

VOTO

Registro, inicialmente, que atuo neste processo em substituição à ministra Ana Arraes, nos termos da Portaria TCU 256, de 15 de setembro de 2014.

2. Cuidam os autos de relatório de auditoria de conformidade realizada no Banco do Nordeste do Brasil S.A. – BNB, sociedade de economia mista vinculada ao Ministério da Fazenda, decorrente de deliberação da Presidência do TCU no processo TC 012.177/2005-5, com vistas a verificar a regularidade das contratações daquela entidade nas áreas de publicidade e propaganda, cujos exames preliminares foram encaminhados, para conhecimento e providências cabíveis, à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional – CPMI dos Correios e à Casa Civil da Presidência da República.

3. Este processo foi sobrestado em 10/7/2007 (peça 16, p. 45), no aguardo do julgamento do TC 019.444/2005-2, que tratou da consolidação das auditorias nos contratos de propaganda e publicidade em diversos órgãos da Administração Pública Federal. Abordarei mais adiante este último feito, que foi definitivamente julgado em 1º/12/2010, em sede de pedido de reexame, o que permitiu o prosseguimento do exame deste processo.

4. Antes de examinar o mérito, lembro que, no segundo semestre de 2005, o Tribunal realizou auditorias em 17 (dezessete) unidades da Administração Pública Federal, nas áreas de licitações e contratos de propaganda e publicidade, abrangendo o período de 2001 a 2005. Os principais achados foram consolidados no já mencionado TC 019.444/2005-2, cuja primeira apreciação pelo Plenário desta Casa ocorreu na sessão de 8/11/2006, por meio do acórdão 2.062/2006.

5. As auditorias decorreram de denúncias de irregularidades em diversas áreas e entidades da Administração Pública Federal, que ensejaram a constituição de Comissão Mista Parlamentar de Inquérito – CPMI no Congresso Nacional.

6. O referido acórdão contemplou, dentre outras medidas, determinações à Secretaria-Geral da Presidência da República para coibir práticas verificadas nos trabalhos de auditoria conduzidos por este Tribunal e para aprimorar a sistemática para contratação e execução de contratos de propaganda e publicidade na administração federal.

7. O seguinte trecho do voto do ministro Walton Alencar Rodrigues no processo TC 020.081/2005-7, referente à tomada de contas especial que tratou dos contratos de serviços de publicidade e propaganda celebrados entre a Caixa Econômica Federal – Caixa e a Fischer América Comunicação Total Ltda., de 2002 até o primeiro semestre de 2005, demonstra os atos subsequentes ao acórdão 2.062/2006:

“Essa deliberação foi atacada por meio de pedido de reexame, interposto pela Secretaria-Geral da Presidência da República, com apoio da Advocacia-Geral da União.

Por ocasião da apreciação do recurso, em 1/12/2010, o Plenário concluiu que, com a publicação da Lei 12.232/2010, de 29/4/2010, que *“dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda”*, grande parte das determinações exaradas no Acórdão 2.062/2006 referia-se *“a um quadro jurídico não mais existente, de maneira que não mais subsiste a obrigação dos entes jurisdicionados em segui-las”* (Acórdão 3.233/2010).

Em consequência, considerou prejudicada a análise das determinações e, entre outras providências, determinou à Segecex a promoção de *“estudos com vistas a aferir o impacto da Lei nº 12.232, de 29/04/2010, sobre a sistemática de licitação e contratação de serviços de publicidade pela Administração Pública Federal”*.

Em atendimento à deliberação, o estudo foi inserido no levantamento de auditoria que deu origem ao TC 002.639/2011-4, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, realizado no intuito de *“Levantar*

informações da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República – Secom (...), de modo a trazer maior efetividade ao julgamento das contas ordinárias da unidade”.

O relatório da citada auditoria, ainda pendente de apreciação por esta Corte, traça o panorama da contratação de agências de propaganda e publicidade pelo poder Executivo federal. Oportuno mencionar que as conclusões da equipe de auditoria não destoam dos encaminhamentos adotados neste Voto.”

8. O relatório da supracitada auditoria foi apreciado por esta Corte por meio do acórdão 1.139/2012-2ª Câmara, cujo item 1.4.2. assim dispôs, *in verbis*:

“1.4.2. dar conhecimento à Segecex do resultado do estudo dos efeitos da Lei 12.232/2010 sobre a sistemática de licitação e contratação de serviços de publicidade na administração pública (itens 5.1 a 5.34), nos termos do item 9.6.1 do Acórdão 3233/2010-TCU-Plenário.”

9. No tocante ao presente processo de auditoria, foram examinados pela Secex/CE os contratos 2000/158 e 2000/159, decorrentes da concorrência 2000/006, firmados, respectivamente, com as empresas Ágil Publicidade Ltda., no valor de R\$ 3.117.536,00, e Ideia 3 Comunicação & Expansão de Negócios Ltda., no valor de R\$ 3.000.000,00. Também foram avaliados os pactos que os sucederam, os contratos 2003/313 e 2003/314, precedidos da concorrência 2003/045 e celebrados com os consórcios Mota/Ítalo Bianchi Publicitários Associados Ltda. (R\$ 9.000.000,00) e SLA Advance (R\$ 9.000.000,00).

10. O primeiro relator deste processo, ministro Benjamin Zymler, ao ter presente os achados de auditoria, concedeu medida cautelar *inaudita altera pars* (despacho à peça 1, pp. 38-44) e determinou ao BNB que se abstinhasse de efetuar despesas referentes à execução dos contratos 313 e 314 até ulterior decisão de mérito. Determinou, ainda, a oitiva do BNB e das empresas contratadas e a realização das audiências propostas pela Secex/CE.

11. O BNB interpôs agravo contra o referido despacho. Por intermédio do acórdão 1.999/2005, o Plenário desta Casa revogou parcialmente a medida cautelar e permitiu a continuidade dos citados contratos, desde que adotadas, em conjunto com as contratadas, as seguintes medidas:

“9.2.1. limite os gastos dos Contratos nº 313 e 314/2003, e seus respectivos termos de aditamento, ao valor inicialmente estipulado, permitida a atualização monetária com base em índices oficiais de preço;

9.2.2. restrinja a aplicação do percentual estipulado no § 1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993 ao valor original atualizado dos contratos;

9.2.3. abstenha-se de executar, à conta dos Contratos nº 313 e 314/2003, despesas com patrocínio, salvo se comprovada a efetiva participação das contratadas na escolha dos beneficiários, mediante a apresentação de estudos técnicos que tenham servido de fundamento para a concessão dos recursos;

9.2.4. na hipótese de prorrogação dos contratos, abstenha-se de elevar os percentuais fixados para pagamentos de honorários;

9.2.5. cumpra o disposto nos itens 2.2 e 2.3 dos Contratos nº 313 e 314/2003, que dispõem sobre a cota mínima de distribuição dos serviços pactuados entre os consórcios contratados;

9.3. determinar, ainda, ao Banco do Nordeste do Brasil, como parte das medidas saneadoras mínimas a serem adotadas, que:

9.3.1. elabore o plano anual de comunicação da entidade, na forma prevista na Instrução Normativa nº 1, de 27/4/1993, da Assessoria de Comunicação Institucional da Presidência da República;

9.3.2. avalie a possibilidade de aplicar à empresa Mota Comunicação Ltda. as sanções previstas na Lei nº 8.666/93, assegurado o direito de defesa, em virtude dos indícios de fraude documental na apresentação de proposta de preço, no âmbito do Contrato nº 313/2003;

9.3.3. realize, com base na subcláusula 7.9 dos contratos, auditoria com vistas a obter e juntar a estes autos todas as notas fiscais relativas a serviços de bônus de volume emitidas pelas contratadas a

partir do início da execução do contrato, de modo a evidenciar a existência ou não de descontos que deveriam ser repassados ao banco, na forma do item 5.1.5 dos contratos;

9.3.4. diligencie a todos os fornecedores/prestadores de serviço aos quais foram efetuados pagamentos no âmbito dos contratos de publicidade para dar-lhes ciência do teor da subcláusula 5.1.5 e para obter informações e documentos sobre a eventual concessão de bônus de volume e descontos a qualquer título às empresas contratadas;

9.3.5. oriente todos os prestadores de serviço/fornecedores, contratados por indicação das agências de publicidade, a descontarem previamente das faturas os bônus de volume e descontos concedidos a qualquer título às agências, em virtude da subcláusula 5.1.5 dos contratos, independentemente de o pagamento ocorrer por intermédio das contratadas;

9.3.6. advirta os fornecedores/prestadores de serviço que a omissão no fornecimento de informações sobre a concessão de bônus de volume e descontos a qualquer título poderá implicar responsabilidade solidária em eventual débito apurado;

9.3.7. cumpra seu dever de fiscalizar a execução dos contratos de publicidade, em especial os pontos de maior vulnerabilidade, como a efetiva prestação de serviço/fornecimento de bens pelas contratadas e "subcontratados" e a idoneidade dos orçamentos apresentados pelas agências de publicidade”.

12. Promovidas as oitivas e audiências, a unidade técnica, em primeira manifestação (peça 14, pp. 9-51, peça 15, pp. 1-42 e peça 16, pp. 7-35), propôs aplicação de multa a alguns responsáveis e expedição de determinações ao Banco do Nordeste do Brasil – BNB.

13. Em face do julgamento do processo sobrestante TC 019.444/2005-2, conforme expus anteriormente, a ministra Ana Arraes determinou o retorno dos autos à Secex/CE, a fim de que fossem examinados os reflexos do aludido *decisum* naquela primeira manifestação.

14. Nesse ínterim, novos elementos foram acostados aos autos por Joaquim Saldanha de Brito Filho (peça 65) e Paulo Sérgio Souto Maia (peça 70).

15. Em derradeira instrução (peça 76), a Secex/CE, em pareceres uniformes, propôs aplicação de multa a Evangelina Leonilda Aragão Matos, Joaquim Saldanha de Brito Filho e Paulo Sérgio Souto Maia e expedição de determinações ao BNB.

16. Acolho e adoto a instrução da unidade técnica como razões de decidir este processo.

17. Foi promovida a audiência dos responsáveis em virtude das irregularidades abaixo. No caso de Roberto Smith, presidente à época do BNB, houve manifestação ainda sobre os fatos que ensejaram a concessão da medida cautelar antes tratada. As empresas contratadas manifestaram-se somente sobre a concessão da cautelar:

Responsável	Irregularidade(s)
Byron Costa de Queiroz – ex-presidente do Banco do Nordeste do Brasil – BNB	(i) realização de despesa de publicidade e propaganda com fuga ao procedimento licitatório, violando o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em razão de pagamentos que ultrapassaram o limite de 25% permitido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93, para aditamentos contratuais; (ii) vinculação da execução dos serviços à verba orçamentária disponível (cláusula 4, item 4.1), caracterizando a existência de contrato com preço indeterminado, em infração ao art. 55, inciso III, da Lei de Licitações
Joaquim Saldanha de Brito Filho – ex-	aditamento ilegal dos contratos 2000/158 (1º/3º

gerente executivo do BNB	aditivos) e 2000/159 (1º/3ºaditivos), em percentual superior a 25% estabelecido no art. 65, § 1º da Lei de Licitações, ensejando fuga a processo licitatório, em infração ao art. 37, inc. XXI da CF/88 c/c o parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações
Clarice Altair Guimarães da Rocha – ex-gerente executivo do BNB	aditamento ilegal do contrato 2000/159 (4º aditivo), em percentual superior a 25% estabelecido no art. 65, § 1º da Lei de Licitações, ensejando fuga a processo licitatório, em infração ao art. 37, inc. XXI da CF/88 c/c o parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações
Kennedy Moura Ramos – ex-chefe do gabinete da presidência do BNB	omissão de dar conhecimento à Presidência do Banco do Nordeste do Brasil S.A. da prática de ato irregular constante do doc. referência 2003/903-85, de 24.02.2003, em inobservância ao item 1.1.2 da Resolução BNB RD/112-A, de 24.10.1997, que tratava da estrutura organizacional e quadro de pessoal da Direção Geral
Roberto Smith – ex-presidente do Banco do Nordeste do Brasil – BNB	(i) aditamento ilegal do contrato 2000/159 celebrado entre o BNB e a empresa Ideia 3 Comunicação & Expansão de Negócios Ltda. pelo período de 01.06.2003 a 30.11.2003, no valor de R\$ 1.500.000,00 (3º aditivo), por haver ultrapassado o percentual de 25% estabelecido no art. 65, § 1º da Lei de Licitações e após a contratação de parecer com consultor jurídico externo aos quadros do Banco que declarou a ilegalidade dos aditivos firmados aos contratos 2000/158 e 159; (ii) autorização de despesa desnecessária/inoportuna, ensejando a prática de ato antieconômico, no valor de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), de 16.04.2003, referente à elaboração de parecer por parte de consultor jurídico externo aos quadros jurídicos da instituição (art. 58, inc. III da Lei Orgânica do TCU); (iii) realização de pagamento sem previsão legal (contratos 2003/313 e 314 - situação atual), no valor de R\$ 11.333.992,89 (R\$ 10.068.638,12 e R\$ 1.265.354,77, respectivamente), valores estes superiores ao percentual de 25% (art. 65, § 1º da Lei de Licitações) calculados em relação aos valores identificados nos contratos, o que caracterizou fuga a processo licitatório, em infração ao art. 37, inc. XXI da CF/88 c/c o parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações; (iv) estabelecimento de valores meramente estimativos aos contratos 2003/313 e 314 através da vinculação da execução dos serviços à existência de verba orçamentária, conforme cláusula 4ª, item 4.1 das mencionadas avenças, levando à existência de contrato com preço indeterminado, em infração ao art. 55, inc. III da Lei de Licitações; (v) subjetivismo na

	identificação de critério para avaliação das propostas técnicas das licitantes, objeto da concorrência 2003/045 (art. 3º da Lei de Licitações); (vi) oitiva determinada pelo ministro Benjamin Zymler quando da concessão da cautelar no sentido de que o Banco do Nordeste do Brasil S.A. se abstivesse de efetuar despesas referentes aos contratos 2003/313 e 314/2003: a) descumprimento de cláusula contratual em relação ao contrato 2003/313 (cláusula 5, item 5.1.4), no que se refere à não manutenção das condições técnicas para prestação dos serviços contratados após desfazimento do consórcio Mota - Ítalo Bianchi Publicitários Associados com a saída da empresa Ítalo Bianchi Comunicação Ltda., b) falta de apresentação de três propostas de preços e indícios de fraude documental cometida pela Empresa Mota Comunicação Ltda., no âmbito do contrato 313/2003, c) realização de despesa com patrocínio com uso da conta de publicidade, ensejando a prática de ato de gestão antieconômico
Paulo Sérgio Souto Mota – ex-superintendente de comunicação do BNB	(i) precariedade nas ações de planejamento de publicidade/propaganda, no que se refere à falta de critério na definição do montante orçamentário anual a ser destinado como verba de publicidade, em infração ao item 5 da Instrução Normativa 1, de 27.04.93, da Assessoria de Comunicação Institucional, objeto da concorrência 2003/045; (ii) despesas com patrocínio por intermédio da conta publicitária, ensejando remuneração à contratada, sem contraprestação de serviços; (iii) autorização de serviços e respectivos pagamentos sem a obtenção de 3 propostas prévias de preços em relação aos contratos 2003/313 e 2003/314 e indício de fraude documental cometida pela empresa Mota Comunicação Ltda., no âmbito do contrato 2003/313; (iv) falta de acompanhamento da veiculação das peças publicitárias dos contratos 2003/313 e 2003/314 em televisão, rádio e placas indicativas de ruas, abrigos de ônibus e relógios digitais em diversas capitais nordestinas; (v) descumprimento de cláusula contratual em relação ao contrato 2003/313 (cláusula 5, item 5.1.4), no que se refere à não manutenção das condições técnicas para prestação dos serviços contratados após desfazimento do consórcio Mota - Ítalo Bianchi Publicitários Associados com a saída da empresa Ítalo Bianchi Comunicação Ltda.
Evangelina Leonilda Aragão Matos – ex-gerente da assessoria de comunicação do BNB	omissão em dar conhecimento à Administração Superior de prática de ato ilegal referente à realização de despesa em percentual superior a 25% estabelecido

	no art. 65, § 1º da Lei de Licitações, fato que culminou em fuga a processo licitatório
Orlando de Albuquerque Mota – representante legal da empresa Mota Comunicação Ltda.	(i) indícios de fraude documental decorrente da apresentação de proposta que nunca foi cotada pela empresa Ideia Produções, conforme documentação enviada pela empresa envolvida; (ii) descumprimento de cláusula contratual em relação ao contrato 2003/313 (cláusula 5ª, item 5.1.4), no que se refere à não manutenção das condições técnicas para prestação dos serviços contratos após desfazimento do consórcio Mota - Ítalo Bianchi Publicitários Associados com a saída da empresa Ítalo Bianchi Comunicação Ltda.; (iii) falta de apresentação de três propostas de preços e indícios de fraude documental cometida pela Empresa Mota Comunicação Ltda., no âmbito do contrato 313/2003; (iv) fatos que motivaram a concessão da cautelar deferida no sentido de que o Banco do Nordeste do Brasil S.A. se abstivesse de efetuar despesas referentes aos contratos 2003/313 e 314, com oitiva determinada pelo ministro Benjamin Zymler
Luis Eduardo Navarro de Lima – representante legal do consórcio SLA Advance	fatos que motivaram a concessão da cautelar deferida no sentido de que o Banco do Nordeste do Brasil S.A. se abstivesse de efetuar despesas referentes aos contratos 2003/313 e 314, com oitiva determinada pelo ministro Benjamin Zymler.

18. Acompanho o posicionamento da unidade técnica de acolher as defesas apresentadas por Clarice Altair Guimarães da Rocha, Kennedy Moura Ramos, Roberto Smith e pelas empresas Mota Comunicação Ltda. e SLA Advance, representadas, respectivamente, por Orlando de Albuquerque Mota e Luis Eduardo Navarro de Lima.

19. As alegações de defesa de Byron Costa de Queiroz, ex-presidente do BNB, não merecem acolhida, o que suscitaria proposta de aplicação da multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. Entretanto, informação trazida aos autos (peça 79) noticiou o falecimento do responsável, fato que extingue a punibilidade, uma vez que a pena não pode passar da pessoa do condenado, nos termos do inciso XLV do art. 5, da Constituição Federal.

20. No tocante a Joaquim Saldanha de Brito Filho, ex-gerente executivo do BNB, foi promovida sua audiência em virtude do aditamento ilegal dos contratos 2000/158 (1º/3º aditivos) e 2000/159 (1º/3º aditivos), em percentual superior ao teto de 25% estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações, o que ensejou fuga a processo licitatório, em infração ao art. 37, inc. XXI, da CF/88, c/c o parágrafo único do art. 1º da Lei de Licitações.

21. Quanto à assinatura do terceiro aditivo ao contrato 2000/159, deve ser retirada sua responsabilidade, posto que o presidente do BNB à época, Roberto Smith, assumiu o fato e, ainda, que a execução do termo avençado se manteve abaixo do valor atualizado do contrato, com adoção de providências administrativas para instauração de certame licitatório, o que afastou, portanto, fuga a ditames legais.

22. Em relação aos demais aditivos, sua responsabilidade não foi elidida.

23. A questão dos aditamentos aos contratos 158 e 159 mereceu destaque já na primeira manifestação da Secex/CE em seu relatório de auditoria (peça 1, pp. 1-32).

24. O art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993 dispõe, no que concerne aos acréscimos e às supressões dos objetos dos contratos, que:

“§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

25. Os contratos 158/2000 e 159/2000 foram celebrados com vigência de 1/6/2000 a 31/5/2001, permitida sua prorrogação por 4 (quatro) períodos iguais e sucessivos. Os valores pactuados foram, respectivamente, de R\$ 3.117.536,00, com a Ágil Publicidade Ltda., e de R\$ 3.000.000,00, com a agência Ideia 3 Comunicação & Expansão de Negócios Ltda.

26. A equipe de auditoria constatou extrapolação dos limites contratuais sem justificativa legal. Para que se tenha uma dimensão dos falados acréscimos, retrato abaixo os valores praticados nos contratos ora em exame:

Contratada	Período	Pagamentos
Ágil Publicidade Ltda. (contrato 158/2000)	01.06.2000 a 31.05.2001	R\$ 7.674.927,34
	01.06.2001 a 31.05.2002	R\$ 1.894.393,75
	01.06.2002 a 13.03.2003	R\$ 817.313,00
		R\$ 10.386.634,09

Contratada	Período	Pagamentos
Ideia 3 Comunicação & Expansão de Negócios Ltda. (contrato 159/2000)	01.06.2000 a 31.05.2001	R\$ 11.259.976,24
	01.06.2001 a 31.05.2002	R\$ 22.058.076,53
	01.06.2002 a 13.03.2003	R\$ 8.688.521,35
		R\$ 42.006.574,12

Valor que ultrapassou o limite de 25% previsto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações	
Ágil Publicidade Ltda.	
Valor pago	Valor do contrato
R\$ 10.386.634,09 - (R\$ 3.117.536,00 x 1,25) = 10.386.634,09 - 3.896.920,00 = R\$ 6.489.714,09	

Valor que ultrapassou o limite de 25% previsto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações	
Ideia 3 Comunicação & Expansão de Negócios Ltda.	
Valor pago	Valor do contrato
R\$ 42.006.574,12 - (R\$ 3.000.000,00 x 1,25) = 42.006.574,12 - 3.750.000,00 = R\$38.256.574,12	

Fonte: Superintendência Jurídica (fls. 19/20)

27. Durante a execução dos referidos contratos o BNB utilizou como prática aditar o valor contratado mediante o artifício de alterar o montante orçado vigente para o exercício.
28. Tal prática estaria contemplada na cláusula 4ª, que previa que a remuneração das contratadas estava delimitada em função dos gastos orçamentários efetivamente realizados à conta da verba publicitária. Portanto, uma vez alterado o orçamento, estaria aberta a possibilidade de que fossem também alterados os valores dos contratos celebrados com as agências de publicidade.
29. A conduta de reprogramação orçamentária foi amplamente utilizada, ou seja, o orçamento do banco foi utilizado como instrumento de alteração dos contratos firmados. Vale frisar que, em quase todos os anos, as ações de comunicação sempre eram reprogramadas. Após essas reprogramações, ocorriam déficits de execução orçamentária (previsão inicial + reprogramação < execução).
30. Além disso, os comentados aditamentos não foram publicados, de forma resumida, na imprensa oficial, condição indispensável à sua eficácia, conforme o parágrafo único do art. 61 da Lei 8.666/1993.
31. Essa situação ilegal, retratada pela equipe da Secex/CE em 2005, já era de conhecimento dos responsáveis pelo BNB, uma vez que a informação 7808261, de 18/10/2002, da Superintendência de Auditoria, contendo relatório de auditoria realizada pela Célula de Licitações e Contratos no período de 23/9 a 16/10/2002, foi encaminhada à gerência de auditoria e à superintendência jurídica do banco.
32. A prática adotada pelo banco afastou a realização de procedimentos licitatórios e não permitiu que se avaliasse se os preços praticados pelas empresas eram compatíveis com os de mercado.
33. Ainda que se considere que os serviços de publicidade e propaganda pudessem ser enquadrados como de natureza continuada, a prorrogação só seria admitida pelo prazo de até 60 (sessenta) meses, “com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração”, nos exatos termos do inciso II, do art. 57, da Lei de Licitações. Inexiste tal comprovação nos autos.
34. Por sua vez, Evangelina Leonilda Aragão Matos, ex-gerente da assessoria de comunicação do BNB, foi convocada a se manifestar sobre sua omissão em dar conhecimento à administração superior de prática de ato ilegal referente à realização de despesa em percentual superior aos 25% estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações, conforme demonstrado antes.
35. De acordo com a cláusula 7ª, subcláusula 7.1.1, do contrato firmado entre o BNB e as contratadas, abaixo transcrita, a Srª Evangelina era responsável pela fiscalização e pela aceitação dos serviços e possuía atribuição de zelar pela regularidade do ajuste:
- “Cláusula Sétima - Fiscalização e aceitação
- (...)
- 7.1.1 A fiscalização dos serviços será exercida pelo Gerente da Assessoria de Comunicação do CONTRATANTE, ou por preposto devidamente credenciado, que terá poderes, entre outros para notificar a CONTRATADA sobre as irregularidades ou falhas que porventura venham a ser encontradas na execução deste contrato.”
36. Dessa forma, a conduta omissa da responsável pela fiscalização dos contratos em não reportar situação totalmente contrária à Lei de Licitações acarreta-lhe a imputação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal.
37. Por fim, o responsável Paulo Sérgio Souto Mota, ex-superintendente de comunicação do BNB, também não logrou êxito em justificar todas as irregularidades a ele apontadas pela equipe de auditoria da Secex/CE.

38. Destaco, inicialmente, que esse responsável trouxe, nos últimos documentos anexados a este processo (peça 70), informação de que os fatos a ele imputados foram desconstituídos nos autos da Ação de Improbidade Administrativa 0014529-85.2006.4.05.8100 (2006.81.00.014529-2), em trâmite na 6ª Vara da Justiça Federal do Ceará.

39. Ocorre que vigora nesta Casa o princípio da independência das instâncias, cuja única exceção é sentença penal transitada em julgado que negue, categoricamente, a existência do fato ou sua autoria, o que não é o caso da ação trazida ao conhecimento deste Tribunal.

40. Ademais, conforme registrou a Secex/CE em sua derradeira instrução (peça 76, item 14):

(...) “embora tenha afirmado que a ação teria sido desconstituída em relação a sua pessoa, em consulta ao site da Justiça Federal do Ceará (<http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp>), em 6/5/2013, observa-se que o Juiz Federal recebeu parcialmente a ação, no tocante as condutas a seguir indicadas, o que torna sem efeito o argumento da desconstituição da ação e se rejeita a preliminar do interessado, dando-se assim o prosseguimento do presente exame.

(...)

Desse modo, deve ser recebida a ação em relação ao réu Paulo Sérgio Souto Mota, no que tange às seguintes condutas:

- a) autorização de serviços e respectivos pagamentos sem a obtenção de três propostas prévias de preço, no âmbito dos contratos 313 e 314/2003;
- b) apresentação de propostas de preços com indícios de que tais documentos não existiam e/ou não estavam na posse do BNB na data da solicitação da equipe de auditoria; e
- c) apresentação de documento fraudado relacionado a proposta de serviço.”

41. No que se refere à precariedade das ações de planejamento de publicidade/propaganda, ante a falta de critério na definição do montante orçamentário anual a ser destinado como verba de publicidade, em infração ao item 5 da Instrução Normativa 1, de 27/04/1993, da Assessoria de Comunicação Institucional, objeto da concorrência 2003/045, que gerou os contratos 2003/313 e 2003/314, firmados, respectivamente, com os consórcios Mota/Ítalo Bianchi Publicitários Associados Ltda. e SLA Advance, concordo com a unidade técnica que a fixação do valor orçado pela diretoria do banco no patamar de R\$ 18.000.000,00, sendo R\$ 9.000.000,00 para cada contrato, resultado da utilização de critério médio em relação aos anos anteriores, confirmou a inexistência de critério nos moldes exigidos pela norma em questão.

42. Além disso, o próprio responsável admitiu que não havia uma cultura de planejamento na área de comunicação do BNB, sendo o Plano de Comunicação – PAC uma figura decorativa.

43. Sobre as despesas com patrocínio por intermédio da conta publicitária, ensejando remuneração à contratada sem contraprestação de serviço, não foram apresentados elementos capazes de ilidir a irregularidade. Como apurado pela Secex/CE, “a agência era mera intermediadora da liberação de recursos em função do patrocínio liberado pelo BNB – já que detinha o direito a utilizar a soma de recursos orçamentários disponibilizados no contrato celebrado com o banco – e a título de compensação ganhava, sem qualquer tipo de contraprestação laboral, a comissão sobre o valor do patrocínio realizado”.

44. Em atenção a diligência deste Tribunal, o BNB encaminhou planilha (peça 64) com informações sobre os patrocínios concedidos nos exercícios de 2003 a 2005, por intermédio das agências de publicidade Mota Comunicação Ltda. e SLA Propaganda Ltda., remuneradas mediante taxa de comissão de 4%. Os valores atualizados (até 23/5/2014) das comissões recebidas pelas agências atingem os montantes de R\$ 118.879,39 (peça 74 – Relatório de Cálculo – Mota Comunicação Ltda.) e R\$ 32.370,04 (peça 75 – Relatório de Cálculo – SLA Propaganda Ltda.).

45. Vê-se que os valores percebidos pelas empresas não atingem montantes significativos quando comparados com os valores movimentados pelos contratos de propaganda e publicidade. Além disso, o acórdão 2.062/2006-Plenário, que abordei no início deste voto, editado após os pagamentos em debate, foi parcialmente reformado pelo acórdão 3.233/2010. Todavia, a determinação contida no subitem 9.1.8 – “exclua a intermediação das agências de propaganda nos repasses alusivos a ações de patrocínio, os quais devem ser realizados, diretamente aos beneficiários, pelos órgãos e pelas entidades concedentes, podendo aquelas agências ser contratadas apenas como consultorias especializadas, sendo remuneradas tão-somente pelas horas de consultoria efetivamente prestadas” – não foi objeto de alteração.

46. Dessa forma, apesar de a defesa apresentada pelo responsável não ser suficiente para justificar o ato, pode ser relevado em razão do valor envolvido e do posicionamento deste Tribunal contido no supramencionado *decisum* de 2006, posterior, portanto, aos atos aqui discutidos.

47. Quanto à autorização de serviços e respectivos pagamentos sem obtenção de 3 (três) propostas prévias de preços em relação aos contratos 2003/313 e 2003/314 e quanto ao indício de fraude documental cometida pela empresa Mota Comunicação Ltda. no âmbito do contrato 2003/313, tem-se que a prática utilizada pelo BNB, segundo o responsável, era a de examinar as propostas, aprovar a mais viável e devolvê-las para a agência de publicidade, que ficava incumbida de guardá-las, e que, após o apontamento da equipe de auditoria deste Tribunal, o banco passou a reter todos os orçamentos de produção, anexando-os aos respectivos processos.

48. Sobre o episódio da fraude documental, o responsável informou que a Mota Comunicações apresentou proposta de empresa que não forneceu cotação junto à agência, confirmando a dita fraude. Informou, ainda, que aplicou a pena de advertência. Acrescento que a conduta do Sr. Paulo está sendo apurada no âmbito da Ação de Improbidade Administrativa 0014529-85.2006.4.05.8100 (2006.81.00.014529-2), em curso na 6ª Vara da Justiça Federal do Ceará, conforme registrou a instrução da Secex/CE à peça 76, item 14.

49. Dessa forma, constata-se que somente foram adotadas providências após os achados de auditoria de equipe deste Tribunal, não sendo suficientes tais medidas para descaracterizar a irregularidade dos fatos.

50. No que concerne à falta de acompanhamento da veiculação das peças publicitárias dos contratos 2003/313 e 2003/314 em televisão, rádio e placas indicativas de ruas, abrigos de ônibus e relógios digitais em diversas capitais nordestinas, acompanho o entendimento da diretora da Secex/CE (peça 16, p. 29, item 96) de que os documentos apresentados comprovam os controles exercidos pelo BNB.

51. Por fim, em relação ao descumprimento de cláusula do contrato 2003/313 (cláusula 5, item 5.1.4), sobre a não manutenção das condições técnicas para prestação dos serviços contratados após desfazimento do consórcio Mota - Ítalo Bianchi Publicitários Associados, com a saída da empresa Ítalo Bianchi Comunicação Ltda., afirmou o responsável, em suma, que foram mantidas as mesmas condições técnicas pela empresa Mota Comunicação Ltda. e que não houve prejuízo operacional e qualitativo na execução dos serviços de publicidade prestados.

52. Apesar de inexistirem nos autos maiores informações sobre como as questões envolvendo o desfazimento do consórcio foram tratadas, o fato é que não se tem registro de prejuízos ou comprometimento da execução dos serviços de publicidade. Assim, acompanho o entendimento da instrução da Secex/CE (peça 15, p. 4) no sentido do acatamento das justificativas.

53. Ressalto que os pontos abordados nos itens 40, 44 e 48 deste voto também foram objeto de manifestação de Roberto Smith, cuja defesa foi rejeitada, acertadamente, pela Secex/CE. Toda via, esse responsável não foi ouvido em audiência prévia, mas em virtude de oitiva determinada pelo relator no âmbito da concessão de medida cautelar, inexistindo previsão legal para aplicação de multa em tal situação.

54. Dessa forma, ante a reprovabilidade das condutas de Evangelina Leonilda Aragão Matos, Joaquim Saldanha de Brito Filho e Paulo Sérgio Souto Maia, julgo que devam ser apenados com a multa do inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992.

55. Destaco que, à época da concessão da medida cautelar comentada no item 11 acima, foi examinada a questão do bônus de volume.

56. Foi determinada ao BNB “realização, com base na subcláusula 7.9 dos contratos, de auditoria com vistas a obter e juntar a estes autos todas as notas fiscais relativas a serviços de bônus de volume emitidas pelas contratadas a partir do início da execução do contrato, de modo a evidenciar a existência ou não de descontos que deveriam ser repassados ao Banco, na forma do item 5.1.5 dos contratos (subitem 9.3.3 do Acórdão nº 1.999/2005 -TCU-Plenário)”.

57. Os atos subsequentes foram assim retratados pela Secex/CE (peça 15, p. 25), *in verbis*:

“25.8.1. O gestor, em atendimento ao Ofício nº 919/2005 -TCU-SECEx-CE, que comunicou o multicitado Acórdão, mediante o Ofício GAPRE. 2006/0128, de fl.537, encaminha o relatório da auditoria interna realizada: Informação AUDIT. Nº 2006/0006, de 25/01/2006, fls. 538 a 540.

25.8.1.1. A auditoria verificou que ocorreram 12.101 pagamentos desde o início dos contratos, 13/10/2003 até 31/12/2005, no valor de R\$ 43.076.520,79 e decidiu delimitar seus trabalhos em examinar todos os pagamentos acima de 50 mil reais realizados desde o início de execução das avenças até 31/12/2005 e todos os documentos fiscais originais referentes a serviços realizados por terceiros e pagos através das contratadas no período de 1/04/2005 a 30/06/2005;

25.8.1.2. A partir da amostra estabelecida, a auditoria examinou 216 documentos no valor total de R\$ 8.197.198,57, sendo R\$ 4.314.554,53 pagos à Mota Comunicação Ltda. e R\$ 3.882.644,04, ao Consórcio SLA ADVANCE.

25.8.1.3. A auditoria registra a existência de regular obtenção de desconto-padrão de agência previsto na sucláusula 9.1 dos contratos e não aponta ocorrência de concessão de bônus de volume, concluindo que as contratadas estão transferindo qualquer desconto especial obtido junto a terceiros.

25.8.2. Verificados os critérios de seleção da amostra apresentados pela auditoria do Banco, a amostragem utilizada apresentou-se do tipo não probabilístico, não apresentadas as condições de possíveis erros no julgamento, quando o objetivo do trabalho requer maior amplitude na investigação e, a grosso modo, não se pode constatar seus níveis de confiabilidade, no sentido de atribuir generalidade aos dados obtidos, com trabalhos que abrangeram apenas 7,57% da quantidade de pagamentos realizados e somente 19,03% do valor total dos gastos, portanto, a amostra estabelecida pode não ser representativa para inferir a existência ou não de descontos que deveriam ser repassados ao Banco, na forma do item 5.1.5 dos contratos. Entende-se recomendável intensificar os pedidos de informação formulados aos prestadores de serviços, especificamente quanto à concessão de bônus de volume, referentes a pagamentos, individualmente realizados desde o início dos contratos, superiores a 10 mil reais, quantia que se pode presumir aceita para efeito de obtenção da mencionada vantagem comercial.”

58. Dessa forma, em que pesem os comentários da unidade técnica sobre a metodologia empregada pelo BNB para escolha da amostra auditada, não foram apresentadas irregularidades que justifiquem a adoção de medidas por este Tribunal.

59. Por fim, à época da concessão da medida cautelar, o Plenário deste Tribunal, por intermédio do acórdão 1.999/2005, subitem 9.3, determinou ao BNB a adoção de medidas mínimas destinadas a permitir a continuidade na execução de despesas relacionadas às ações de publicidade e propaganda da instituição.

60. Além dessas medidas, foi prolatado o acórdão 2.062/2006-Plenário, alterado pelo acórdão 3.233/2010, com uma série de determinações à Secretaria-Geral da Presidência da República acerca da contratação de serviços de publicidade e propaganda. Foi também editada a Lei 12.232/2010, que dispôs sobre normas gerais para licitação e contratação, pela administração pública, de serviços de

publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda, trazendo um novo panorama no qual não são mais oportunas as determinações alvitadas pela Secex/CE.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 8 de outubro de 2014.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator