

VOTO

Registro, inicialmente, que atuou neste processo em substituição à ministra Ana Arraes, nos termos da Portaria TCU 287, de 16 de outubro de 2014.

2. Trata-se de recurso de revisão interposto por Ildemar Kussler, ex-prefeito de Ji-Paraná/RO, contra o acórdão 9.555/2011-1ª Câmara, que julgou irregulares suas contas e o condenou ao recolhimento de débitos solidários com a Companhia de Desenvolvimento de Ji-Paraná – Codejipa e com a firma Artecon – Artefatos e Construtora Ltda. e aplicou-lhe multa de R\$ 5.000,00.

3. Na oportunidade, entendeu-se que estavam caracterizadas, em síntese, as seguintes irregularidades, relacionadas à execução do convênio 170/97 MMA/SRH, celebrado entre o Ministério do Meio Ambiente e aquele município e que tinha o objetivo de canalizar o Igarapé Dois de Abril: (i) execução de serviços com material diverso do avençado (alvenaria de pedra argamassada em lugar de concreto ciclópico); (ii) superfaturamento nos preços pagos; (iii) contratação indevida da Codejipa, com enquadramento indevido no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993; (iv) realização de pagamentos antecipados à Codejipa.

4. O recorrente apresentou, como fato novo: (i) o arquivamento de ação penal em que figurava como réu, que tratava dos mesmos fatos apontados neste processo; (ii) a sentença prolatada em ação civil pública para apurar a prática de atos de improbidade administrativa, que teria registrado a inexistência de locupletamento ou de prejuízo para os cofres públicos.

5. A Serur e o Ministério Público manifestaram-se pelo conhecimento e pela negativa de provimento ao recurso, sob o argumento de que: (i) o princípio da independência das instâncias possibilita que o TCU exerça sua jurisdição sem que o julgamento proferido pelo Poder Judiciário lhe seja causa impeditiva; (ii) a imputação de débito independe da existência de locupletamento; (iii) o recorrente não contesta o fato de que a obra foi executada de forma diversa da pactuada; (iv) o art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993 não se aplica à contratação de obras e, ainda assim, só permite a contratação de entes que tenham sido criados para execução de atividades equivalentes às objeto pretendido.

6. Manifesto-me de acordo com os pareceres. A revisão dos autos demonstra que a deliberação atacada não merece reparos. As questões que conduziram à condenação do responsável foram adequadamente tratadas pelo relator *ad quo* e as irregularidades apontadas não foram descaracterizadas nesta oportunidade.

7. Conforme assinalaram os pareceres, o princípio da independência das instâncias possibilita que o TCU decida de forma autônoma sobre as questões que lhes são afetas, sem a necessária vinculação às eventuais manifestações judiciais proferidas sobre o mesmo assunto. A independência das instâncias somente é excepcionada nas situações em que existe sentença penal transitada em julgado que negue a existência do fato ou sua autoria. Em tais situações específicas, a sentença faz coisa julgada nas esferas penal, civil e administrativa.

8. A sentença prolatada na ação penal 2009943-09.2009.8.22.0000 não possui, no entanto, essa característica. Naquela, a denúncia foi rejeitada a partir de uma avaliação da conduta do agente e da tipicidade que seria exigida para uma condenação naquela esfera. A ausência de eficácia preclusiva da coisa julgada material foi expressamente ressaltada em sua ementa, como demonstra o seguinte excerto:

“1. Na linha dos precedentes da Suprema Corte, a decisão que determina o arquivamento da investigação criminal ante o fundamento da ausência de elementos suficientes à propositura da ação penal não tem o condão de produzir a eficácia preclusiva da coisa julgada material. Por consequência, ao surgirem novos elementos de prova, é legítimo o desarquivamento e propositura da respectiva ação penal.”

9. No caso, a absolvição ocorreu por ausência de provas para que fosse considerada como infração penal. Contudo, os fatos podem ser enquadrados como infrações administrativas ou ilícitos civis, danosos e com repercussões pecuniárias na esfera civil que exigem reparação. O próprio Poder Judiciário, ao condenar o recorrente na Ação Civil Pública 3001-92.2010.4.01.4101, que tramitou na 1ª Vara da Subseção Judiciária de Ji-Paraná/RO, reconheceu “a prática de atos de improbidade administrativa, na modalidade ofensa aos princípios da administração pública”. O fato de que a sentença então proferida não apontou a existência de prejuízo aos cofres públicos não afasta, como já assina lei, a jurisdição própria do TCU para fazê-lo.

10. A propósito, registro que a decisão judicial proferida se debruçou exclusivamente sobre ausência de licitação que se fazia necessária e a consequente contratação da Codejipa, por dispensa arremada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, e dos efeitos dela decorrentes. Embora tenha entendido que a contratação foi ilegal, considerou que os preços ajustados não seriam manifestamente superiores àqueles apresentados pelos pretensos concorrentes, em processo licitatório anterior que veio a ser revogado.

11. O prejuízo apontado pelo TCU, no entanto, não se encontra lastreado nas propostas apresentadas por outros licitantes, mas advém de fato que não foi analisado por aquela instância judicial: a utilização de solução construtiva mais barata do que a originalmente prevista. A construção do muro do canal foi realizada mediante utilização de pedra argamassada, ao invés de ser utilizado concreto ciclópico, como previsto na proposta apresentada pela Codejipa. Como o concreto ciclópico tem custo superior ao da pedra argamassada, ocorreu o prejuízo do erário em favor do lucro indevidamente auferido pela Codejipa. Daí a afirmativa da existência de superfaturamento: cobrou-se pela pedra argamassada o mesmo valor que seria devido caso fosse utilizado o concreto ciclópico.

12. Especificamente no que se refere à contratação indevida da Codejipa, com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993, os argumentos recursais sequer buscaram trazer tese que a sustente. Ao revés, o recorrente limitou-se a sustentar que agiu com respaldo em parecer jurídico e que a contratação buscava “sanar as finanças da referida empresa pública, que, à época, encontrava-se em sérias dificuldades financeiras que acarretariam empecilhos de ordem política e administrativa não só para ela como também para o Município (...)”.

13. A jurisprudência firme deste Tribunal é de que a ação respaldada em parecer jurídico não exime o gestor de responsabilização pela prática de ato irregular, uma vez que cabe a ele, em última instância, decidir sobre conveniência e oportunidade de efetivar o procedimento administrativo. Nessa linha, dentre tantos outros, mencione-se o acórdão 1.984/2014–Plenário.

14. Ademais, como verifiquei, o parecer jurídico não se apresentou suficientemente fundamentado para sustentar sua conclusão:

a) deixou de observar que o art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993 possibilita, nas condições mencionadas, apenas a contratação direta de bens ou serviços, sem que seu escopo inclua a contratações de obras; a distinção entre obras e serviços encontra-se claramente estabelecida no art. 6º daquele estatuto, nas definições adotadas para fins de sua aplicação;

b) ignorou a doutrina e a jurisprudência, uníssonas em afirmar a inaplicabilidade daquele dispositivo às entidades exercentes de atividade econômica, porque lhes asseguraria vantagem incompatível com o princípio da isonomia (ver, a respeito, os acórdãos 869/2006, 2.399/2006, 1.705/2007 e 3.219/2010, todos do Plenário), mesmo sabendo que a Codejipa era uma sociedade de economia mista submetida ao regime previsto no art. 173 da Constituição Federal;

c) olvidou que a Codejipa não possuía fim específico, como exigido no dispositivo invocado, mas escopo amplo de atuação, que englobava a execução de obras e serviços públicos, a promoção de estudos e projetos “relacionados com o desenvolvimento econômico-social e urbanístico de Ji-Paraná e de outros interessados”, o planejamento e promoção da indústria de turismo no

município, a organização e a administração de sistema de processamento de dados e a realização de “quaisquer outras atividades compatíveis com as suas finalidades, inclusive no campo industrial e no comercial”;

d) não justificou o preço adotado, conforme exigia aquele permissivo legal, uma vez que deixou em branco o espaço destinado à referência às páginas em que constariam as cotações supostamente realizadas pelo “Setor Competente”.

15. No que tange à existência de pagamentos antecipados, o recorrente não buscou descaracterizá-los, mas apenas atribuir a responsabilidade a outrem. Não juntou aos autos, contudo, qualquer documento que comprove a delimitação das atribuições no âmbito municipal e que poderia confirmar sua tese, a exemplo de leis municipais e/ou delegações de competência.

16. Por fim, rejeita-se a tese do recorrente de que não poderia ser pessoalmente responsabilizado, uma vez que teria agido “pura e simplesmente como representante legal daquela pessoa jurídica de direito público” [município]. Transcrevo, a respeito, excerto do voto condutor do acórdão 2.922/2013–Plenário, que abordou adequadamente a questão:

“Com relação ao tema, cabe destacar que a jurisprudência do Tribunal consolidou-se no sentido de que não seria razoável responsabilizar os agentes políticos por irregularidades de natureza meramente operacional. A imputação de responsabilidade a tais autoridades, contudo, seria possível, razoável e necessária nos casos de “irregularidades grosseiras, avaliadas sob enfoque amplo, ocorridas na condução de assuntos de sua competência”, nos termos do voto condutor do Acórdão 213/2002-Plenário, da lavra do eminente Ministro Benjamin Zymler.

*17. Percebe-se, portanto, que o fato de alguém ser agente político não implica, de **per si**, sua isenção de qualquer responsabilidade por irregularidades perpetradas em sua gestão. Pelo contrário, é perfeitamente possível essa responsabilização, desde que comprovado que o agente tenha contribuído de alguma forma para as irregularidades, ou que delas tinha conhecimento, ou, ainda, que houve alguma omissão grave de sua parte (v.g. Acórdãos 961/2003-2ª Câmara, 1.232/2008-Plenário e 1.464/2008-Plenário).”*

17. No caso que se examina, o ex-prefeito foi diretamente responsável: (i) pela revogação do procedimento licitatório que vinha sendo realizado; (ii) pela contratação direta da Codejipa; (iii) pela contratação posterior da Artecon – Artefatos e Construtora Ltda.

Ante o exposto, voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 29 de outubro de 2014.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator