

TC-030.369/2008-7

Natureza: Recurso de Reconsideração.

Entidade: Município de Umburanas/BA.

Recorrente: J2A Construções Ltda. (CNPJ n. 02.560.278/0001-49).

Advogados constituídos nos autos: Eduardo R. Carrera (OAB/BA 4741), Daniela S. Rocha (OAB/BA 26.572 e Semiramis Carrera (OAB/BA 26.958), instrumento particular de procuração à p. 3 da peça 10.

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Inexecução. Contas irregulares. Débito e multa. Recurso de reconsideração improvido. Manutenção do Acórdão recorrido.

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pela empresa J2A Construções Ltda. (peça 10), contra o Acórdão 7.878/2011 – TCU – 1ª Câmara (peça 7, p. 48-49), proferido na Sessão de 6/9/2011, Ata 32/2011, em que o Tribunal julgou-lhe irregulares as contas, imputando-lhe débito solidariamente com o Sr. Joel Muniz de Almeida e aplicou-lhe multa.

HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de Tomada de Contas Especial – TCE, instaurada pelo Ministério da Integração Nacional – MI, em razão da não-aprovação da prestação de contas dos recursos repassados ao Município de Umburanas/BA, no bojo do Convênio n. 769/1999, o qual possuía como objeto a construção de barragem, de acordo com o plano de trabalho aprovado.

3. As principais irregularidades constatadas na execução das obras foram as seguintes:

- a) execução da obra em local distinto do constante no plano de trabalho;
- b) inexecução do "rip-rap" previsto no projeto;
- c) desagregação da argamassa de rejuntamento das pedras do sangradouro;
- d) construção da barragem nas proximidades de um "barreiro"; e
- e) execução de dimensões menores do que as previstas no ajuste e rompimento da "ombreira" esquerda, com perda total da capacidade de armazenamento de água.

4. Após apresentação e análise das alegações de defesa apresentadas, o Tribunal, por meio do Acórdão 7.878/2011 – 1ª Câmara (peça 7, p. 48-49), rejeitou os argumentos apresentados, julgou as contas da recorrente irregulares, condenando-a em débito solidariamente com o Sr. Joel Muniz de Almeida e aplicou-lhe multa.

5. Irresignada, a empresa J2A Construções Ltda. interpôs o presente Recurso de Reconsideração (peças 10) contra o Acórdão citado, requerendo o arquivamento do procedimento de cobrança da multa e de seus consectários, por conta de já tramitar ação de cumprimento daquela decisão.

ADMISSIBILIDADE

6. Em primeira análise por esta Diretoria (peças 18-21), observou-se que o exame preliminar de admissibilidade (peça 11, p. 2) houvera constatado que o ofício de notificação do Sr. Joel Muniz de Almeida não havia sido entregue. O auditor que instruiu o feito propôs, com isso, o envio dos autos à Secretaria de Controle Externo no Estado da Bahia – Secex/BA para a conclusão do procedimento, como constava na análise prévia, o que já havia sido, inclusive, acatado pelo Relator (peça 15). Após a anuência dos dirigentes, a proposta foi cumprida pela unidade técnica estadual na Bahia, saneando-se o feito (peças 22 e 23).

7. Depois disso, os autos retornaram à Secretaria de Recursos para análise do mérito (peça 24), correspondente ao presente momento processual. Portanto, reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peças 11-13), ratificado pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator (peça 15), que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.1, 9.2 e 9.3 do Acórdão 7.878/2011 – 1ª Câmara, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

Argumentos (peça 10, p. 1-2; 8-43)

8. A recorrente apresenta um único argumento. Vem aos autos para informar que a Procuradoria da República em Campo Formoso/BA ajuizou ação de ressarcimento contra o ex-prefeito de Umburanas/BA, bem como contra ela e os sócios dela. Para tanto, acosta documentação comprobatória desses fatos.

9. Com isso, tenta evitar o que considera *bis in idem*, com custos desnecessários para as partes envolvidas, segundo ela. Assim, solicita o arquivamento do processo que ensejou a penação da empresa.

10. Os documentos apontados pela recorrente correspondem à Ação Civil Pública por ato de improbidade ajuizada contra ela e outros responsáveis pelo Ministério Público Federal (peça 10, p. 8-22) e à Defesa Prévia apresentada pela ora recorrente (peça 10, p. 24-38) no mesmo processo, seguidos das notificações relacionadas à deliberação recorrida (peça 10, p. 39-43).

11. A ação de improbidade relata exatamente os mesmos fatos tratados nos presentes autos, com maior riqueza de detalhes, com foco nas discussões da fase interna da TCE ainda no Ministério da Integração Nacional - MI. As mesmas irregularidades tratadas neste processo também foram objeto de atuação do *parquet* federal, tais como a mudança no endereço da construção, sem a anuência do MI, bem como a inutilidade das obras após a conclusão.

12. Há notícia, também, destacada na peça recursal (peça 10, p. 14), de que o sucessor na prefeitura municipal ajuizou ação de ressarcimento ao erário, em virtude das irregularidades no

Convênio 769/1999.

13. O Ministério Público aponta, ainda, inconsistências entre a relação de pagamentos apresentada pelo prefeito responsável na prestação de contas do convênio e os extratos bancários, bem como a não comprovação da existência de procedimentos licitatórios (peça 10, p. 15-16).

14. Após, o órgão ocupa-se em tipificar o ato de improbidade e conclui, com os seguintes pedidos (peça 10, p. 21-22):

- a) a NOTIFICAÇÃO dos demandados para oferecer manifestação escrita, na forma do art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92;
- b) o RECEBIMENTO DA INICIAL e posterior CITACÃO dos demandados para, querendo, contestar os fatos e fundamentos da presente ação;
- c) a CIÊNCIA da UNIÃO e do MUNICÍPIO DE Umburanas/BA, para o exercício da faculdade prevista no art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92;
- d) a CONDENAÇÃO dos demandados nas sanções previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei 8.429/92;
- e) a CONDENAÇÃO dos demandados nas despesas processuais;
- f) a comprovação de todos os fatos imputados aos demandados através de todos os meios de prova admitidos em direito.
 - g.1) Requer, desde já, a expedição de ofício ao Banco do Brasil, agência 135-X, com endereço na Rua Senador Pedro Lago, 210 térreo, Centro, Jacobina/BA, CEP: 44700000, requisitando cópias (frente e verso) dos cheques sacados da conta pública nº 6.828-4, específica do Convênio, durante os anos de 2000 e 2001.
 - g.2) Requer, também, seja expedido ofício à Prefeitura de Umburanas/BA, solicitando o encaminhamento de cópia integral do Procedimento Licitatório correspondente ao certame realizado para contratação da empresa responsável pela execução do objeto do convênio nº 769/99-MI (SIAFI 389982), qual seja, a Tomada de Preços nº 001/2000, visto que, apesar da requisição ministerial, não foi apresentado.

15. Em defesa prévia, a recorrente e os demais requeridos na ação civil alegam primeiramente prescrição, com base no inc. I do art. 23 da Lei 8.429/1992 (peça 10, p. 25-27). Buscam afastar, também, o ato de improbidade sob a alegação que o *parquet* não comprovou conluio deles com qualquer preposto da Administração.

16. Alegam, ainda, que erigiram a construção, com base no que exigiu o procedimento licitatório do qual se sagrou vencedora a ora recorrente, sendo que no projeto não constava “rip rap” e revestimento de pedra argamassada para a barragem, mas sim para o sangradouro, o que foi feito, segundo eles. Para tanto, fazem referência a registros fotográficos contemporâneos à obra, juntados à defesa.

17. A construção, conforme os requeridos, pautou-se de acordo com o projeto e a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART. Afirmam que as fotos anexas à defesa atestam a construção, cumprindo-se o projeto com qualidade técnica e nos termos das especificações.

18. Afirmam que a região possui baixos índices pluviométricos, com plantações de capim e grama, sendo cercada para evitar o pisoteio de animais, que provocam a erosão do terreno. Após, descrevem as etapas de construção da barragem, desde a limpeza do terreno até o corte da ombreira direita para construção do sangradouro, com parede de alvenaria de pedra argamassada.

19. Essa cronologia, associada aos registros fotográficos da época das obras e não de três anos depois quando a falta de manutenção já havia reduzido a qualidade do construído, afastaria, de acordo com os requeridos, a possibilidade de enquadrar a conduta deles como ato de improbidade administrativa.
20. Questionam como poderiam eles escolher onde seria construída a barragem se o local e o projeto já estavam determinados. Alegam que as afirmações do *parquet* não têm embasamento e se referem à construção da barragem no Riacho Olho D'água, no distrito de Delfino, na qual talvez fosse prudente a construção do “rip-rap”, e não na de Lagoa do Angico construída pela recorrente, com pouca vazão de águas, precisando apenas de represa.
21. Com isso, sustentam que não poderiam figurar no polo passivo da ação de improbidade, sendo infundada a denúncia de que eles se beneficiaram da aplicação irregular dos recursos públicos. Consideram hábito de o Ministério Público acusar inocentes não relacionados aos fatos.
22. O próprio órgão ministerial, para os requeridos, atestou o péssimo estado de conservação das obras, com base em verificação da Secretaria de Recursos Hídricos do Ministério em outubro de 2003, três anos após a conclusão dos trabalhos. Com isso, consideram lógico o fato de que a ação do tempo, das águas, da erosão e a falta de manutenção depreciariam a barragem, o que se comprovaria com fotos anexadas pelo Ministério Público e juntadas àquele processo.
23. Segundo eles, as fotos anexadas à defesa prévia comprovariam o contrário do que constava no relatório do concedente, demonstrando todos os cuidados nas etapas de construção da obra, tais como o uso de compactador, carro pipa e enrocamento.
24. Diante de tudo que expuseram e das provas documentais que acostaram aos autos da ação civil pública que discutiam, pedem a exclusão deles daquela relação jurídica processual, por inexistir elementos convincentes que demonstrem irregularidades ou conluio.

Análise

25. Não assiste razão à empresa. Note-se que a recorrente não tem a intenção de discutir o mérito da deliberação recorrida, mas sim excluir a presente causa, em virtude de os fatos já estarem em discussão no Poder Judiciário. Para tanto, apenas apresenta as peças iniciais de acusação e defesa nos autos da ação n. 2009.33.02.000452-8, que tramita na Subseção Judiciária de Campo Formoso/BA, sem fazer referência significativa aos fundamentos da deliberação recorrida.
26. Entretanto, 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.
27. 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”.
28. Interpretando os dois dispositivos conjuntamente, temos que a **sentença penal impedirá a propositura ou continuidade de ação nos âmbitos civil 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, 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.

29. 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**” (grifos acrescidos). Também encontramos na Lei 8.429/1992, que trata da improbidade administrativa, a positivação do referido princípio, quando 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.

30. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, que o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar tomada de contas especial, tendo em vista a competência do TCU inserta no art. 71 da Constituição Federal, 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)

31. O voto condutor do Acórdão 2/2003-2ª 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.

32. No presente caso, apenas por existir ação discutindo os mesmos fatos no Poder Judiciário, a recorrente entende que o julgamento da presente TCE não subsistiria. Não há como acolher o argumento apresentado.

33. Os elementos trazidos pela recorrente não se referem especificamente aos fundamentos da deliberação recorrida, mas sim à Ação Civil Pública interposta pelo *parquet*, com o objetivo de enquadrar a empresa e outros responsáveis em atos de improbidade administrativa.

34. Ainda que os argumentos da defesa prévia da empresa na citada ação se referissem à deliberação ora em debate, de forma específica, não teriam o condão de afastar as irregularidades imputadas aos responsáveis.

35. Ao contrário do afirmado naquele processo, sem que se aprofunde na discussão daqueles autos, posto que os elementos colacionados tanto pelo órgão ministerial quanto pelos requeridos não estão presentes, a obra indicada na prestação de contas do Convênio 769/1999 realmente não tem relação com o objeto pactuado.

36. Como relatado no Acórdão recorrido, a barragem de fato foi construída em localidade distinta da prevista no plano de trabalho (peça 1, p. 9 e 12), sendo o lugar de edificação previsto o Riacho Olho d'Água, situado na localidade de Delfino. Entretanto, a obra contemplada na prestação de contas foi construída no Rio Murin, no povoado Lagoa do Angico, conforme constatação *in loco* em duas oportunidades (peças 1, p. 32; 2, p. 50; e 3, p. 1).

37. As dimensões da barragem foram inferiores ao descrito na prestação de contas, havendo enormes deficiências na qualidade do serviço, de modo que a obra perdeu completamente a capacidade de armazenamento da água, como constaram fisicamente os técnicos do Departamento de Projetos de Obras Hídricas (peça 1, p. 32-33).

38. Por outro lado, os requeridos fazem referência apenas ao relatório de viagem de 2003 (peças 2, p. 50; e 3, p. 1), mas se olvidaram de relatar visita dos técnicos ocorrida em 2000 apenas três dias após a conclusão das obras (peça 1, p. 32-33), com as mesmas conclusões básicas apresentadas três anos depois. Por conta disso, não é possível aprofundar o exame da defesa prévia, sem a consulta aos documentos juntados à Ação Civil Pública. Não há impugnação especificada aos fatos relatados na presente deliberação recorrida.

39. Por fim, é importante informar que, em consulta ao sítio do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, constatou-se que o processo 2009.33.02.000452-8 está em fase inicial, tendo o recebimento da denúncia ocorrido em 1/2/2012. Nessa linha, é mais lógico que a decisão desta Corte influencie o julgamento no Poder Judiciário do que o contrário.

PROPOSTA

40. Diante do exposto, com fundamento nos arts. 32, I, e 33, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

- a) conhecer do Recurso de Reconsideração interposto pela empresa J2A Construções Ltda., contra o Acórdão 7.878/2011 – TCU – 1ª Câmara, proferido na Sessão de 6/9/2011, Ata 32/2011;



- b) negar provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a deliberação recorrida;
- c) comunicar à recorrente, ao Sr. Joel Muniz de Almeida, à Procuradoria da República no Estado da Bahia e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 10 de julho de 2012.

[assinado eletronicamente]

Judson dos Santos
AUFC – mat. 5677-4