

TC - 006.569/2005-0 (Processo Eletrônico-convertido)

Natureza: Tomada de Contas Especial (recurso de revisão).

Unidade jurisdicionada: Município de Ji-Paraná/RO.

Recorrente(s): Ildemar Kussler (CPF: 346.317.809-59).

Interessados: Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná - CODEJIPA (CNPJ: 04.801.692/0001-28) e Artecon Artefatos e Construtora Ltda. (CNPJ: 34.733.113/0001-18).

Advogado(s) constituído(s) nos autos: Dr.^a Luciana Sales Nascimento OAB/PB 17.625-B e outro, procuração à pág. 4 da Peça 16.

Decisão Recorrida: Acórdão 9.555/2011-TCU-1^a Câmara.

Interessado (s) em sustentação oral: Não há.

Sumário: TCE. Execução parcial do objeto do convênio. Contas Irregulares. Débito e multa. Recurso de Revisão. Não provido.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de revisão interposto por Ildemar Kussler (R001-Peça 59), à época, prefeito do Município de Ji-Paraná/RO, por meio do qual se insurge contra o Acórdão 9.555/2011-TCU-1^a Câmara, prolatado na sessão de julgamento do dia 1/11/2011-Ordinária e inserto na Ata 39/2011-1^a Câmara (págs. 43-45 da Peça 12).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. rejeitar as alegações de defesa do Sr. Ildemar Kussler, CPF nº 346.317.809-59, ex-prefeito municipal de Ji-Paraná/RO, da Companhia de Desenvolvimento de Ji-paraná - CODEJIPA, CNPJ/MF nº 04.801.692/0001-28 e da empresa ARTECON Artefatos e Construtora Ltda., CNPJ/MF nº 34.733.113/0001-18, tendo em vista que seus argumentos não foram suficientes para descaracterizar ou para afastar a responsabilidade em relação à seguinte irregularidade: execução de serviços previstos em proposta apresentada à Administração em material diverso do avençado - alvenaria de pedra argamassada em lugar de concreto ciclópico - e superfaturamento nos preços pagos por conta do Convênio nº 170/97 MMA/SRH, em desobediência aos arts. 15 e 22 da IN/STN nº 01/97, bem como aos princípios da legalidade, economicidade e eficiência;

9.2. rejeitar as razões de justificativa do Senhor Ildemar Kussler, CPF nº 346.317.809-59, tendo em vista que seus argumentos não foram suficientes para descaracterizar ou para afastar a

responsabilidade em relação aos seguintes fatos, todos referentes ao Convênio nº 170/97 MMA/SRH: contratação indevida, por dispensa de licitação, da empresa pública municipal CODEJIPA - Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná, com violação ao disposto na Lei nº 8.666/93, art. 24, inciso VIII, haja vista a ausência de finalidade específica da empresa e a não aplicabilidade do referido dispositivo para obras públicas; pagamento antecipado à CODEJIPA, no valor de R\$ 72.782,62, procedimento vedado pela Lei nº 4.320/64, art. 62, combinado com o art. 40, inciso XIV, alínea “a” da Lei nº 8.666/93 e; ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) relativa às obras, em desconformidade com o art. 1º da Lei nº 6.496/77;

9.3. julgar irregulares as contas do Sr. Ildemar Kussler, (CPF: 346.317.809-59) e em débito, de forma solidária, os responsáveis abaixo relacionados, com base nos arts. 1º, inciso I, e 16, inciso III, alínea “c”, da Lei nº 8.443, de 1992, condenando-o, nos termos dos arts. 19, caput, e 23, inciso III, alínea “a” da mesma lei, ao pagamento das quantias especificadas, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora a partir das respectivas datas até a efetiva quitação do débito, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal o recolhimento das referidas dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor:

Responsáveis solidários	Valor histórico	Data da ocorrência
Ildemar Kussler (CPF:346.317.809-59) e Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná - CODEJIPA (CNPJ: 04.801.692/0001-28)	R\$ 17.817,62	13/12/1999
Ildemar Kussler (CPF:346.317.809-59) e Artecon Artefatos e Construtora Ltda. (CNPJ: 34.733.113/0001-18)	R\$ 26.520,54	26/12/2000

9.4 aplicar ao Sr. Ildemar Kussler, (CPF: 346.317.809-59) a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixando-lhe, nos termos do art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno, o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove perante o Tribunal o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, na forma da legislação em vigor;

9.5. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 219, inciso II, do Regimento Interno, caso não atendidas as notificações;

9.6. autorizar, desde logo, com fundamento no art. 26 da Lei nº 8.443/1992 e no art. 217 do Regimento Interno, caso seja do interesse dos responsáveis, o parcelamento da dívida em até 24 (vinte e quatro) parcelas, incidindo sobre cada uma, corrigida monetariamente, os correspondentes acréscimos legais; sem prejuízo de alertá-los de que, caso optem por essa forma de pagamento, a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela implicará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.443/1992;

9.7. determinar, nos termos da Portaria-SEGECEX nº 13, de 27 de abril de 2011, à Prefeitura Municipal de Ji-Paraná que na execução de convênios com recursos repassados pela União:

9.7.1. cumpra o disposto no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de contratar empresas públicas municipais, em especial a Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná - CODEJIPA, com dispensa de licitação, para a execução de obras públicas;

9.7.2. atenha-se à IN-STN nº 01/97 e à Portaria Interministerial nº 127/2008, em especial no que tange à obtenção de aprovação prévia do concedente para alterações no plano de trabalho eventualmente necessárias;

9.7.3. cumpra o disposto no art. 62 da Lei nº 4.320/64 e art. 40, inciso XIV, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93, abstendo-se de realizar pagamentos antecipados;

9.7.4. exija a devida Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) relativa às obras, em obediência ao art. 1º da Lei nº 6.496/77;

9.8. encaminhar cópia do presente acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam: nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 209, § 6º, do Regimento Interno à Procuradoria da República no Estado de Rondônia/RO, para o ajuizamento das ações civis e penais cabíveis; ao Ministério do Meio Ambiente, órgão instaurador da presente tomada de contas especial, para ciência do resultado do julgamento, em respeito ao disposto no art. 18, § 6º, da Resolução-TCU nº 170/2000; e aos responsáveis.

HISTÓRICO

2. A presente Tomada de Contas Especial-TCE foi instaurada em virtude de irregularidades na gestão dos recursos financeiros do Convênio 170/97 MMA/SRH (Siafi 335848), celebrado entre o Ministério do Meio Ambiente-MMA e a Prefeitura de Ji-Paraná/RO, tendo por objeto a canalização do Igarapé Dois de Abril, naquele município (págs. 16-31, 37-38, 43-44 da Peça 2 e 1 da Peça 3), para tanto foi transferida a importância de R\$ 190.000,00, em 20/2/1998, à qual seria acrescido o montante de R\$ 38.000,00, correspondentes à contrapartida do Município.

2.1. As contas do Convênio chegaram a ser aprovadas pelo Órgão Concedente (pág. 30 da Peça 4), porém a fiscalização do TCU detectou irregularidades que ensejaram nova análise por parte do Concedente e dos controles internos. A equipe do Tribunal verificou que a obra foi realizada com a utilização de material de baixo custo e em desacordo com o previsto no edital da licitação (págs. 31-34 da Peça 4), fato que serviu para fundamentar a Decisão-TCU 510/2002-Plenário (págs. 35-48 da Peça 4).

2.2. Ademais, foram constatadas outras irregularidades na execução do Convênio 170/97 MMA/SRH: a contratação indevida, por dispensa de licitação, da empresa pública municipal CODEJIPA - Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná, com violação ao disposto no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, tendo em vista a ausência de finalidade específica da empresa e a não aplicabilidade do referido dispositivo para obras públicas; o pagamento antecipado à CODEJIPA, no valor de R\$ 72.782,62, procedimento vedado pelo art. 62 da Lei 4.320/1964, combinado com o art. 40, inciso XIV, alínea "a", da Lei 8.666/1993 e; a ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) relativa às obras, em desconformidade com o art. 1º da Lei 6.496/1977.

2.3. No âmbito desta Corte de Contas, os responsáveis foram regularmente citados pela unidade técnica. Após a análise das alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, o Relator *a quo*, Exmo. Ministro Valmir Campelo, concluiu pela rejeição dos argumentos, resultando no julgamento pela irregularidade das contas do ex-prefeito, com a condenação em débito solidário com as Empresas contratadas (item 9.2 do Acórdão recorrido), além da aplicação de multa individual prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992 (item 9.3).

2.4. Irresignado, o então prefeito interpôs o presente recurso de revisão, que se fundamenta nas alterações que, adiante, passar-se-á a relatar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. O exame preliminar de admissibilidade efetuado por esta Secretaria (Peça 63), ratificado pela Exma. Ministra Ana Arraes (Peça 66), propôs o conhecimento do recurso de revisão, nos termos dos art. 32, inciso III, e 35, inciso III, da Lei 8.443/1992, sem a atribuição de efeitos suspensivos, por falta de amparo legal.

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se:

a) o julgamento nas esferas cível e criminal constituiria fato impeditivo para a atuação desta Corte de Contas;

- b) a responsabilidade atribuída ao prefeito signatário do ajuste foi equivocada;
- c) a contratação da sociedade de economia mista seguiu as normas legais.

5. Do julgamento nas esferas cível e criminal.

5.1. Pondera que, a despeito de ter ciência do entendimento sedimentado desta Corte de Contas em relação à independência de instâncias, compreende que a singularidade e a equivalência dos casos conduziram ao Tribunal a acatar as decisões das esferas cível e criminal. Informa que a ação penal 2009943-09.2009.8.22.0000, na qual foi apurada a ocorrência do crime de dispensa ilegal de licitação, não foi admitida, em relação ao recorrente, pelos desembargadores, que a julgaram por ausência dos elementos para tipificar a conduta narrada. Na esfera cível, na ação civil pública 3001-92.2010.4.01.4101, que tramitou na 1ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná/RO, foi reconhecida “a prática de atos de improbidade administrativa, na modalidade ofensa aos princípios da administração pública”, decisão contra a qual recorreu ao Tribunal Regional Federal (págs. 4-9 da Peça 59).

Análise:

5.2. Ressalte-se, desde logo, para que, mais uma vez, fique bem assentada a competência constitucional privativa desta Casa nas matérias que lhe cabe, com exclusividade, apurar e julgar, que, no ordenamento pátrio, vige o princípio da independência das instâncias.

5.3. Significa dizer que o TCU exerce a sua jurisdição independentemente das demais jurisdições (cível, penal, trabalhista, tributária, *e. g.*). Há, com efeito, diversos precedentes nesta Casa, corroborando o que se afirmou, dos quais se podem invocar, a título meramente exemplificativo, os Acórdãos 406/1999-2ª Câmara, 436/1994-1ª Câmara e 6/1996-1ª Câmara.

5.4. Corroborar este entendimento, no âmbito do Poder Judiciário, a jurisprudência a seguir colacionada, na Suprema Corte, *v. g.*, os MS 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.625-DF. Em relação ao Superior Tribunal de Justiça-STJ, colacionam-se os MS 7080, 7138 e 7042, todos do DF. Logo, a atuação do TCU não fica a depender nem do Judiciário, nem de qualquer outro Poder, nem com a atuação do controle interno ou do Órgão Concedente, nem com estas se confunde.

5.5. No caso em concreto, a análise efetiva das contas do Ajuste apresentou inúmeras irregularidades, as quais macularam, de forma grave, a gestão em questão. Mister notar que a apuração destas irregularidades e o julgamento das contas pela irregularidade não se confundem em nenhum aspecto com eventuais atos de improbidade administrativa, os quais, quando apurados, devem ser julgados na esfera judicial competente.

5.6. O julgamento no âmbito da justiça federal cível ou penal não constitui fato impeditivo para a atuação desta Corte de Contas. No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas – cível, criminal e administrativa. O artigo 935 do Código Civil prescreve que a “responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Esse dispositivo precisa ser conjugado com o artigo 66 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

5.7. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, tem-se que a sentença penal impedirá a propositura ou a continuidade de ação nos âmbitos cível e, por extensão, administrativo, apenas se houver sentença penal absolutória negando categoricamente a existência do fato ou afirmando que não foi o réu quem cometeu o delito. Esse entendimento é pacífico no Supremo Tribunal Federal - STF, conforme fica claro nos Mandados de Segurança 21.948-RJ, 21.708-DF e 23.635-DF. Nesse último, por exemplo, o STF decidiu que a sentença proferida em processo penal é incapaz de gerar

direito líquido e certo de impedir o TCU de proceder à tomada de contas, mas poderá servir de prova em processos administrativos se concluir pela não ocorrência material do fato ou pela negativa de autoria.

5.8. Nesse mesmo sentido é o teor do art. 126 da Lei 8.112/1990, segundo o qual a “responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria” (ênfase acrescida). Por sua vez, na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, encontra-se a positivação do referido princípio, quando em seu artigo 12 destaca que o responsável por ato de improbidade está sujeito às cominações estabelecidas por esta norma, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

5.9. O Plenário do STF já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar TCE, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal de 1988, como se constata no seguinte excerto do MS 25880/DF, da relatoria do Ministro Eros Grau:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].

2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].

3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.

4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003]. 6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente concedida, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias. (grifos acrescidos)

5.10. O voto condutor do Acórdão 2/2003-TCU-2ª Câmara demonstra a posição pacífica deste Tribunal sobre o tema, quando assim dispôs:

O TCU tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas a sua competência, de modo que a proposição de qualquer ação no âmbito do Poder Judiciário não obsta que esta Corte cumpra sua missão constitucional. De fato, por força de mandamento constitucional (CF, art. 71, inc. II), compete a este Tribunal julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração federal direta e indireta, e

as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao Erário. E, para o exercício dessa atribuição específica, o TCU é instância independente, não sendo cabível, portanto, tal como pretende o interessado, que se aguarde manifestação do Poder Judiciário no tocante à matéria em discussão.

5.11. Portanto, as decisões apresentadas pelo recorrente não se prestam a elidir as graves irregularidades encontradas nesta TCE, nem a obstaculizar a apuração empreendida pelo TCU.

5.12. Importa, neste passo, deixar claramente consignada a notória diferença que existe entre a competência atribuída ao Poder Judiciário e aquela afeta aos Tribunais de Contas, a fim de que sejam espancadas as alegações recursais de possível condenação em duplicidade por estas duas esferas do Poder Estatal.

6. Da responsabilidade atribuída ao prefeito signatário do ajuste. Da inexistência de prejuízo.

6.1. Entende que “a obrigação de ressarcir a União pelos supostos prejuízos” apontados só poderia lhe ser atribuída se restasse “comprovado ao final da instrução da TCE que, ao ter celebrado o convênio em apreço, agiu de forma ilícita, dolosa ou culposamente e, com isso, causou efetivamente danos ao erário”, com fulcro nas seguintes alegações (págs. 13-17 e 20- da Peça 59):

a) alterca que agiu “pura e simplesmente como representante” da pessoa jurídica de direito público, qual seja, a Prefeitura de Ji-Paraná/RO;

b) compreende ser “incontroverso que a responsabilidade do agente público tem natureza subjetiva”, logo, ainda que se “conclua pela ocorrência de pagamento irregular” à CODEJIPA, “evidente que tal controle está afeto aos agentes públicos responsáveis pela fiscalização da obra, mormente os engenheiros da municipalidade, e da área financeira”, sendo “impossível ao agente político controlar todos os atos de seus subordinados”;

c) alega que ficou “demonstrado nos autos que nenhum dano foi efetivamente causado ao patrimônio da União”, pois afirma que “concluiu satisfatoriamente o objeto do convênio e devolveu aos cofres federais o que era devido”;

d) objeta que a irregularidade referente à ausência de ART é “desarrazoada e desproporcional às verdadeiras responsabilidades do revisionado enquanto agente público”.

Análise:

6.2. A obrigação de prestar contas dos recursos federais recebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas não se limita as circunstâncias estabelecidas por cada um dos convênios firmados pela União. Em verdade, a Constituição Federal de 1988 obriga qualquer pessoa física ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, a prestar contas.

6.3. As jurisprudências desta Corte de Contas e a do Supremo Tribunal Federal são pacíficas no sentido de considerarem ser de responsabilidade pessoal do gestor a comprovação do bom e do regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido.

6.4. Na mesma linha, os artigos 93 do Decreto-lei 200/1967 e 145 do Decreto 93.872/1986 estabelecem que: “Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”. Neste sentido, o artigo 39 do Decreto 93.872/1986 espanca qualquer dúvida quanto à responsabilidade pessoal do recorrente: “Responderão pelos prejuízos que acarretarem à Fazenda Nacional, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento e verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos” (artigo 90 do Decreto-lei 200/1967).

6.5. A jurisprudência deste Tribunal também é pacífica no sentido de considerar o caráter

personalíssimo da responsabilidade do gestor, ao qual compete comprovar o bom e o regular emprego dos valores públicos, cabendo-lhe o ônus da prova.

6.6. Observa-se o entendimento comumente adotado pelo TCU em casos análogos, quando estabelece como competência do agente, pessoa física, e não do município ou do estado, a incumbência de demonstrar a fiel aplicação dos recursos públicos sob sua responsabilidade, conforme assente, nos seguintes julgados: Acórdãos 73/2007; 2.240/2006; 2.813/2006; 1.538/2005 – todos da 2ª Câmara; e 484/2007; 783/2006; 1.308/2006; 1.403/2006; 2.703/2006; 2.928/2006; 578/2005; 783/2006; 1.274/2005 - todos da 1ª Câmara.

6.7. Nesse sentido, ao se analisar o argumento trazido pelo recorrente, é oportuno citar, ainda, os preciosos ensinamentos do eminente Ministro desta Casa, Ubiratan Aguiar, em sua obra “Convênios e Tomadas de Contas Especiais”. Em síntese lapidar, o douto julgador nos oferece brilhante lição a cerca da responsabilidade pela prestação de contas no âmbito dos convênios regidos pela Instrução Normativa/STN 01/1997:

Inicialmente, há que se deixar assente que a obrigação de prestar contas é personalíssima. Significa dizer que ser omissos nesse dever, ou ter suas contas impugnadas por não conseguir demonstrar a correta aplicação dos recursos, acarreta a responsabilização pessoal do agente público pelos valores repassados, respondendo ele, por isso mesmo, com o seu patrimônio pessoal. Impõe-se ao gestor, pessoa física, a devolução dos recursos, independentemente de o instrumento ter sido assinado em nome da entidade conveniente (município ou sociedade civil).

A imputação de responsabilidade pessoal deriva da premissa básica que a omissão na prestação de contas, ou a impugnação de despesas, caracteriza desvio de recursos públicos. Ora, se houve desvio de recursos públicos, é dever do gestor recompor o erário, por meio do seu pessoal. (In Convênios e Tomadas de Contas Especiais: manual prático, 2ª ed. rev. e ampl., Ubiratan Aguiar et. al. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.51 e 52).

6.8. De fato, caberia ao prefeito cumprir o compromisso acordado, bem como suas obrigações constitucionais e legais, sob pena de ter as contas julgadas irregulares, com a consequente imputação do débito não regularmente aprovado. Por sua vez, a multa decorreu do próprio julgamento pela irregularidade e pela condenação desta em débito, conforme previsão legal.

6.9. Entretanto, o detalhado Plano de Trabalho aprovado pelo Concedente (págs. 20-21 da Peça 1), no qual, ressalte-se, asseverou que em relação ao concreto ciclópico que “as pedras para o concreto deverão ser de boa qualidade, sendo rejeitada pela fiscalização a pedra decomposta ou de pouca resistência” (ênfases acrescidas), diverge do material usado pelo Conveniente, alvenaria de pedra argamassada, o que, por sua vez, caracteriza que parte dos recursos fora mal utilizado e em desrespeito ao Projeto Básico apresentado pelo recorrente. Fato reafirmado pelo próprio recorrente.

6.10. Insta ressaltar que não cabia a Administração Municipal alterar a qualquer tempo o que havia firmado com o Órgão Concedente, sem a devida anuência formal deste e sem a regular formalização do correspondente ato administrativo, com infração às alíneas a) e b) da Cláusula Segunda do Termo do Convênio MMA/SRH 170/97, às págs. 16-18 da Peça 2: “a) (...) com rigorosa obediência ao Plano de Trabalho, observando os critérios de qualidade técnica, os prazos e os custos previstos e responder pelas consequências da sua inexecução total ou parcial” (ênfase acrescida) e aos arts. 4º, §1º, e 15, da IN/STN 1/1997.

6.11. Entendimento diverso tornaria inócuas todas as tratativas preliminares para formalizar e aprovar o referido Ajuste, tornando sem efeito a apresentação do respectivo projeto e sua respectiva aprovação prévia, cuja liberação de recursos depende primordialmente da aprovação do Órgão Concedente.

6.12. Pondera-se, outrossim, que as exigências legais não se dobram ante as necessidades momentâneas e as mudanças temporais, a que se respeitar as previsões legais, além de atuar segundo o princípio da legalidade. Obrigação que cresce de importância quando se trata da

utilização descentralizada dos parques recursos públicos colocados a disposição da população.

6.13. Portanto, cabia precipuamente a esta autoridade zelar pelo exato cumprimento do objeto e consequente consecução do objetivo proposto, em seus exatos termos. Adotando gestão transparente e a demonstração cabal do escorreito uso dos recursos públicos postos à sua disposição, não cabendo, em sede recursal, após todas as oportunidades de adimplir sua obrigação legal, tentar imputar a este ou aquele a culpa pela não prestação regular das contas do Convênio em questão, sem ter sequer atuado para apurar a responsabilidades dos supostos servidores que teriam atuado de forma dolosa e desvirtuado o Convênio com a aceitação de material diverso do acordado.

6.14. Ressalte-se que a culpa *latu sensu* advém, entretanto, da culpa contra a legalidade, uma vez que o dano ao Erário resultou da violação de obrigação imposta pelo inciso II do art. 71 da Carta da República, pelo inciso I do art. 1º da Lei 8.443/1992 e pela IN 01/1997, o que não resta margem para apreciar a conduta do agente, que não comprovou a correta execução do objeto do ajuste. O que, por sua vez, caracterizou a realização das despesas com flagrante desrespeito às normas legais e aos regramentos contratuais que orientavam estes gastos.

6.15. Sergio Cavalieri Filho (*in*. Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., rev. e ampl., 2007, p. 40) traz luz ao cerne desta questão, ao citar o insigne Desembargador Martinho Garcez Neto, pontilhando que “Estabelecido o nexo causal, entre o fato danoso e a infração da norma regulamentar, nada mais resta a investigar: a culpa – que é *in re ipsa* – está caracterizada, sem que se torne necessário demonstrar que houve imprudência ou imperícia”(ênfase acrescida).

6.16. Cita-se, novamente, o ilustre Professor Sergio Cavalieri Filho (*idem*, 2007, p. 41), ao desvelar o que se convencionou chamar de culpa contra a legalidade, nos dizeres do insigne magistrado Martinho Garcez Neto:

quando a simples infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade, isto é, desde que entre a sua transgressão e o evento danoso se estabelece indispensável nexo causal, pois, nesta hipótese, o ofensor que executa um ato proibido, ou não cumpre com que determina a lei ou o regulamento, incorre, só por este fato, em culpa, sem que seja mister ulteriores investigações (ênfase acrescida)

6.17. Imperioso descortinar ainda que a culpa *lato sensu*, no âmbito dos processos de contas, impõe-se como elemento essencial à responsabilização do administrador público. A inversão do ônus da prova prevista na legislação de regência (art. 93 do Decreto-Lei 200/1967) não pode ser entendida como hipótese de responsabilidade objetiva. O que existe, nos casos em que verbas públicas são confiadas a pessoas físicas ou jurídicas, é a presunção de culpa quanto à gestão desses recursos perante o poder público, a qual advém da infração à norma legal.

6.18. Na culpa presumida é perfeitamente possível ao gestor público comprovar que aplicou os valores a ele confiados com diligência, zelo e conforme as exigências legais, enfim, que seguiu o padrão de comportamento de um gestor probo, cuidadoso e leal, o que seria suficiente para isentá-lo de responsabilização, com a aprovação e julgamento regular de sua prestação de contas. Vale dizer, portanto, que na culpa presumida há espaço para o responsável apresentar elementos que afastem tal presunção, o que não é possível na responsabilidade objetiva, pois, neste caso, a culpa daquele que causa dano é indiferente para efeito de responsabilização.

6.19. Nesse sentido, convém reproduzir elucidativo excerto do Voto que fundamentou o Acórdão 1.247/2006-1ª Câmara, *in verbis*:

De início, registre-se que assiste inteira razão ao Ministério Público quanto à aferição da responsabilidade no âmbito deste Tribunal. Deveras, o dolo e ao menos a culpa afiguram-se como pressupostos indispensáveis à responsabilização do gestor por qualquer ilícito praticado. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público (art. 93 do Decreto-lei n.º 200/1967) não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. (ênfase acrescida).

6.20. Sobressai, portanto, no caso concreto, que somente atuando nos exatos ditames legais haverá a aplicação dos recursos públicos com a devida transparência e publicidade, princípios inerentes a esta atividade pública. Do contrário, o controle dos recursos estará sendo burlado. Escancarando, assim, inúmeras possibilidades de desvio e malversação dos valores que deveriam ser utilizados única e exclusivamente em benefício do bem comum.

6.21. Alterca o defendente, outrossim, que não “agiu de forma ilícita” ou “dolosa”, concluindo que não ocorrera dano ao Erário. Destaca-se, neste sentido, que, conforme se demonstrou no Relatório do Acórdão recorrido, o julgamento pela irregularidade das contas, com a consequente apuração de débito e aplicação de multa ao responsável, decorreu exatamente da aplicação dos recursos federais ao arrepio da legislação pátria, o que, por si só, caracteriza seu emprego irregular, o desvio de finalidade de recursos e o dano ao Erário.

6.22. No que tange à colocação quanto à ausência de “qualquer prova de locupletamento pessoal”, insta ressaltar que tal conduta não serviu de fundamento para a decisão combatida. Não sendo relevante para o deslinde do recurso a sua análise.

6.23. Diversamente, o fundamento da condenação em débito do recorrente decorreu da ausência de comprovação escoreita dos gastos realizados, com o consequente prejuízo ao Erário. Por sua vez, a aplicação de multa decorreu deste julgamento em débito, cujo respaldo jurídico se encontra no art. 57 da Lei 8.443/1992.

6.24. Note-se que o recorrente teve julgadas irregulares suas contas, por esta Corte, em primeira instância administrativa, pela comprovação in loco da inexecução parcial do Ajuste (Relatório 9/99 às págs. 5-9 da Peça 3, Relatório de Supervisão RR 2/2000 às págs. 14-20 da Peça 3, Sentença proferida na Ação Civil Pública, que o condenou, às págs. 32-46 da Peça 3, Fotografias e Parecer Técnico RR 282/2002 às págs. 18-21 e 23-24 Peça 4). Fato que a defesa não contesta, pelo contrário reafirma.

6.25. Destarte, o recorrente não apresentou qualquer argumento válido ou documentação comprobatória que justificasse a alteração da especificação do projeto, com prejuízo ao Erário, ao executar a canalização do córrego com produto de qualidade, de durabilidade e de custo muito inferiores ao que ficou estabelecido no Convênio, ao alvedrio do Concedente, e em prejuízo de seus municípios.

6.26. Logo, verifica-se que as alegações apresentadas no recurso de revisão são insuficientes para afastar a responsabilidade do ora recorrente, pois este não foi condenado na condição de agente político, mas sim como gestor do convênio, no qual praticou atos administrativos eivados de ilegalidade no trato dos recursos públicos federais repassados à conta do ajuste.

7. Da regularidade da contratação da sociedade de economia mista por dispensa de licitação.

7.1. Alterca que a contratação da sociedade de economia mista pautou-se pelos princípios da legalidade, da moralidade, da economicidade, da transparência e da eficiência, apoiado nos seguintes argumentos (págs. 10-12 e 17-20 da Peça 59):

a) coloca que não atuou de má-fé, nem tinha consciência de eventuais irregularidades na contratação da CODEJIPA, pois “o chefe do Executivo, apenas e tão somente assina os expedientes que lhe são encaminhados” e por isso conta com equipes descentralizadas;

b) objeta que “a justificativa apresentada pelo revisionando para fundamentar a contratação da CODEJIPA foi, sem sombra de dúvidas, o nítido propósito de buscar sanar as finanças da referida empresa pública, que, à época, encontrava-se em sérias dificuldades financeiras”;

c) alega que a suposta infração aos princípios citados é mera subsunção formalista, sem qualquer indício de dolo do recorrente, nem intenção de locupletamento ilícito ou de causar prejuízo ao Erário;

d) relata breve histórico da criação da empresa e objeta que a Lei das Licitações estabeleceu apenas que a criação das empresas públicas “tenha sido com foco específico (e não único e exclusivo”. Aduz que a “correta interpretação da lei, sem devaneios” é a de que “o legislador quis possibilitar à Administração Pública dispensar o rito licitatório sempre que objetivasse contratar órgão ou entidade que a integre”.

Análise:

7.2. Reafirma-se, o que já havia sido esclarecido por meio da Decisão 510/2002-TCU-Plenário, citada no Relatório do *decisum* inaugural (pág. 28 da Peça 12):

6. Na Decisão-TCU nº 510/2002-Plenário, entretanto, esta Corte assentou que o artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93 “é claro em se referir que a dispensa é autorizada somente quando a pessoa jurídica de direito público for adquirir bens ou serviços. Não se refere a obras. (...) E a Lei Federal nº 8.666/93 é bastante enfática em diferenciar obras, de serviços e compras”. Além disso, ainda que se referisse o convênio a serviço ou aquisição, a CODEJIPA não se enquadraria na hipótese aventada na Lei nº 8.666/93, art. 24, inc. VIII, porque não foi constituída com finalidade específica compatível com o empreendimento. Sua descrição de competências, prevista na Lei Municipal nº 01/83, beira o absurdo, por prever conjunto de atividades em amplíssima extensão, de forma totalmente desarrazoada (fls. 194, v. p., e 203, v. 1.)

7.3. Comando legal que não comporta a interpretação apresentada pela defesa do recorrente de que “o legislador quis possibilitar à Administração Pública dispensar o rito licitatório sempre que objetivasse contratar órgão ou entidade que a integre”, muito pelo contrário, o legislador uma vez mais admitiu a excepcionalidade da contratação pública por dispensa de licitação em situação específica e determinada, qual seja, a aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

7.4. Insta ressaltar que a lei não pode ser modificada para “sanar as finanças da referida empresa pública, que, à época, encontrava-se em sérias dificuldades financeiras” e tão pouco sua correta interpretação possa ser entendida como mero formalismo. Não havendo, pois, qualquer reparo a ser feito na determinação contida no subitem 9.7.1 do Acórdão recorrido.

CONCLUSÃO

8. Da análise anterior, conclui-se que:

a) as decisões apresentadas pelo recorrente não se prestam a elidir as graves irregularidades encontradas nesta TCE, nem a obstaculizar a apuração empreendida pelo TCU;

b) verifica-se que as alegações apresentadas no recurso de revisão são insuficientes para afastar a responsabilidade do ora recorrente, pois este não foi condenado na condição de agente político, mas sim como gestor do convênio, no qual praticou atos administrativos eivados de ilegalidade no trato dos recursos públicos federais repassados à conta do ajuste;

c) a lei não pode ser modificada para “sanar as finanças da referida empresa pública, que, à época, encontrava-se em sérias dificuldades financeiras” e tão pouco sua correta

interpretação possa ser entendida como mero formalismo. Não havendo, pois, qualquer reparo a ser feito na determinação contida no subitem 9.7.1 do Acórdão recorrido.

8.1. Ante o exposto, não foi trazido aos autos nenhum argumento que detenha o condão de modificar o julgado de origem, Acórdão 9.555/2011-TCU-1ª Câmara, motivo por que este não está a merecer reforma, devendo ser, por consequência, prestigiado e mantido.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

9. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos arts. 32, inciso III, e 35, inciso III, da Lei 8.443/1992 e art. 285 do RI/TCU:

- a) conhecer do recurso de revisão interposto por Ildemar Kussler (CPF: 346.317.809-59) e, no mérito, negar-lhe provimento;
- b) dar conhecimento às entidades/órgãos interessados, ao Ministério do Meio Ambiente, à Procuradoria da República no Estado de Rondônia e ao recorrente da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Segecex/Serur/2ª Diretoria, em 11/8/2014.

(Assinado eletronicamente)

BERNARDO LEIRAS MATOS
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 7671-6