

VOTO

Em julgamento, recursos de reconsideração interpostos por Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro Vasconcelos contra o Acórdão 141/2020-TCU-Plenário por meio do qual o Tribunal considerou indevida a apropriação de bônus de volume pela empresa Calia Assumpção Publicidade, no âmbito de contrato de publicidade firmado com o Banco do Brasil S.A., e, no que interessa aos recorrentes, julgou suas contas irregulares e imputou-lhes débito de R\$ 384,2 mil.

2. O processo foi originado de representação, convertida em tomada de contas especial (TCE) pelo Acórdão 1.803/2005-TCU-Plenário. No âmbito da TCE foram realizadas as citações dos responsáveis envolvidos, as quais foram analisadas e rejeitadas pela então 2ª Secex (peça 4, p. 28-39). Entretanto, em vista da repercussão de divergências nas teses jurídicas relativas à possibilidade de as empresas contratadas apropriarem-se do “bônus de volume” nos contratos de publicidade firmados com a Administração Pública, o processo foi sobrestado por duas vezes (peça 3, p. 66 e peça 15).

3. Em primeiro momento, o TCU considerou válida a aludida apropriação (Acórdão 3.233/2010-TCU-Plenário). Contudo, posteriormente o *parquet* especializado invocou nova manifestação do Tribunal sobre os fatos, em razão dos desdobramentos do julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A partir de então, inaugurou-se o entendimento de que as empresas deveriam restituir o “bônus de volume” retido indevidamente (conforme recursos de reconsideração tratados nos TC-020.081/2005-7, TC-019.018/2005-0, TC-019.032/2005-0 e TC-019.476/2005-6).

4. Em consonância com esse último posicionamento, foi levantado o sobrestamento destes autos para julgar irregulares as contas dos responsáveis, imputando-lhes o débito alusivo ao “bônus de volume” não restituído ao Banco do Brasil S.A. Na ocasião não foi aplicada multa aos envolvidos em virtude da prescrição da pretensão punitiva (Acórdão 141/2020-TCU-Plenário).

5. Inconformados, Henrique Pizzolato e Cláudio de Castro Vasconcelos, em petições idênticas, interpuseram os presentes recursos de reconsideração, requerendo o afastamento da solidariedade no débito imputado e o julgamento pela regularidade de suas contas.

6. Os recorrentes alegam, em síntese: a) atribuição indevida de responsabilidade por fatos ocorridos fora da relação com o Banco do Brasil S.A.; b) riscos de cobrar judicialmente os valores relativos ao “bônus de volume”; e c) ausência de atribuição específica de dever de fiscalizar o contrato, o que deveria conduzir à exclusão das suas responsabilidades.

7. Após examinar as razões recursais, o auditor da Secretaria de Recursos (Serur) concluiu que não foram trazidos elementos suficientes para afastar a irregularidade e a respectiva responsabilidade dos recorrentes. Entretanto reputou prescrita a pretensão resarcitória deste Tribunal, tanto sob os parâmetros do Acórdão TCU 1.441/2016-TCU-Plenário, quanto sob o regime da Lei 9.873/1999, neste caso, pela ocorrência da prescrição intercorrente, dado o sobrestamento do processo, que levou à sua paralisação entre 2013 e 2019, ou seja, por mais de três anos (vide item 6.40 do relatório que precede este voto).

8. Nesse sentido, e considerando a possibilidade de esclarecimentos e modulação dos efeitos da decisão do STF relativa ao RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral), propôs o sobrestamento dos autos até o trânsito em julgado da referida decisão.

9. O secretário da Serur e o Ministério Público junto ao TCU divergiram do auditor quanto à ocorrência da prescrição intercorrente. Em suas opiniões, o sobrestamento teria suspendido o fluxo do prazo prescricional. Nas demais questões, os pareceres foram convergentes.

10. Preliminarmente, ratifico o despacho exarado no sentido de que os presentes recursos merecem ser conhecidos, porquanto preenchem os requisitos de admissibilidade previstos nos art. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992.

11. No que se refere à argumentação do auditor da Serur quanto à prescrição da pretensão resarcitória e a consecutiva aplicação do RE 636.886/AL (tema 899 da repercussão geral) ao presente caso, limito-me a registrar o que restou consignado pelo próprio relator, Ministro Alexandre de Moraes em decisão recente (destaques acrescidos):

“Os argumentos acima elencados conduzem à conclusão no sentido de que **a pretensão executória de título executivo proveniente de decisão do TCU da qual resulte imputação de débito ou multa é prescritível**; e, portanto, a ela se aplica o prazo prescricional da Lei de Execução Fiscal.

Nenhuma consideração houve acerca do prazo para constituição do título executivo, até porque esse não era o objeto da questão cuja repercussão geral foi reconhecida no Tema 899, que ficou adstrito, como sobejamente já apontado, à fase posterior à formação do título.

Reitere-se: **Após a conclusão da tomada de contas**, com a apuração do débito imputado ao jurisdicionado, a decisão do TCU formalizada em acórdão terá eficácia de título executivo e será executada conforme o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), por enquadrar-se no conceito de dívida ativa não tributária da União, conforme estatui o art. 39, § 2º, da Lei 4.320/1964.”

12. Ou seja, não procede a alegação, visto que a própria Suprema Corte deixou claro que o RE 636.886/AL não se aplica aos processos de controle externo. Nesses termos, deixo de analisar também a divergência em relação aos efeitos do sobreestamento sobre o fluxo de prazo prescricional. Considerando a manutenção, nesta oportunidade, do entendimento pela imprescritibilidade da pretensão de resarcimento vigente neste Tribunal, tal questão não possui repercussão prática nesta decisão.

13. Quanto às demais questões de mérito, verifico que são incabíveis os argumentos dos recorrentes no sentido de que estariam sendo responsabilizados por fatos ocorridos fora da relação com o Banco do Brasil S.A.; e de que haveria dúvidas quanto à possibilidade de exigir o repasse dos bônus de volume para o Banco.

14. A transferência das bonificações para o Banco do Brasil S.A. constou em cláusula contratual expressa (2.7.4.6, 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.”

15. Não existe fundamento legal para a apropriação pela agência de publicidade de valores oriundos da relação com fornecedores de serviços e produtos, diferentemente do que pode ocorrer no caso das relações com veículos de comunicação (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).

16. A magnitude dos valores versados e a quantidade de contratações da mesma natureza denotam a desídia no acompanhamento dos contratos. É inverossímil a alegação de que os gestores desconheciam as tratativas realizadas entre a agência e seus fornecedores, e os respectivos benefícios auferidos. Nesse sentido, vale mencionar que não houve grandes óbices para a obtenção de notas

fiscais dos prestadores de serviços da agência pelos auditores do TCU no curso da fiscalização, o que indica que esse procedimento poderia ter sido perfeitamente realizado pelos gestores.

17. O contrato especifica a responsabilidade de fiscalização da Diretoria de Marketing e Comunicação do Banco (Dimac), o que inclui a apuração dos benefícios da política de preços (peça 1, p. 19):

“12.1 O BANCO fiscalizará a execução dos serviços contratados e verificará o cumprimento das especificações técnicas, podendo rejeitá-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.

(...)

12.8 O BANCO realizará, semestralmente, avaliação da qualidade do atendimento, do nível técnico dos trabalhos e dos resultados concretos dos esforços de comunicação sugeridos pela CONTRATADA, da diversificação dos serviços prestados e **dos benefícios decorrentes da política de preços por ela praticadas.**”

18. Ademais, o Comitê de Administração da Dimac emitiu a Ordem de Serviço 11, atribuindo expressamente ao Gerente Executivo de Propaganda, cargo à época ocupado pelo recorrente Cláudio de Castro Vasconcelos, sob a supervisão do Diretor de Marketing, a responsabilidade pelo acompanhamento e fiscalização dos ajustes com agências de propaganda e publicidade (peça 1, p. 68 e 106). Tal ordem foi emitida em data anterior a dos pagamentos.

19. Verifico, portanto, que não havia dúvidas quanto à necessidade de repasse dos benefícios ao Banco do Brasil S.A., e quanto ao dever dos recorrentes de supervisão do contrato, a fim de evitar a apropriação indevida de tais valores pela empresa contratada.

20. Sendo assim, e incorporando todas as análises de mérito realizadas pela unidade instrutora no relatório que precede este voto, ante a ausência de elementos capazes de alterar o juízo anteriormente formulado, não é possível reformar o julgado, como pretendem os recorrentes.

21. Destaco que o mesmo entendimento foi consignado em caso semelhante por mim relatado, envolvendo os mesmos responsáveis, Acórdão 1428/2021-TCU-Plenário, proferido no TC 019.476/2005-6.

22. Feitas essas considerações, entendo que se deve conhecer e negar provimento aos presentes recursos, mantendo-se inalterada a deliberação ora combatida.

23. Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 22 de setembro de 2021.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator