

## TC 000.473/2011-1

**Tipo:** tomada de contas especial (recursos de reconsideração)

**Unidade jurisdicionada:** Fundo Nacional de Saúde - Funasa - Ministério da Saúde. Prefeitura Municipal de Mulungu – PB.

**Recorrentes:** Espinheiro Locadora Ltda. - ME - CNPJ nº 00.279.525/0001-08 (ex-Pereira de Carvalho e Cia. Ltda., CNPJ nº 00.279.525-0001-08).

**Advogados:** Amaro Alves de Souza Netto (OAB/PE 26.082); Eduardo Carneiro da Cunha Galindo (OAB/PE 27.761); Marcio José Alves de Souza (OAB/PE: 5.786) e outros. Procuração à peça 136.

**Sumário:** Tomada de Contas Especial. Convênio 1250/2002 (Siafi 474305). Ampliação do sistema de esgotamento sanitário de Mulungu (PB), com recursos da Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Recurso de Reconsideração. Responsabilidade solidária da Construtora. Não execução do objeto pactuado. Não provimento.

## INTRODUÇÃO

1. Em exame recurso de reconsideração (peça 151) interposto por Espinheiro Locadora Ltda - ME, responsável pela execução do objeto do Convênio 1250/2002 (Siafi 474305) contra o Acórdão 2289/2014 – TCU – 2ª Câmara (peça 142).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor (**destaque para os itens impugnados**):

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

9.1. nos termos do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 202, § 8º, do Regimento Interno/TCU, considerar revel o Sr. Achilles Leal Filho, ex-prefeito, CPF nº 109.904.704-82;

**9.2. rejeitar as alegações de defesa apresentadas pela empresa Espinheiro Locadora Ltda. ME, CNPJ nº 00.279.525/0001-08 (ex-Pereira de Carvalho e Cia. Ltda., CNPJ nº 00.279.525-0001-08);**

**9.3. com fundamento nos art. nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea "c", e 23, inciso III, da Lei nº 8.443/92, c/c os arts. 1º, inciso I, 202, § 6º, 209, inciso III, e 214, inciso III, do Regimento Interno, julgar irregulares as contas do Sr. Achilles Leal Filho, ex-prefeito, CPF nº 109.904.704-82, e da empresa Espinheiro Locadora Ltda. ME, CNPJ nº 00.279.525/0001-08 (ex-Pereira de Carvalho e Cia. Ltda., CNPJ nº 00.279.525-0001-08), condenando-os, solidariamente, ao pagamento das quantias indicadas, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas quantias aos cofres da Fundação Nacional de Saúde - Funasa, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora devidos, a**

contar das datas especificadas até o seu efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Data de Ocorrência	Valor Histórico (R\$)
13/8/2004	62.650,28
24/9/2004	75.544,29
25/10/2004	106.465,55
19/11/2004	105.317,50
TOTAL	349.977,62

9.4. com fundamento no artigo 57 da Lei nº 8.443/1992 c/c o artigo 267 do Regimento Interno do TCU, aplicar multas individuais aos responsáveis, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal, nos termos do artigo 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU, o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do presente acórdão, até a data dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, 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 8.443/92, c/c o art. 219, inciso II, do Regimento Interno/TCU;

9.6. remeter cópia do presente acórdão, acompanhado de cópia do relatório e voto que o fundamentam, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba/PB, com vistas à adoção das ações cabíveis, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 209, § 6º, do Regimento Interno do Tribunal;

9.7. dar ciência do inteiro teor desta deliberação aos responsáveis e interessados.

## HISTÓRICO

2. Cuida-se de tomada de contas especial instaurada pela Coordenação Regional da Funasa no Estado da Paraíba – Core/PB, em face do Sr. Achilles Leal Filho, ex-prefeito do Município de Mulungu (PB), em razão de não execução do objeto pactuado por meio do Convênio 1250/2002 (Siafi 474305), destinado à instalação do sistema de esgotamento sanitário naquela localidade.

2.1. No âmbito deste Tribunal, a conclusão da Unidade Técnica foi no mesmo sentido do parecer do órgão de Controle Interno: pela glosa integral dos recursos federais transferidos, em virtude da impossibilidade de aproveitamento da parcela realizada das obras (9, 47%).

2.2. Além disso, os documentos encaminhados pelo Banco do Brasil revelaram-se hábeis para responsabilização da empresa executora do ajuste, Pereira de Carvalho & Cia, Ltda., que posteriormente alterou sua razão social para Espinheiro Locadora Ltda. ME, ora recorrente, alterando igualmente seu objeto social, de “construção de edifícios” para “aluguel de máquinas e equipamentos sem operador, exceto andaimes”.

2.3. Após as citações levadas a efeito, a Secex/PB efetuou minuciosa análise da defesa encaminhada pela empresa Espinheiro Locadora Ltda. ME, concluindo pela sua rejeição, diante da evidência de que foi cumprida parcela ínfima do objeto pactuado (9, 47%) frente aos recursos repassados, no valor de R\$ 349.977,62 (70% do total previsto para o convênio), mostrando-se as obras realizadas inservíveis para utilização futura pela comunidade.

2.4. Já o Sr. Achilles Leal Filho, ex-prefeito, mesmo ciente de sua convocação, não compareceu aos autos, fazendo operar contra si, portanto, os efeitos da revelia, a teor do art. 12, § 3º, da Lei nº 8.443/92, dando-se continuidade ao processo.

2.5. Dessa forma, diante do conjunto probatório reunido nos autos, o Tribunal julgou irregulares as contas dos responsáveis, bem como imputou-lhes débito solidário, além da apenação em multa individual, por meio do Acórdão ora vergastado.

2.6. Irresignada, a empresa recorrente, interpõe recurso de reconsideração (peça 151).

## EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2.7. O Ministro Relator, José Múcio Monteiro (peça 164), admitiu o recurso, nos termos propostos pela Serur (peça 160), suspendendo-se os itens 9.3, 9.4, e 9.5 do *decisum* recorrido, com posterior envio ao Ministério Público, para pronunciamento.

## EXAME DE MÉRITO

### 3. Delimitação

3.1. Constitui, objeto do presente recurso definir se:

- a) questão 1; ocorreu, na espécie, a prescrição da pretensão punitiva do TCU;
- b)
- c) questão 2: a expressa Espinheiro Locadora Ltda. pode ser responsabilizada pela inexecução do objeto do convênio;
- d) questão 3: a ação civil pública que tramita na 1ª Vara Federal do Estado da Paraíba constitui questão prejudicial ao andamento do presente processo.

3.2. Além disso, a empresa Espinheiro Locadora Ltda – ME trouxe argumentos a justificar o que o processo de dispensa de licitação para sua contratação, os quais não serão analisados, tendo em vista que a legalidade do ato não está sob análise no âmbito desta TCE, sendo objeto apenas de deliberação do Poder Judiciário, nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal na Paraíba, em 2/8/2004.

### 4. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU

4.1. Defende, à guisa de preliminar, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva desta Corte, em função de a tomada de contas especial ter sido instaurada 8 anos após a assinatura do Convênio (peça 151, p. 2).

- a) Assevera que, como em outros diplomas legais, a prescrição do procedimento administrativo ocorre em 5 (cinco) anos. Nesse sentido, menciona o Decreto 20.910/1932, os arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional, o art. 54 da Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), o art. 23 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Decreto-Lei 200/1967 e o art. 21 da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), todos estabelecendo direta ou indiretamente o prazo de cinco anos para propositura, instauração de procedimento ou direito de ação (peça 151, p. 2-3).
- b) Mobilizam doutrina de Hely Lopes Meirelles segundo o qual, na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular permanecer perpetuamente ao alvedrio do poder sancionador da Administração, defendendo o prazo de cinco anos para suprir essa omissão (peça 151, p. 3).
- c) Colaciona ainda julgado do STJ (Resp 758286/DF e Resp 75836/DF), para sustentar que inexistindo regra própria de ação punitiva da Administração, objetivando apurar infração funcional, deve ser considerado o prazo geral de prescrição administrativa de cinco anos (peça 151, p. 3).
- d) Socorre-se, ainda, da doutrina de Luis Roberto Barroso, para discorrer sobre o princípio da segurança nas relações jurídicas, como regra, sendo a imprescritibilidade situação excepcional (peça 151, p. 3). Mobiliza igualmente lição

de José Cretella Junior, para quem seria insustentável a tese da imprescritibilidade da sanção administrativa (peça 151, p. 3).

