria ser tratado no âmbito da relação contratual e não fora dela como quer esta Corte, envolvendo gestores que não têm mais relação com a instituição (peça 39, p. 12 e 28-40).

Análise

5.2. Os argumentos dos recorrentes não merecem prosperar. Não há amparo legal para a apropriação pela agência de publicidade de valores oriundos da relação com fornecedores de serviços e produtos (e não com veículos de comunicação), calculados sobre operações específicas demandadas em contratos com empresas estatais, mesmo sob a vigência da Lei 12.232/2010 (Acórdão 3.349/2015, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, mantido pelo Acórdão 2.297/2019 e alterado pelo Acórdão 852/2020, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro André de Carvalho).

5.3. A omissão relevante do fiscal do contrato, sem a qual o dano ao erário ou à empresa estatal não teria ocorrido, implica em responsabilidade do agente que teria, por lei, norma interna ou dispositivo contratual, obrigação de impedir o resultado lesivo ao patrimônio público.

5.4. Uma vez comprovado que cabia à Diretoria de Marketing a responsabilidade pela fiscalização dos contratos de publicidade e propaganda no Banco do Brasil, como se discutirá no próximo tópico, deve-se analisar o que seria esperado dos gestores responsáveis no que tange às

irregularidades descritas nos autos.

5.5. Nessa linha, pode-se perceber, inicialmente, que a relação entre o Banco do Brasil e as agências de publicidade não constituía contrato comum, em que se realiza licitação e se contrata determinada empresa, que presta diretamente os serviços ou entrega os produtos ao Poder Público com o recebimento do pagamento.

5.6. Nos contratos de publicidade, a demanda do Estado é pelo serviço de publicidade. Entretanto, a agência contratada, responsável pela concepção e produção de ideias e campanhas, terá que realizar subcontratações de diversos materiais e serviços e, uma vez recebido o pagamento do Estado, transferir o valor para os fornecedores e veículos de comunicação.

5.7. Sobre o tema, cabe transcrever trecho esclarecedor do relatório do Acórdão 3.349/2015 - Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, mantido pelo Acórdão 2.297/2019 e alterado pelo Acórdão 852/2020, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro André de Carvalho:

12.3. Basicamente, o mercado de publicidade e propaganda constitui-se de relações entre anunciantes e veículos, intermediadas pelas Agências de publicidade, que, quando necessário, recorrem a outros fornecedores para a execução de serviços especializados.

12.4. Pelas Normas Padrão (peça 76) há, portanto, basicamente quatro agentes que compõem o mercado de publicidade: o Anunciante ou Cliente (“empresa, entidade ou indivíduo que utiliza a propaganda”), a Agência (“empresa criadora/produtora de conteúdos impressos e audiovisuais”) e, no que interessa ao debate, o Fornecedor (de produtos ou serviços) e o Veículo (de comunicação). É essencial observar a distinção entre esses dois últimos:

a) nos termos dos itens 1.4 e 1.5 das NPAP, Veículo é “qualquer meio de divulgação visual, auditiva ou audiovisual”, ou seja: é o interlocutor direto com o público alvo, é quem faz chegar a publicidade a seu destinatário final, de forma massiva;

b) o termo “fornecedor”, por sua vez, ficou reservado à “pessoa física ou jurídica especializada e tecnicamente capacitada a fornecer os serviços ou suprimentos (...) em complementação ou apoio às atividades da Agência, Anunciante e Veículo”.

12.5. Evidentemente que o veículo não deixa de ser um prestador de serviços e, portanto, uma espécie de fornecedor, em sentido lato. Todavia, e ao contrário do sustentado neste processo, na organização do mercado de publicidade o veículo recebeu um tratamento particular, de forma que o regime jurídico conferido ao veículo não se estende aos demais fornecedores. Há regras específicas para a relação “Agência-veículo”, ao lado de outras próprias para a relação “Agência-fornecedor”.

12.6. Nas hipóteses em que as NPAP se referem exclusivamente a “fornecedor”, não estão abrangidos os veículos. Pela mesma razão, quando as NPAP afirmam que determinado instituto é específico da relação com o veículo, não autorizam que o mesmo regime seja estendido aos demais fornecedores.

5.8. Assim, os pagamentos são realizados à agência de publicidade, que subcontrata diversos serviços junto a veículos de comunicação e fornecedores, para materializar o conteúdo por ela concebido.

5.9. Além disso, as formas de remuneração padrão a que fazem jus as agências de propaganda envolvem desconto padrão, comissões e honorários fixos e planos de incentivo ou bônus de volume, sendo que os últimos se referem exclusivamente à relação com o veículo e não com os demais fornecedores. Sobre esse ponto, cabe transcrever trecho contido na manifestação do MPTCU,

transcrita no relatório do Acórdão 3.349/2015 - Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, mantido pelo Acórdão 2.297/2019 e alterado pelo Acórdão 852/2020, ambos do Plenário e sob a relatoria do Ministro André de Carvalho:

13. Em sua instrução, o auditor da Serur abordou adequadamente a sistemática de remuneração das Agências de publicidade. Essas formas de remuneração estão previstas nas normas que regulamentam o setor, especificamente na Lei nº 4.680/65, Decreto nº 57.690/66, Lei nº 12.232/2010 e Normas-Padrão da Atividade Publicitária (NPAP).

14. Em síntese, existem as seguintes formas de remuneração das Agências:

- Desconto padrão e “fees” – devidos quando houver veiculação. Trata-se de percentual referente à parte do preço cobrado pelo veículo de comunicação (20%), repassado à Agência. Quando definido em valor fixo, passa a denominar-se de “fees”.

- Comissões e honorários fixos – comissões (máximo de 15%) sobre o preço cobrado por fornecedores que não envolvem veiculação.

- Planos de incentivo ou bônus de volume: ocorre exclusivamente na relação com o veículo, e não com os demais fornecedores; não decorre, como regra, de um vínculo contratual específico, nem das demandas de um cliente em particular, mas do volume global de demandas da Agência em um determinado período de apuração, envolvendo os diferentes contratos dos diversos clientes da Agência.

15. Para o deslinde da presente TCE, faz-se necessário analisar umas das formas de remuneração das Agências, qual seja, os planos de incentivo ou bônus de volume. Tal remuneração está expressamente prevista no art. 18 da Lei nº 12.232/2010, que restringe sua ocorrência à relação da Agência com o veículo de comunicação:

‘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’”

5.10. Note-se que essa estrutura está representada no contrato firmado entre o Banco do Brasil S. A. e a empresa Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda.), nas Cláusulas Sexta – Remuneração e Sétima – Desconto Padrão de Agência (peça 1, p. 14-15), transcritas pelos recorrentes (peça 39, p. 8-9).

5.11. O desconto padrão se refere a percentual dos preços acertados com os veículos de comunicação. Do mesmo modo, o plano de incentivo ou bônus de volume se constitui de valores pagos pelos veículos de comunicação às agências e são decorrentes do volume de serviços trazidos para os transmissores de publicidade, sendo dessa rubrica que se trata o artigo 18 da Lei 12.232/2010. Ou seja, estão relacionados ao volume total de clientes da agência que são levados ao veículo, assemelhando-se a prêmios de desempenho ou fidelidade. Em ambos os casos se constata a relação entre a agência e os veículos.

5.12. Entretanto, eventuais descontos, bonificações ou bônus relacionados a outros fornecedores específicos com a agência não estão inseridos nesse contexto, exigindo-se o repasse dessas negociações ao contratante. Por oportuno, os valores discutidos nos presentes autos não se referem a veículos de comunicação, mas sim a gastos com outros tipos de fornecedores (Pancrom Indústria Gráfica Ltda., Kriativa Gráfica e Editora Ltda. e Radar Cinema e Televisão Ltda.), de acordo com as notas fiscais relacionadas à peça 1, p. 31-63.

5.13. Diante disso, é do conhecimento do gestor médio dos setores de publicidade de órgãos e entidades governamentais ou não que, tendo em vista a capacidade de barganha ou o volume de negócios, normalmente a agência consegue vultosos descontos, bonificações ou outros benefícios junto aos fornecedores, de modo a pagar valores menores pelos produtos e serviços subcontratados.

5.14. Por óbvio, é do interesse dos contratantes identificar e reaver esses valores já pagos, com exceção dos benefícios consagrados na prática do mercado publicitário, como de titularidade das agências. No que concerne ao Poder Público, o retorno dessas quantias é obrigatório, sobretudo por conta do fato de que o Estado não tem ingerência plena sobre essas subcontratações, podendo sofrer graves prejuízos, em caso de descontrole, como comprovaram diversos processos nesta Corte.

5.15. A Secretaria de Aquisições Logísticas e o Plenário desta Casa, na deliberação combatida, apesar de dificuldades na nomenclatura, diferenciaram adequadamente os benefícios oriundos da relação da agência com os fornecedores, como no presente caso, dos chamados bônus de volume ou plano de incentivos, os quais são recursos próprios dos veículos. Para tanto, transcreve-se trecho do relatório do acórdão recorrido (peça 30, p. 9):

31. Considerando esse novo entendimento, observa-se que as situações retratadas nos referidos processos em nada se diferenciam do caso em tela, conforme assegurado pela Relatora do presente processo, 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, D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda., para prestação de serviços de publicidade e propaganda.

32. Isso porque os descontos concedidos à empresa D+ Brasil Comunicação Total S.A. foram ofertados por fornecedores (Pancrom Indústria Gráfica Ltda., Kriativa Gráfica e Editora Ltda. e Radar Cinema e Televisão Ltda.) e não por veículos de comunicação, de acordo com as notas fiscais relacionadas à peça 1, p. 31-63, 173, 188, 193 e 210.

5.16. Note-se que, ao contrário do que afirmam os recorrentes, os agentes responsáveis por essas avenças na Administração Pública têm sim conhecimento sobre descontos certos nas negociações de agências com fornecedores, tanto que, diferentemente de ajustes comuns firmados com o Estado, os contratos de publicidade normalmente contêm cláusula para que a contratada obrigatoriamente devolva ao contratante os valores dessas transações com os fornecedores. No presente caso, o item 2.7.4.6 da Cláusula Segunda do acordo com a Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda.) é expresso nesse sentido (peça 1, p. 9):

“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”

5.17. O motivo desse cuidado está exatamente no formato da relação jurídica entre o contratante no Poder Público, no caso, o Banco do Brasil; e a agência contratada, conforme explicitado acima. A instituição financeira repassava quantias estratosféricas à contratada e tinha a certeza de que ela teria condições de obter benefícios nas negociações com terceiros, os quais obrigatoriamente deveriam retornar ao contratante.

5.18. O contrato do Banco do Brasil com a Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda.), ora em análise, após Termo Aditivo, previa verba de publicidade da ordem de R\$ 200 milhões (peça 1, p. 14 e 29).

5.19. O trato desse dinheiro de forma livre pela agência de publicidade não era desprezível pela estatal contratante e não poderia ser desconsiderado pelo gestor médio, fiscal do ajuste, razão pela qual teve tratamento explícito nos contratos analisados, ao contrário do que afirmam os recorrentes.

5.20. A relação da Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda.) com a Radar Cinema e Televisão Ltda., por exemplo, embasada apenas na Nota Fiscal 446, datada de 16/8/2004, teve valor próximo a R\$ 2 milhões, gerando desconto em favor da agência, no montante de R\$ 212.150,00, em valores históricos (peça 1, p. 59-63). A quantia atualizada de 16/8/2004 a 1º/6/2020 supera R\$ 486.000,00 em prejuízos ao Banco do Brasil, sem considerar os valores também ganhos a título de comissão indevida.

5.21. Não é razoável que os gestores, cientes desse relacionamento entre a agência e os fornecedores, com reflexos tão sensíveis nos recursos da entidade, não estabelecessem mecanismos seguros de identificação dos benefícios a serem restituídos à entidade bancária. Nada há nesse sentido.

5.22. Ao observar os diversos processos de mesma natureza que tratam de outros prejuízos ao Banco do Brasil em trâmite nesta Corte, constata-se a gravidade dos danos à instituição financeira, decorrentes da desídia dos fiscais dos contratos de publicidade, o que lhes gerou, inclusive, condenação criminal.

5.23. O fato de o Banco do Brasil não conseguir junto às agências de publicidade as notas fiscais com os descontos não é motivo para isentar os fiscais do contrato de responsabilidade, especialmente quando se percebe que, quando do período de gestão analisado pela Corte, não foi requerido às contratadas nada nesse sentido. Apenas após determinações desta Corte, por intermédio do Acórdão 2.033/2005 – Plenário (peça 1, p. 250-252), relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, é que a instituição financeira iniciou ingerência junto à agência, para recuperar a documentação fiscal, ainda assim de forma tímida, como relatam os próprios recorrentes (peça 40, p. 4-5).

5.24. É importante ressaltar que os auditores desta Corte conseguiram as notas fiscais com os benefícios que instruem diversos processos no Tribunal com simples visitas a algumas empresas que prestaram serviços ou forneceram produtos para o Banco do Brasil S/A, com a intermediação da própria agência de publicidade, conforme relatado na representação feita à Corte (peça 1, p. 111). Por certo, obrigatoriamente, esse procedimento de circularização deveria ter sido realizado antes pelos fiscais do contrato, haja vista a cláusula expressa e a natureza desses ajustes.

5.25. Além disso, ao analisar os processos em trâmite no Tribunal e as informações colacionadas pelo Banco do Brasil e como relatam os próprios recorrentes, constata-se conjuntura gravíssima no fato de a instituição financeira não ter envidado contínuos esforços, ainda que judiciais, para obter os documentos fiscais junto às agências de publicidade, de modo a garantir o ressarcimento dos prejuízos ao Banco. Cabe lembrar que a empresa contratada teria por obrigação contratual conceder acesso a essa documentação (peça 1, p. 21):

12.6.1 A CONTRATADA se obriga a permitir que a auditoria interna do BANCO e/ou auditoria externa por ele indicada tenham acesso a todos os documentos que digam respeito aos serviços prestados ao BANCO, ou a qualquer das empresas mencionadas no item 1.1.

5.26. Por certo, em caso de negativa deliberada de acesso aos documentos, deveria o Banco do

Brasil necessariamente acionar as cláusulas contratuais de punição às agências, seja de forma administrativa ou junto ao Poder Judiciário, sob pena de os responsáveis sofrerem sanções por esta Corte ou mesmo responderem criminalmente pela omissão relevante, como, de fato, ocorreu.

5.27. Ressalte-se, por outro lado, que, ao contrário do afirmado pelos recorrentes, o Banco do Brasil tinha conhecimento e até permanente contato com os fornecedores das agências de publicidade. De acordo com as Cláusulas 2.7.4 e 2.7.4.1 do ajuste com a Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda.) (peça 1, p. 9), a agência contratada era obrigada a submeter a contratação de terceiros à prévia anuência do Banco, nos seguintes termos:

2.7.4 Realizar, com, seus próprios recursos, ou, quando necessário, mediante a contratação de terceiros ou subcontratação de outras empresas, pelos quais assuma inteira responsabilidade, quaisquer dos serviços relacionados com o objeto deste Contrato, **mediante anuência prévia e por escrito, observados os parâmetros oferecidos pelo BANCO;**

2.7.4.1 **Fazer cotação de preços para todos os serviços de terceiros e apresentar, no mínimo, três propostas, com indicação da mais adequada para sua execução.** (Grifos acrescidos)

5.28. Nota-se claramente que o formato da contratação de serviços de publicidade exigia dos gestores responsáveis grande cuidado com os serviços de terceiros contratados pela agência. Não poderia ser diferente, pois, pela natureza desses ajustes, caso a contratante se omitisse nesse sentido, poderia dar à contratada verdadeiro “cheque em branco”, pois, ao final, o material físico ou mesmo as próprias veiculações são fornecidas não pela agência, que concebe a ideia e terceiriza os trabalhos, mas por veículos ou fornecedores. Não podem os agentes alegar esse inexistente distanciamento.

5.29. Nesse sentido, a unidade técnica relata as fragilidades nos controles de preços dos serviços contratados pelas agências, mas, ao final, pagos pelo Banco do Brasil (peça 1, p. 113-114):

15 Ora, se o Banco poderia ter adquirido os produtos e serviços por um valor inferior, fica evidente a falta de controle em relação aos preços dos produtos e serviços contratados.

16 Por imposição contratual, as Agências devem apresentar três propostas com fornecedores distintos, dentre as quais é escolhida a mais vantajosa para o Banco. A fragilidade de tal procedimento, que não prevê pesquisas nem confirmações da compatibilidade dos preços junto a fornecedores por parte dos funcionários do Banco, não garante que as cotações realizadas pelas Agências sejam compatíveis com os preços de mercado. Tanto é verdade, que as bonificações de volume encontram-se embutidas no preço final e, ainda assim, as propostas apresentadas pelas Agências são aprovadas pelo Banco. Isso não teria ocorrido, caso os gestores do Banco tivessem sido zelosos e diligentes no acompanhamento e controle dos preços cotados para o Banco.

5.30. Com isso, sequer o Banco do Brasil buscava confirmar efetivamente no mercado os preços dos fornecedores apresentados pelas agências de publicidade, o que passou a ocorrer apenas após a atuação desta Corte e partir de 2005 (peça 1, p. 113).

5.31. É forçoso reconhecer que seria possível e exigível dos agentes o aprofundamento da análise da relação com as empresas subcontratadas para materializar o item 2.7.4.6 da Cláusula Segunda do ajuste, haja vista serem elas as beneficiárias finais da parte mais significativa dos valores pagos pela instituição financeira.

5.32. Destaque-se que em outros processos relacionados ao mesmo tema e com os mesmos responsáveis, o Tribunal identificou e imputou débitos ainda mais substanciais às partes, a exemplo dos Acórdãos 895/2019 – Plenário (TC 019.032/2005-0), relatado pelo Ministro Vital do Rêgo; e

1.184/2017-Plenário (TC 019.476/2005-6), sob a relatoria do Ministro José Mucio Monteiro, mantido pelo Acórdão 2.291/2019 – Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

5.33. Diante disso e tendo em vista a pacífica jurisprudência desta Casa sobre essas irregularidades, não há que se discutir dúvidas jurídicas acerca da matéria. As deliberações desta Corte constituem títulos executivos extrajudiciais, restando, a partir do trânsito em julgado dessas deliberações, apenas medidas executórias por parte da instituição financeira, bem como eventuais ações regressivas, caso entenda cabíveis.

6. Recorrentes e competência para fiscalizar a execução do contrato ou ordenar os pagamentos objetos do acórdão recorrido (peças 39, p. 13-17 e 41-63; e 40, p. 13-17 e 41-63)

6.1. Os recorrentes afirmam que não eram competentes para fiscalizar a execução do contrato ou ordenar os pagamentos objetos do acórdão recorrido, impondo-se a revisão do julgado, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) Os recorrentes tiveram as contas julgadas irregulares, com imputação de débito, por suposta omissão no dever de fiscalizar e supervisionar o contrato celebrado entre o Banco do Brasil e a empresa D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda., para prestação de serviços de publicidade. Mas, o acórdão se baseia em premissa equivocada, segundo a qual caberia a Diretoria de Marketing e Comunicação do Banco e, portanto, à respectiva Gerência Executiva de Propaganda a fiscalização do contrato celebrado pelo Banco com a referida empresa, no que concerne às relações privadas da contratada (peça 39, p. 13);

b) De acordo com o item 12.1 da Cláusula Décima Segunda do contrato, o Banco do Brasil iria fiscalizar a execução dos serviços contratados, bem como verificar o cumprimento das especificações técnicas, podendo rejeitá-los, no todo ou em parte, quando não correspondessem ao desejado ou especificado. O item 12.2 da mesma cláusula contratual estabeleceu que a fiscalização dos serviços seria realizada diretamente pela Diretoria de Marketing e Comunicação do Banco ou por preposto devidamente credenciado. A Ordem de Serviço 11/2004, por sua vez, explicitou que, no âmbito da Diretoria de Marketing do Banco, o acompanhamento e fiscalização dos contratos firmados com as agências de propaganda e publicidade estariam a cargo da Gerência Executiva de Propaganda. Isso, por óbvio, não poderia contemplar a fiscalização das relações privadas entre a contratada e os fornecedores, completamente desconhecidas pela instituição financeira (peça 39, p. 13-14);

c) O Livro de Instruções Codificadas (LIC) 156.80-1-1 deixa claro que a Diretoria de Marketing e Propaganda tinha a responsabilidade, entre outras, de responder pela proposição e viabilização de ações de propaganda, promoção e publicidade do conglomerado (item 02, a), cujos produtos seriam os planos de propaganda, publicidade, patrocínio e promoção do grupo (item 04, a, IV) (peça 39, p. 14 e 41-49);

d) De acordo com o LIC 156.65-1-1, competia ao Setor de Logística, entre outras responsabilidades, assegurar a satisfação das necessidades dos clientes da Diretoria, no que se refere a serviços de infraestrutura e apoio geral em logística de material, de bens, serviços e valores, engenharia, segurança, compensação, tesouraria, processamento e suporte aos negócios e serviços de apoio ao funcionamento do Banco (item 02, a), cujo produto consistia na gestão de contratos centralizados e no acompanhamento dos contratos descentralizados (peça 39, p. 14 e 50-52);

e) De acordo com as normas que tratam da gestão dos contratos de compras e contratações de serviços assinados pelo Banco, a exemplo da LIC 498-0007-00002, as funções de contratação e de

administração dos contratos são, por conta do princípio da segregação de funções, realizadas por setores distintos. É atribuição dos Centros de Supor de Logística (CSL) a administração das avenças formalizadas de modo descentralizado (peça 39, p. 15 e 53-63);

f) A Diretoria de Marketing e Comunicação cumpriu as atribuições dela, não tendo havido omissão por parte dos dirigentes, mostrando-se desarrazoada afirmação da Relatora *a quo* nesse sentido. Não há razão para lhes atribuir responsabilidade quanto a prejuízo causado por ação da agência de publicidade fora da relação contratual com o a instituição financeira e desconhecida por ela, sem que tenha sido demonstrado nexo de causalidade (peça 39, p. 15); e

g) A responsabilidade do agente público é subjetiva, conforme a jurisprudência desta Corte e a doutrina pátria, impondo-se a análise da culpa ou dolo do responsável, além de não ter sido demonstrada na espécie a solidariedade ou nexo de causalidade entre as condutas dos recorrentes e da agência contratada, a quem cabe ressarcir o erário. Questiona-se como pode alguém ser responsabilizado por suposto débito, para o qual não concorreu ou foi beneficiado (peça 39, p. 15-17).

Análise

6.2. Não assiste razão aos responsáveis. A delimitação das responsabilidades sobre a fiscalização de contratos na Administração Pública deve ser extraída da interpretação razoável dos normativos internos, dispositivos legais e contratuais, associada aos elementos fáticos vinculados aos ajustes e aos atos constantes dos processos administrativos.

6.3. Os recorrentes trazem à colação normas internas do Banco do Brasil, a exemplo do Livro de Instruções Codificadas (LIC) 156.5-1-1 e o LIC 156.80-1-1, bem como o princípio da segregação de funções, para afirmarem não ser da Diretoria de Marketing e Comunicação (Dimac) e, por conseguinte, da Gerência Executiva de Propaganda a responsabilidade pela fiscalização e controle de contratos de publicidade e propaganda na entidade. Afirmam, ainda, não serem as relações privadas das agências com os fornecedores objetos de fiscalização da instituição financeira.

6.4. Entretanto, ao analisar detalhadamente os dispositivos que se encontram em anexo às razões recursais das partes (peça 39, p. 41-63), verifica-se, diferentemente, que os normativos atribuíam sim à Diretoria de Marketing e Comunicação e respectivas gerências o controle sobre os contratos sob a responsabilidade dela, o que se corrobora com os inúmeros indícios colhidos no processo. A atuação precípua da Diretoria Logística ou outro órgão do Banco do Brasil sobre essa função não se confirmou.

6.5. Ao contrário. O LIC 156.80-1-1 (2.g e 2.h), por exemplo, traz para a Diretoria de Marketing e Comunicação idêntica competência atribuída à Diretoria de Logística pelo LIC 156.65-1-1 (2.c e 2.d) e usada em defesa pelas partes, nos seguintes termos (peça 39, p. 42 e 51):

g) garantir que os produtos e serviços da Diretoria estejam sendo conduzidos de acordo com as leis e regulamentos aplicáveis, as exigências da supervisão bancária, as políticas e procedimentos internos e as expectativas legítimas da sociedade;

h) responder pela qualidade, confiabilidade, adequabilidade e integridade dos controles internos nos processos, produtos e serviços a cargo da Diretoria;

6.6. Assim, ambos os órgãos tinham competência de verificar a regularidade dos processos, produtos e serviços a cargo de cada Diretoria, bem como o controle interno dos próprios contratos administrativos.

6.7. Por certo, a segregação de funções deveria ser objeto de atenção na gestão e controle de contratos do Banco do Brasil. Mas, para os ajustes de publicidade, a atuação do Tribunal demonstrou haver desvirtuamento desse postulado, com amparo na legislação interna aplicável, como se pode ver. Além disso, não é estranho à Administração Pública a fiscalização dos contratos pelo setor com maior conhecimento da matéria, desde que realizado por pessoa ou equipe diferente de quem o formalizou, regra, inclusive, presente no LIC 091.04.3.1 (Item 04.I), norma vigente à época, com cópia presente em outro processo que também tratou sobre a matéria nesta Corte (TC 019.018/2005-0 - peça 146, p. 6):

I - As funções de contratação, administração e pagamento devem ser desempenhadas por equipes distintas;

6.8. Do mesmo modo, diferentemente do que afirmam os recorrentes, não se consegue extrair do item 04.a.VII do LIC 156.65-1-1, segundo o qual os serviços relativos ao acompanhamento dos contratos descentralizados é produto intermediário da Diretoria de Logística (peça 39, p. 51), a competência desse órgão para fiscalizar os ajustes da Diretoria de Marketing. Apresenta-se com maior verossimilhança o exercício fiscalizatório dos acordos próprios por cada setor.

6.9. Nessa linha, consta, também, como função da Gerência de Propaganda, no item 03.a.V do LIC 156.80-2-1, “acompanhar o cumprimento dos mecanismos que garantem que as ações desenvolvidas estão em conformidade com a legislação, regulamentos externos e com as políticas e normas internas (peça 39, p. 45).

6.10. Assim, não só se autoriza o cotejo da legislação aplicável com a realidade na gestão e fiscalização de contratos de publicidade e propaganda no Banco do Brasil como é exigível essa postula do Tribunal. Deve-se perquirir os aspectos fáticos e contratuais envolvidos.

6.11. No Contrato celebrado entre o Banco do Brasil e a Calia Assumpção Publicidade S. A. (atual D+ Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Ltda., ora em debate, a Cláusula Décima Segunda, relativa à auditoria do ajuste, previu que (peça 1, p. 19):

12.1 O BANCO fiscalizará a execução dos serviços contratados e verificará o cumprimento das especificações técnicas, podendo rejeita-los, no todo ou em parte, quando não corresponderem ao desejado o especificado.

12.2 A fiscalização dos serviços será realizada diretamente pela Diretoria de Marketing e Comunicação do BANCO, ou por preposto devidamente credenciado, que terá poderes, entre outros, para notificar a CONTRATADA, por escrito, sobre as irregularidades ou falhas que porventura venham a ser encontradas na execução deste Contrato.

(...)

12.6 A CONTRATADA permitirá e oferecerá condições para a mais ampla e completa fiscalização, durante a vigência deste Contrato, fornecendo informações, propiciando o acesso à documentação pertinente e aos serviços em execução e atendendo às observações e exigências apresentadas pela fiscalização.

6.12. Assim, o ajuste atribuía expressamente à Dimac a realização da fiscalização ampla e completa do ajuste, conjuntura que, por óbvio, envolveria a execução financeira da avença, com todos os dispositivos contratuais envolvidos, incluindo-se o item 2.7.4.6.

6.13. É importante informar, ainda, que o Comitê de Administração da Dimac, no exercício de suas funções e de acordo com os artigos 66 e 67 da Lei de Licitações, delimitou ainda mais as

responsabilidades com relação aos contratos sob a gestão do órgão, por meio da Ordem de Serviço n. 11 (peça 1, p. 68), de 23/6/2004, portanto, anterior aos pagamentos que ora se discutem. No documento, o acompanhamento e fiscalização dos ajustes com agências de propaganda e publicidade foram atribuídos expressamente ao Gerente Executivo de Propaganda, cargo à época ocupado pelo recorrente Cláudio de Castro Vasconcelos, sob a supervisão do Diretor de Marketing (peça 1, p. 106).

6.14. Nos termos do artigo 67 do Estatuto, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. Esse representante, no caso, era o Gerente Executivo de Propaganda, supervisionado pelo Diretor de Marketing.

6.15. Por certo, está no âmbito de competência do fiscal do contrato a identificação de eventuais preços pagos em excesso a serem resgatados em favor da instituição financeira, como decorrência de cláusula contratual. Essa atribuição não poderia estar sob a supervisão dos setores de pagamento da entidade ou de logística, os quais sequer têm ingerência sobre a liquidação dessas despesas, de modo a verificar a regularidade nos fundamentos fáticos das notas fiscais.

6.16. Assim, o fiscal do contrato atua não apenas na comprovação da realização dos trabalhos como, também, no cotejo entre os serviços prestados e os termos dos documentos fiscais, como pré-requisito para a liquidação e o pagamento das despesas e, principalmente, na fiscalização do cumprimento de todas as cláusulas contratuais em todos os aspectos, inclusive, de natureza financeira. Citem-se nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte:

Acórdão de Relação 1.617/2011 – Segunda Câmara (Relator Aroldo Cedraz)

1.4.2. alertar a Universidade Federal do Ceará para a necessidade de:

(...)

1.4.2.16. acompanhar e fiscalizar, tempestivamente, a execução dos contratos de concessões de espaços físicos, visando assegurar o **cumprimento das disposições contratuais em todos os seus aspectos**, aplicando, nos casos de mensalidades em atraso, as sanções previstas no termo do contrato, em cumprimento ao disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/93, e promovendo, ainda, a inscrição em Dívida Ativa da União, no caso das cobranças amigáveis resultarem infrutíferas, aos concessionários inadimplentes (itens 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4.2.1.10, 4.2.1.1 do Relatório CGU/CE 208.483);

Acórdão 3.378/2012 – Plenário (Relator José Jorge)

(...)

31. Com efeito, o art. 67 da Lei nº 8.666/93 dispõe que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, o qual, de acordo com o art. 6º do Decreto Federal nº 2.271/97, deverá proceder ao registro das ocorrências, “adotando as providências necessárias ao seu fiel cumprimento, tendo por parâmetro os resultados previstos no contrato”. **O fiscal tem, pois, a incumbência de exigir o fiel cumprimento das cláusulas contratuais, devendo propor à autoridade competente a aplicação de sanções por irregularidades identificadas na execução do contrato.**

Acórdão 1.710/2006 – Primeira Câmara (Relator Guilherme Palmeira)

9.6. determinar à Universidade Federal da Paraíba que:

(...)

9.6.11. designe formalmente um servidor para acompanhar a execução de cada contrato de prestação de serviço da UFPB, sendo o dito servidor responsável pela observância do fiel **cumprimento de todas as cláusulas contratuais** e tendo a obrigação de comunicar aos setores de direito quando não acontecer dessa forma, com o propósito de dar cabal cumprimento ao art. 6º do Decreto n.º 2.271, de 07/07/1997 e ao art. 67 da Lei n.º 8.666/1993; (Grifos acrescidos)

6.17. Diante da interpretação das normas internas aplicáveis e da jurisprudência sobre a matéria, coaduna-se com o posicionamento presente na deliberação recorrida, no sentido de que cabia, de fato, à Diretoria de Marketing e Comunicação, por meio da Gerência de Propaganda, a fiscalização dos contratos firmados com as agências de publicidade.

6.18. Assim, não está condizente com os normativos aplicáveis à questão no âmbito da própria instituição financeira os argumentos das partes de que caberia a outra Diretoria a responsabilidade pela fiscalização dos contratos.

6.19. Nessa linha, em decisão do Supremo Tribunal Federal, referente à Ação Penal 470, conhecida como “Mensalão”, consta, também, análise esclarecedora do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, sobre a relevância da omissão de Henrique Pizzolato na Diretoria de Marketing, a qual, não obstante referente a contrato de publicidade com outra agência, aplica-se perfeitamente às condutas dos gestores, ora recorrentes, conforme trecho de voto proferido em 17/12/2012 (páginas 721-722 do acórdão):

O Sr. HENRIQUE PIZZOLATO assinou, como única autoridade responsável, o contrato entre o Banco do Brasil e a Agência DNA Propaganda, em que foram previstos gastos da ordem de R\$ 142.000.000,00 (cento e quarenta e dois milhões de reais) (conforme cláusula 5.1 do contrato – fls. 53, Apenso 83, vol. 1).

Após a prorrogação, também assinada pelo acusado, os valores sob seus cuidados e vigilância atingiram R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) (cláusula segunda, letra b, do aditivo – Apenso 83, volume 1, fls. 69).

Daí a importância da função fiscalizatória que lhe era atribuída.

A norma de regência da estrutura organizacional interna do Banco do Brasil, no que diz respeito à Diretoria de Marketing e Comunicação (DIMAC), comandada pelo réu HENRIQUE PIZZOLATO, também atribuía ao Diretor responsabilidade sobre o cumprimento das normas contratuais (fls. 24.461/24.464, vol. 113):

(...)

Fica evidente que o acusado deveria ter cumprido seu dever de ofício e impedido a apropriação de valores pela DNA Propaganda.

(...)

Quanto à posse dos recursos públicos pelo Diretor, destaco o que o contrato na cláusula 5.2:

‘Os recursos para execução dos serviços durante o exercício de 2003 estão consignados na dotação orçamentária de Publicidade e Propaganda, a qual contempla a verba destinada à execução do objeto deste contrato’. (fls. 53, Apenso 83, vol. 1)

Portanto, o réu era detentor da posse da dotação orçamentária destinada àquele contrato, bem como era responsável pela fiscalização dos serviços contratados, e nessa função tinha o dever de impedir a apropriação dos recursos pela Agência DNA Propaganda.

Não obstante, na qualidade de garantidor e único signatário do contrato em nome do Banco,

HENRIQUE PIZZOLATO promoveu o aumento da remuneração da DNA Propaganda, à custa dos cofres da entidade pública, mediante omissão penalmente relevante na fiscalização da devolução, pela Agência, dos valores referentes ao bônus de volume.

(...)

6.20. O contrato em debate nos presentes autos (peça 1, p. 6-27) também foi assinado por Henrique Pizzolato, tendo como uma das testemunhas signatárias Cláudio de Castro Vasconcelos (peça 1, p. 27), ora recorrentes.

6.21. Assim, pode-se afirmar que a conduta dos gestores à frente da Diretoria de Marketing e Propaganda e da Gerência de Propaganda daquela entidade foi desastrosa e colaborou para a dilapidação do patrimônio público, com dano aos cofres do Banco do Brasil que ultrapassaram a casa dos milhões de reais, não sendo possível afastar deles a responsabilidade. O que se vê, no mínimo, é quadro de omissão gravíssima na obrigatória fiscalização de contratos de publicidade, seja de forma deliberada ou não, mas, de toda sorte, vinculado diretamente como nexos causal dos prejuízos identificados pelos auditores.

Prescrição

6.22. Por fim, em que pese os recorrentes não tenham se ocupado da questão, é importante informar que as datas relativas às irregularidades em debate poderão ensejar discussões relacionadas à prescrição da pretensão de ressarcimento aos cofres do Banco do Brasil fundada em decisão de Tribunal de Contas.

6.23. Esse tema assume particular relevância, dado o recente julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Os significativos impactos desse julgado foram objeto de análise pela Serur nos autos do TC 027.624/2018-8. Por economia processual, juntou-se a estes autos (peça 57) cópia do exame e do pronunciamento da unidade emitidos pela Serur naquele processo, em que foram fundamentadas as seguintes premissas, que serão consideradas no presente exame:

a) pela jurisprudência até então vigente, a pretensão punitiva exercida pelo Tribunal de Contas estava sujeita à prescrição, regida pelos critérios fixados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Já quanto ao débito, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por expressa previsão do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. No entanto, ao julgar o RE 636.886, o STF conferiu nova interpretação a esse dispositivo, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”;

b) embora o RE 636.886 tenha por objeto a execução de acórdão condenatório proferido pelo TCU, a interpretação conferida pelo STF ao art. 37, § 5º, da Constituição, afeta a ação de ressarcimento como um todo, abrangendo não só a execução, mas também a pretensão condenatória. E, ao contrário da decisão proferida no julgamento do tema 897 (RE 852.475), no tema 899, relativo à atuação do Tribunal de Contas, a conclusão de que a pretensão de ressarcimento é prescritível foi estabelecida de forma categórica, sem ressaltar as condutas dolosas;

c) as pretensões punitiva e de ressarcimento devem observar o mesmo regime na atividade de controle externo, dado o objetivo comum da prescrição, de fixar prazo para o Tribunal de Contas agir, buscando caracterizar o ilícito, identificar seu autor, dimensionar as consequências da conduta (em especial, a quantificação do dano) e impor as consequências legais, independentemente do fato de tais consequências terem natureza punitiva ou ressarcitória;

d) o Código Civil e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo. Não obstante a relevância dos fundamentos utilizados no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, favoráveis à aplicação do Código Civil, a Lei 9.873/1999 adota balizas usuais no âmbito do direito público, prevê causas de interrupção em tudo compatíveis com o processo de controle externo e já vem sendo utilizada pelo STF para limitar o exercício da pretensão punitiva pelo TCU, em decisões posteriores ao Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário. Assim, até que sobrevenha norma específica, entende-se que a prescrição das medidas de ressarcimento a cargo do tribunal de contas deve observar o regime Lei 9.873/1999;

e) considerando, porém, que o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito à oposição de embargos declaratórios, não é recomendável reconhecer a prescrição desde logo, ante a possibilidade de esclarecimento da decisão em sentido diverso do ora defendido (como, por exemplo, no que se refere aos atos dolosos) ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base no entendimento jurisprudencial até então vigente;

f) assim, nos casos em que a prescrição não tenha ocorrido por nenhum dos dois regimes (Código Civil ou Lei 9.873/1999), o desfecho do processo não se alterará, qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade, prescritibilidade pelo Código Civil ou pela Lei 9.873/1999), viabilizando-se o imediato julgamento. Já nas situações em que a pretensão de ressarcimento esteja prescrita por algum dos dois regimes, ou por ambos, é recomendável que o julgamento do processo seja sobrestado, até ulterior deliberação do Tribunal.

6.24. Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame da prescrição no caso em exame.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário

6.25. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

6.26. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

6.27. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que o próprio tribunal, no acórdão recorrido, reconheceu que havia se operado a prescrição, conforme o trecho transcrito abaixo do voto condutor do acórdão recorrido (peça 29, p. 7), ratificado pelo Tribunal:

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, começou a contagem do prazo prescricional de dez anos, nos exatos termos do subitem 9.1.4 do Acórdão 1.441/2016-Plenário.

6.28. Considerando a premissa de que as pretensões punitiva e de ressarcimento se submetem ao mesmo regime, conclui-se que estariam prescritas não só a possibilidade de aplicação de multas, mas também a de condenação ao ressarcimento do débito, caso fossem adotados, para ambos os fins,

os parâmetros definidos no Acórdão 1.441/2016-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999

6.29. Ao se utilizar as premissas estabelecidas pela Lei 9.873/1999 aos fatos tratados nos presentes autos, verifica-se que a prescrição também se operou, impossibilitando, em igual medida, a imputação de débito aos responsáveis.

6.30. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim “do dia em que tiver cessado” a permanência ou a continuidade.

6.31. Na hipótese em exame, estão presentes os requisitos típicos de infração permanente, consubstanciada na omissão dos recorrentes quanto à apropriação pela agência de publicidade de valores oriundos da relação com fornecedores de serviços e produtos. Assim, há de se ter como termo inicial da prescrição a data do último documento com quantias indevidamente apropriadas pela agência, ou seja, 14/1/2005.

6.32. De outra sorte, como regra, o prazo de prescrição previsto na Lei 9.873/1999 é de cinco anos, com fulcro no artigo 1º do referido diploma. Entretanto, de acordo com o §2º do mesmo artigo, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição rege-se pelo prazo previsto na lei penal.

6.33. Nesse caso, há crime praticado pelo responsável, o qual foi, inclusive, objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Penal 470/DF (Mensalão), como já destacado nesta instrução. Henrique Pizzolato respondeu pelos fatos descritos nos presentes autos pelo delito de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal, tendo sido, inclusive, condenado pela Suprema Corte, conforme descreve sentença proferida em 17/12/2012 (fls. 7 e 33-34):

CAPÍTULO III DA DENÚNCIA. SUBITEM III.2. PECULATO. DESVIO DE RECURSOS PERTENCENTES AO BANCO DO BRASIL, (...). (Grifos no original)

Apropriação indevida de valores pertencentes ao Banco do Brasil, denominados “bônus de volume”, devolvidos por empresas contratadas pelo Banco, a título de desconto à entidade pública contratante. Os três corréus controladores da empresa de publicidade contratada pelo Banco do Brasil, em coautoria com o Diretor de Marketing da instituição financeira, desviaram os recursos que, nos termos das normas regimentais, estavam sob a posse e fiscalização do mencionado Diretor. Crime de peculato comprovado. Condenação dos réus **HENRIQUE PIZZOLATO, MARCOS VALÉRIO, CRISTIANO PAZ e RAMON HOLLERBACH, pela prática do crime definido no art. 312 do Código Penal.** (Grifos acrescidos)

(...)

16) por unanimidade, **condenar** o réu **HENRIQUE PIZZOLATO** pelo delito de **peculato** (art. 312 do CP), itens III.2.a e III.3(a.3) da denúncia, e, por maioria, fixar a pena de reclusão em **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses, mais 220 (duzentos e vinte) dias-multa**, no valor de **10 (dez) salários mínimos** cada, tudo nos termos do voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator); (Grifos no original)

(Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ap470.pdf>> Acesso em 27 jul 2020)

6.34. Assim, cabe considerar, na presente análise, a pena máxima de doze anos para o delito de peculato, nos termos do artigo 312 do Código Penal. Nesse caso, conforme o artigo 109, inciso II, do

mesmo diploma, a prescrição ocorre em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze, portanto, prazo a ser utilizado na presente análise. Assim, no caso, a pretensão ressarcitória desta Corte estaria prescrita em 14/1/2021.

6.35. De outra sorte, constitui hipótese de interrupção da prescrição, conforme o artigo 2º, inciso II, desse normativo, qualquer ato inequívoco que importe apuração dos fatos. Nesse ponto, o próprio Acórdão 2.033/2005 – Plenário (peça 1, p. 250-252), relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, que determinou a conversão da representação em TCE pode ser considerado marco interruptivo, pelas conhecidas características de apuração do dano e das responsabilidades que tem esse tipo de procedimento.

6.36. Também constitui causa de interrupção do prazo prescricional, conforme o inciso I do artigo 2º da Lei 9.873/1999, a citação do acusado. Na espécie, os recorrentes foram citados inicialmente em 2005 (peça 2, p. 4-7), tendo Cláudio de Castro Vasconcelos se apresentado para vista aos autos em 15/12/2005 (peça 2, p. 50-53) e Henrique Pizzolato, para requerimento de dilação de prazo para resposta, em 27/12/2005 (peça 2, p. 81). Esses eventos também interromperam a prescrição em face dos recorrentes.

6.37. Em 10/7/2007, o Ministro Benjamin Zymler, por meio de despacho (peça 3, p. 66 e 67), determinou o sobrestamento dos autos até a apreciação 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.

6.38. Nesse ponto, é dificultoso considerar esse despacho como novo ato inequívoco, destinado à apuração dos fatos, pois o sobrestamento se destinava à reforma do posicionamento do Tribunal sobre a matéria, além da discussão que se observa sobre a unicidade ou não de cada uma das hipóteses de interrupção da prescrição previstas na Lei 9.873/1999. De todo modo, registra-se o ponto, sem que seja necessário se posicionar nesta assentada sobre a matéria, por não influenciar a conclusão, como se verá ao final.

6.39. Após ajustes nos valores dos débitos, os recorrentes foram novamente citados, em 14 e 15/3/2011 (peça 3, p. 81-86 e 118-119), fazendo-se referência à desnecessidade de nova citação em razão das comunicações anteriores.

6.40. Em outro despacho proferido em 26/2/2013 (peça 15), a Relatora *a quo* afirmou que a superveniência da Lei 12.232/2010 proporcionara novo entendimento sobre a questão dos descontos e bônus em função do volume de recursos despendidos, os chamados bônus ou bonificações de volume (BV), conforme verificado no julgamento do TC 020.081/2005-7, TCE sobre o mesmo tema (pagamento de bônus de volume em contrato de publicidade) envolvendo a Caixa Econômica Federal e a empresa Fischer América Comunicação Total Ltda. Com isso, determinou novo sobrestamento do feito até deliberação do Plenário sobre recursos de reconsideração envolvendo o tema.

6.41. Após essa manifestação, entretanto, mesmo com decisões sobre alguns dos processos indicados pela julgadora com deliberações emitidas em 2015, conforme explicitado em quadro explicativo no relatório do acórdão recorrido (peça 30, p. 5), o processo restou paralisado sem movimentação relevante até 28/6/2019, em que se juntou instrução da unidade técnica (peça 19). Tendo em vista a paralisação do procedimento administrativo por mais de três anos, incide sobre esse ponto a prescrição intercorrente, prevista no §1º do artigo 1º da Lei 9.873/1999.

6.42. Portanto, claramente, incide sobre os fatos descritos nos autos também a prescrição

quinquenal prevista na Lei 9.873/1999, mesmo o Acórdão 141/2020 – Plenário, relatado pela Ministra Ana Arraes, foi proferido pela Corte apenas na sessão de 29/1/2020

Conclusão sobre a prescrição

6.43. Assim, seja sob a perspectiva do Acórdão 1.441/2016 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, ou com base na Lei 9.873/1999, dispositivo aplicado com preferência por esta Secretaria, a pretensão ressarcitória do Tribunal em face dos recorrentes se apresenta fulminada pela prescrição.

6.44. Por certo, deliberação nesse sentido deve ser aproveitada, também, pela empresa D+Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda., condenada em solidariedade com os ora recorrentes, por constituir circunstância de caráter objetivo.

6.45. Entretanto, tendo em vista a possibilidade de esclarecimentos ou modulação dos efeitos da decisão do STF relativa ao Tema 899 da repercussão geral da Corte, faz-se necessário sobrestar os presentes autos até que sobrevenha o trânsito em julgado da referida deliberação.

CONCLUSÃO

7. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) Não há amparo legal para a apropriação pela agência de publicidade de valores oriundos da relação com fornecedores de serviços e produtos (e não com veículos de comunicação), calculados sobre operações específicas demandadas em contratos com empresas estatais;

b) A delimitação das responsabilidades sobre a fiscalização de contratos na Administração Pública deve ser extraída da interpretação razoável dos normativos internos, dispositivos legais e contratuais, associada aos elementos fáticos vinculados aos ajustes e aos atos constantes dos processos administrativos; e

c) A omissão relevante do fiscal do contrato, sem a qual o dano ao erário ou à empresa estatal não teria ocorrido, implica em responsabilidade do agente que teria, por lei, norma interna ou dispositivo contratual, obrigação de impedir o resultado lesivo ao patrimônio público;

c) Em decorrência do sentido e alcance do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, definidos pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 636.886, é prescritível a pretensão reparatória exercida pelo tribunal de contas. Os fundamentos da decisão e a ausência de ressalvas na enunciação da tese permitem concluir que a ação de ressarcimento pode se desenvolver a qualquer tempo, na hipótese de condutas dolosas, apenas no âmbito judicial, sujeitando-se à prescrição na esfera administrativa; e

d) Até que sobrevenha norma específica para disciplinar a prescrição relativa à atuação do tribunal de contas, entende-se aplicável o regime previsto na Lei 9.873/1999. Referida lei contempla parâmetros que preponderam no conjunto de normas de direito público e que são compatíveis com o rito do processo de controle externo, e já é utilizada pelo STF para estabelecer limitação temporal ao exercício da pretensão punitiva pelo TCU;

7.1. Assim, verifica-se que os argumentos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, no que concerne ao mérito do julgado.

7.2. Todavia, seja sob os parâmetros do Acórdão 1.441/2016 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, ou com base na Lei 9.873/1999, normativo aplicado por esta Secretaria



sobre o tema, restou prescrita a pretensão ressarcitória do Tribunal em face dos recorrentes e, por conseguinte, da empresa D+Brasil Entretenimento, Conteúdo e Comunicação Total Ltda.

7.3. De todo modo, tendo em vista a possibilidade de esclarecimentos ou modulação dos efeitos da decisão do STF relativa ao RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral), faz-se necessário sobrestar os presentes autos até que sobrevenha o trânsito em julgado da referida deliberação.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

8. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I; e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

- a) o sobrestamento dos autos até que sobrevenha o trânsito em julgado do RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral) ou posterior deliberação do Tribunal acerca do tema;
- b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte aos recorrentes e ao Procurador-chefe da Procuradoria da República no Distrito Federal;

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 27 de julho de 2020.

[assinado eletronicamente]

Judson dos Santos
AUFC – mat. 5677-4