- e) Acosta igualmente jurisprudência do STF (MS 20.069) e do TRF 2ª Região (Remessa ex officio 88.333), para quem a regra no sistema jurídico é a da prescritibilidade.
- f) Afirma que, passados mais de cinco anos, a recorrente sequer dispõe em seus arquivos de documentos e memórias que contenham os elementos de composição dos custos da prestação do serviço conveniado, pois a obrigação de guarda seria de cinco anos, nos termos de jurisprudência pela recorrente mobilizada (TRF 2ª Região, AC 228400, TRF 5ª Região, AC 5134) (peça 151, p. 4-6).

Análise:

4.2. Não assiste razão à recorrente, uma vez copiosa jurisprudência desta Corte, assentada no âmbito de incidente de uniformização de jurisprudência, Acórdão TCU 2709/2008, do Tribunal Pleno, no sentido de que o art. 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao Erário são imprescritíveis, ressalvada a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial nos termos dos arts. 6º, I, e 19, caput, da IN TCU 71/2012, que sucedeu a então vigente IN TCU 56/2007, art. 5º, § 4º, a qual não se aplica a este caso, por se tratar de mera faculdade do TCU.

4.3. O Supremo Tribunal Federal - STF, no Mandado de Segurança 26.210/DF, enfrentou a tese da prescrição em processo de tomada de contas especial julgado pelo TCU, denegando a segurança por não vislumbrar direito líquido e certo apto a autorizar sua concessão, sob o argumento, entre outros, de que, sendo o processo de tomada de contas especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, a ele incidiria o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988

4.4. No tocante à imposição de multa, penalidade sujeita a eventual prazo prescricional, há três teses favoráveis: a) à imprescritibilidade, até que sobrevenha lei específica, b) à prescrição baseada no Código Civil e c) à prescrição quinquenal prevista em várias normas de direito público.

4.5. O tema está em discussão no TC 007.822/2005-4, com votos divergentes já proferidos. Enquanto não for firmada uma orientação predominante a respeito, considera-se apropriado examinar a matéria sob as três óticas.

4.6. Em se adotando a tese da imprescritibilidade enquanto não editada lei específica (conforme voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues no TC 021.540/2010-1), é de se concluir que a multa em exame foi validamente aplicada, não sendo pertinente o exame dos prazos e em que se deu o exercício do poder punitivo pelo TCU.

4.7. Por outro lado, caso se adote o regime prescricional previsto no Código Civil, segundo entendimento tradicional do TCU, observa-se que igualmente seria possível aplicar a sanção, por não se ter esgotado o prazo prescricional. No caso vertente, a irregularidade ensejadora da multa ocorreu em 19/11/2004 (peça 48, p. 5), com o último pagamento realizado pela Prefeitura.

4.8. A pretensão punitiva estaria prescrita em 19/11/2014, observando-se o prazo de dez anos previsto no art. 205 do Código Civil. A aplicação da multa ocorreu antes desse termo, haja vista que o acórdão sancionador foi proferido em 27/5/2014 (peça 12).

4.9. Por fim, cumpre analisar a incidência da prescrição quinquenal. A matéria foi debatida em representação formulada pela Consultoria Jurídica deste Tribunal, apreciada pelo Acórdão 1.314/2013-TCU-Plenário. Embora a representação não tenha sido conhecida, por falta de

requisitos de admissibilidade, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, deixou consignado no voto seu entendimento a respeito, assim sintetizado:

- a) é de cinco anos o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em sua Lei Orgânica, por semelhança ao que dispõem diversas normas de direito público;
- b) o termo inicial para a contagem do prazo deve ser a data em que os fatos tidos como irregulares tornaram-se conhecidos por este Tribunal, por analogia à Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa);
- c) a contagem do prazo interrompe-se com a citação ou audiência válidas, nos termos do art. 219 do CPC.

4.10. Adotando-se essa orientação, observa-se que a prescrição quinquenal não se operou no caso em exame. Esta Corte foi notificada oficialmente da constituição da tomada de contas especial em 3/12/2010, conforme ofício do Ministério da Saúde – Assessoria Especial de Controle Interno, acostado à peça 1. Na hipótese versada, a prescrição ocorreria em 3/12/2015. A sanção, como dito, foi aplicada em 27/5/2014, antes desse termo.

4.11. Rejeita-se, portanto, a preliminar suscitada.

**5.** Da análise de responsabilização da empresa Espinheiro Locadora Ltda. – ME

5.1. Defende que a decretação do Estado de Calamidade Pública pelo governo municipal, em virtude das fortes chuvas no Estado da Paraíba em 2004, justificou a contratação da recorrente por intermédio de processo de dispensa de licitação. Assevera ainda que boletins de medição demonstram a compatibilidade entre os recursos federais recebidos e as obras realizadas (peça 151, p. 6-10).

- a) Colaciona jurisprudência do TJDFT (Apel. 0019379.88) e do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado do RJ, para sustentar a desnecessidade de licitação nos casos de decretação de calamidade pública, afirmando não ter havido irregularidade na contratação da recorrente (peça 151, p. 7).
- b) Afirma que relatório de visita técnica elaborado pela Funasa em 4/1/2005, atestou que já haviam sido liberados 70% do valor do Convênio, porém teriam sido concluídos apenas 29,64% das obras (peça 151, p. 7).
- c) Entretanto, afirma que a defasagem entre a elaboração do projeto (2002) e a efetiva liberação dos recursos pela Funasa, dois anos após (2004), com um índice de reajuste acumulado pelo INCC para materiais e serviços da ordem de 33,22%, bem como o aumento do custo de mão-de-obra, além da modificação do plano de execução da obra, por parte da Prefeitura, implicaram em profundas modificações na execução das obras, alterações essas que inviabilizaram o cumprimento das metas inicialmente previstas e pelas quais a recorrente não poderia nem deveria responder (peça 151, p. 8).
- d) Corroborando esse fato, afirma a recorrente, a substituição das obras nas bacias 02 e 04, que se tornaram inexequíveis em virtude das chuvas, e que foram realizadas, por determinação da Prefeitura, nas bacias 03 e 05, alteração essa não aceita pela Funasa. Dessa forma, a contratada não poderia ser penalizada por alterações introduzidas pela Prefeitura e impugnadas pela Funasa, porquanto a primeira apenas cumpriu ordens da contratante (peça 151, p. 8).

- e) Afirma que efetivamente executou as obras previstas no contrato, que correspondem aos valores liberados pela Funasa, segundo comprovariam os boletins de medição expedidos pelo município (peça 137, p. 13-34), bem como teriam sido restituídos à Prefeitura vários materiais não utilizados, em razão da paralisação da obra, importando abatimento do valor (peça 151, p. 8).
- f) Mobiliza julgado do TJMG (Apelação Cível 1.0024.07.744080-8/004), o qual versaria sobre questão análoga, em que calamidade pública municipal obrigou a Prefeitura a tomar medidas que justificassem mudanças no cumprimento das obrigações pactuadas em convênio. Nesse sentido, reitera que a relação contratual da recorrente era com a Prefeitura e não com a Funasa (peça 151, p. 9).
- g) Afirma ainda que se foram realizadas as obras nas bacias 02 e 05, é impossível que a Funasa só tenha constatado a execução de apenas 29,64% do previsto, pois os boletins de medição atestariam uma execução física muito superior, e a compatibilidade entre o pagamento e as obras realizadas, não havendo indícios de enriquecimento ilícito da recorrente (peça 151, p. 9).
- h) Nesse sentido, afirma a culpa exclusiva da contratante para a paralisação das obras e da Funasa quanto à insuficiência dos recursos liberados (peça 151, p. 10).

Análise:

5.2. Em relação à alegada defasagem de preços entre a elaboração do projeto e a liberação de recursos pela Funasa, o que teria provocado um reajuste de 33,22% nos custos de execução, não há nos autos qualquer manifestação da recorrente alegando álea econômica extraordinária, o que suscitaria legitimamente uma revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o reajuste dos valores pactuados.

5.3. Desse modo, não há como reconhecer que a alteração de preços inicialmente estabelecidos afetou o orçamento da empresa executante, a ponto de comprometer a fiel execução das obras avençadas.

5.4. O que consta dos autos é Ofício da Prefeitura de Mulungu (peça 25), datado de 30/6/2004, dando conta do atraso na liberação da primeira parcela, por parte da Funasa, o que ensejou uma defasagem nos valores da ordem de 21,73%, com base no índice de variação de preços da construção civil, bem como aumento no preço do PVC da ordem de 24,75%, com base em estudo da Fundação Getúlio Vargas, o que ensejou solicitação de redução de metas, bem como substituição das Bacias 2 e 4 pelas Bacias 5 e 3, respectivamente, em função das inundações e tromba d'água, que redundaram em destruição de residências e rompimento da barragem de Camará, a jusante do Município de Alagoa Nova.

5.5. A alegação de modificação do plano inicial de execução da obra (peça 8), em virtude da decretação do estado de calamidade pública, deve ser cotejada com os elementos constantes dos autos que evidenciam o cumprimento ou não da repactuação solicitada.

5.6. Posteriormente, há ainda manifestação da Advocacia-geral da União (peça 44), de 23/11/2004, recomendando a não liberação de qualquer repasse financeiro referente ao Convênio 1250/2002, celebrado entre a Funasa e o Município de Mungulu (PB), uma vez que já havia suspeitas de irregularidades na execução do ajuste.

5.7. Nos relatórios de visita técnica que se sucederam, a partir do relatório da Funasa elaborado por engenheiro consultor da Unesco (peça 51), no Parecer 35/05 (peça 60) e do Parecer Técnico 026/06 (peça 75), constam as não conformidades identificadas, com a liberação de 70% do valores previstos e a conclusão física de percentual bastante inferior, de 29,64%.

5.8. Com relação à contestação desse percentual de 29,64% do previsto em contrato, atente-se inicialmente para o fato de que as glosas dos recursos executados para implementação do objeto conveniado foram feitas em razão da ausência de possibilidade de aproveitamento da parcela executada, em relação ao sistema de esgotamento sanitário, o que tornou o conjunto inservível para a população.

5.9. Essas irregularidades ficaram consignadas no referido Relatório de Visita Técnica da Funasa, emitido em 4/1/2005 (peça 51, p. 1-18), suportado por material fotográfico, e complementado pelo Parecer Técnico 26/2006 (peça 75, p. 1-14), de 20/2/2006, contendo as seguintes irregularidades:

- a) Paralisação dos serviços nas estações de tratamento de esgoto (ETE), sem a presença de qualquer funcionário, escavações abandonadas e sem sinalização;
- b) Início das obras pelo assentamento de coletores, ao invés do tratamento, contrariando as normas relativas a obras de esgotamento sanitário, que preconizam o início dos trabalhos de jusante para montante, da ETE à rede coletora;
- c) Falta de engenheiro fiscal, ou topógrafo ou técnico que respondesse pela obra na Prefeitura, bem como ausência de livro de ocorrências da obra.
- d) Divergências entre a execução da obra e o Plano de Trabalho proposto inicialmente, pois as obras deveriam atingir as bacias 2 e 4, quando estavam sendo executadas nas bacias 2 e 5, conforme comunicação da Prefeitura solicitando alteração devido ao rompimento da barragem de Câmara, no Município de Alagoa Nova.

5.10. No referido Parecer Técnico 26/2006 (peça 75, p. 1-14), a Funasa acabou reconhecendo, após vistoria *in loco*, a impossibilidade de execução dos serviços na bacia 4, em virtude de que a mesma deixou de existir após as inundações oriundas da Barragem de Camará. Contudo, asseverou que os custos para implantação da bacia 5 deveriam ser iguais àquelas da bacia 4.

5.11. Ressalte-se que a Prefeitura já havia solicitado, por intermédio do Ofício à peça 25, p. 1-4, a substituição das bacias 2 e 4 pelas 3 e 5, contudo não houve qualquer manifestação da Funasa autorizando a modificação, que o ocorreu por conta e risco do ente municipal e da empresa contratada.

5.12. Além disso, conforme se depreende da planilha à peça 75, p. 7 os custos da bacia 5 (R\$ 333.019,22) superavam em mais de 4 vezes os da bacia 4 (R\$ 88.979,36), tendo em vista a extensão da rede coletora, a quantidade dos poços de visita, e as ligações prediais. Tal fato, por si só, justificaria uma revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a recorrente, para que a bacia 5 fosse atendida em sua plenitude. Contudo, não houve manifestação nesse sentido, nem pela recorrente nem pela Prefeitura.

5.13. Não obstante, a referida empresa, ora recorrente poderia alternativamente alegar o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração e pleitear a rescisão amigável ou a rescisão judicial, nos termos dos arts. 78, XVI, e 79, II e III, da Lei 8.666/1993. Todavia, uma vez inerte nesse sentido, não poderia eximir-se da obrigação contratual de colocar em funcionamento o sistema de esgotamento sanitário, para que pudesse ao menos atender parcialmente aos domicílios da bacia 5 e aos da bacia 2.

5.14. Ainda assim, analisando o que havia sido realizado, a Funasa alertou, no parecer à peça 75, que os serviços executados deveriam ter sido iniciados de jusante para montante (ETE às ligações domiciliares), de modo que fosse executada apenas uma extensão de rede, em conjunto com ligações domiciliares, para que se totalizasse o montante estimado para a bacia 4.

5.15. Dessa forma, como a bacia 4 (substituída) não possuía quantitativo proporcional ao da bacia 5 (substituta), a Funasa afirmou que deveria ter sido dado ênfase apenas à parte desta última bacia, e à bacia 2, tendo em vista que os quantitativos da bacia 2 foram pouco executados e os da bacia 5 foram executados em mais de 50% do previsto.

5.16. Ainda assim, com todas as modificações havidas, não foram executadas as duas estações de tratamento de esgoto projetadas para as bacias 2 e 5, o que impossibilitou colocar-se em operação parte das redes coletoras executadas nestas bacias, tornando o sistema inservível para a população.

5.17. Além disso, a ausência de vários elementos, como caixas de inspeção e caixas de distribuição, falta de estrutura e de assentamento da tubulação, inviabilizaram o aproveitamento da parte da obra concluída.

5.18. As caixas de inspeção consistem em estruturas de alvenaria ou concreto, com tampa de concreto, destinadas à manutenção do sistema, facilitando o desentupimento. Além disso, como observado nas visitas *in loco*, realizadas pela Funasa, faltaram ser executadas ligações domiciliares em trechos das redes coletoras, já executados nas bacias 2 e 5.

5.19. Como bem consignado no Relatório do Acórdão recorrido (peça 141, p. 7, item 53), um sistema de esgotamento sanitário só pode ser considerado completo se incluir a etapa de tratamento, o que não ocorreu no presente caso, representando risco de contaminação do subsolo ou de alguma fonte hídrica localizada nas proximidades.

5.20. Assim, tem-se que os serviços não foram adequadamente executados pela recorrente, uma vez que, a ausência de alguns elementos constitutivos do sistema comprometeu o funcionamento da parte construída, motivo pelo qual não há como acolher os argumentos recursais.

## **6. A ação civil pública que tramita na 1ª Vara Federal do Estado da Paraíba constitui questão prejudicial ao andamento do presente processo**

6.1. Assevera tramitar na 1ª Vera Federal do Estado da Paraíba, Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal, cujo objeto é a apuração das mesmas irregularidades em apuração pelo TCU, e na qual a recorrente figura também no polo passivo da demanda (peça 151, p. 10-11).

- a) Afirma que o feito encontra-se em fase avançada, com audiência de instrução e julgamento realizada, bem como oitiva das partes e testemunhas, de modo que, visando evitar decisões conflitantes entre a esfera administrativa e judicial, tornar-se-ia necessária a suspensão do processo no TCU, para que se aguarde o julgamento definitivo do Poder Judiciário (peça 151, p. 10).
- b) Assevera que nosso sistema jurídico dá prevalência à atividade jurisdicional, em face das decisões administrativas, e acosta jurisprudência do STJ para sustentar sua posição (peça 151, p. 10).
- c) Acosta ainda julgado do Tribunal de Contas de Pernambuco, que não apreciou julgamento para imputação de débito em prestação de contas, em virtude de tramitação, na Justiça Federal, de Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, cumulada com Pedido Sucessivo de Perdas e Danos, contra o mesmo responsável, sob pena de proferir decisão em conflito com eventual decisão judicial (peça 151, p. 10-11).
- d) Requer, assim, a suspensão do presente feito, até o julgamento definitivo da referida ação de improbidade (peça 151, p. 11).

Análise:

6.2. Impende considerar que no ordenamento pátrio vigora o princípio da independência das instâncias, em razão da qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas – cível, criminal e administrativa. Dessa forma, o fato de tramitarem processos em esferas distintas não viola o princípio que veda o *bis in idem*, como se constata pelo teor dos artigos 935 do Código Civil, 66 do Código de Processo Penal, 126 da Lei 8.112/90 e 12 da Lei 8.429/1992:

6.3. O art. 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”.

6.4. O art. 66 do Código de Processo Penal 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.

6.5. Na mesma linha, segue o 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”.

6.6. E o art. 12 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece que “**independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica**, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:” (destaques acrescidos)

6.7. Esta Corte de Contas possui entendimento pacífico no sentido de que a tramitação de ações em outras esferas, com vistas à apuração de condutas antijurídicas, não configura dupla apenação (Acórdãos 40/2007-Plenário, 2.477/07-1ª Câmara e 1.234/08-2ª Câmara). Nesse sentido é excerto do voto condutor do Acórdão 654/1996-TCU-2ª Câmara, o qual afasta a possibilidade de *bis in idem*, mesmo que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial, concomitante à decisão deste Tribunal:

O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução (Enunciado da Súmula-TCU nº 128).

6.8. Consequentemente, também não há que se falar em litispendência, pois esta apenas se verificaria se houvesse reprodução de ação anteriormente ajuizada, caso em que teríamos a tríplice identidade, isto é, mesmas partes, pedido e causa de pedir. Nos processos perante o TCU não há que se falar em partes, nem mesmo há exercício de direito de ação em face do Estado-Juiz, razão pela qual impende concluir que a litispendência apenas pode ocorrer quando ambos os processos estão em curso perante o Poder Judiciário.

6.9. Certamente que os efeitos da coisa julgada incidem sobre as decisões de cunho político-administrativo, o que não se verifica nestes autos. Caso a decisão incidisse diretamente sobre eventual julgado do TCU, por exemplo em sede cautelar ou liminar, esta Corte não se furtaria ao cumprimento da sentença.

6.10. Cabe ainda esclarecer ao defendente, que o processo no âmbito desta Corte de Contas não tem natureza de processo administrativo, regido por normas próprias, mas sim de natureza político-constitucional, pois o Tribunal haure suas competências diretamente da Constituição da República, em especial no seu art. 71.

6.11. Dessa forma, não assiste razão à recorrente, nesta quadra.

## CONCLUSÃO



7. Das análises feitas, e não havendo elementos que permitam sanear a irregularidade atribuída às recorrentes, conclui-se que:

- a) Não se verificou a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do TCU;
- b) A expressa Espinheiro Locadora Ltda. pode ser responsabilizada pela inexecução do objeto do convênio, uma vez que não cumpriu seja com o pactuado originalmente, seja nos termos das modificações propostas pela Prefeitura, deixando o sistema inservível para uso da população;
- c) A ação civil pública que tramita na 1ª Vara Federal do Estado da Paraíba não constitui questão prejudicial ao andamento do presente processo

### **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 33 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos de reconsideração e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo os termos do Acórdão recorrido.
- b) dar conhecimento da decisão que vier a ser tomada aos responsáveis, à Procuradoria da República no Estado da Paraíba/PB e aos demais órgãos/entidades interessados. .

TCU/Secretaria de Recursos/4ª Diretoria,  
em 12/8/2014.

Jean Claude O'Donnell Braz Pereira  
Auditor(a) Federal de Controle Externo  
Matrícula 8183-3