GRUPO I - CLASSE I - Plenário
TC 017.489/2012-1 [Apenso: TC 032.121/2010-5]
Natureza: Recurso de Reconsideração Tomada de Contas Especial.
Recorrente: Waldemar Marinho Filho (424.924.164-53).
Representação legal: Paulo Ítalo de Oliveira Vilar (14.233/OAB-PB) e outros, representando Waldemar Marinho Filho.

SUMÁRIO: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO 153/2003. MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. PERFURAÇÃO E INSTALAÇÃO DE OITO POÇOS NO MUNICÍPIO DE VÁRZEA-PB. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA "DE FACHADA". FALTA DE NEXO ENTRE OS RECURSOS TRANSFERIDOS E OS GASTOS REALIZADOS. FRAUDE À LICITAÇÃO. DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DA EMPRESA. INABILITAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMA DO JULGADO. CONHECIMENTO E NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recurso de reconsideração interposto por Waldemar Marinho Filho (peças 174-179) contra o Acórdão 1.091/2018-TCU-Plenário.

2. A tomada de contas especial que deu origem a estes autos foi instaurada pelo Tribunal de Contas da União, com base em apurações iniciadas em representação formulada pelo Tribunal de Contas da Paraíba (TCE/PB), no âmbito do TC 032.121/2010-5, convertida nesta TCE por meio do 2.818/2012-TCU-Primeira Câmara.

3. Admitido o processamento do recurso, porquanto preenchidos os requisitos previstos nos arts. 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, conferi efeito suspensivo aos itens 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 e 9.8 do acórdão recorrido em relação ao recorrente (peça 184).

4. Instruído o presente feito, faço reproduzir, com os ajustes que julgo pertinentes, o exame técnico e o encaminhamento oferecidos pela Secretaria de Recursos deste Tribunal (peça 205), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peça 206) e do Ministério Público junto ao TCU (peça 208):

> "**INTRODUÇÃO**
>
> 1. Trata-se de recurso de reconsideração (peças 174-179) interposto por Waldemar Marinho Filho, ex-Prefeito, em oposição ao Acórdão 1.091/2018-TCU-Plenário (peça 101), da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido da seguinte forma, com destaque para os parágrafos alcançados pelo efeito suspensivo do recurso:
>
> '[...]
>
> 9.1. rejeitar as alegações de defesa apresentadas por Waldemar Marinho Filho e por José Ivaldo de Morais;
>
> 9.2. excluir Adriana Carvalho de Lucena e Elias da Mota Lopes da presente relação processual;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

9.3. considerar revéis Marcos Tadeu Silva e a empresa América Construções e Serviços Ltda., com fulcro no artigo 12, §3º, da Lei 8.443/1992;

9.4. julgar irregulares as contas de Waldemar Marinho Filho, José Ivaldo de Morais, Marcos Tadeu Silva e da empresa América Construções e Serviços Ltda., com fundamento nos artigos 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea 'd' e §2º, 19 e 23, inciso III, da Lei 8.443/1992, condenando-os, em solidariedade, ao pagamento das quantias abaixo descritas, com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (artigo 214, inciso III, alínea 'a', do RITCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas especificadas até a data do recolhimento, na forma da legislação em vigor:

Responsáveis	Valor original (R$)	Data da ocorrência
Waldemar Marinho Filho, José Ivaldo de Morais, Marcos Tadeu Silva e a empresa América Construções e Serviços Ltda.	**74.5000,00**	**17/2/2006**
Waldemar Marinho Filho, Marcos Tadeu Silva e a empresa América Construções e Serviços Ltda.	**74,500,00**	**17/3/2006**
	3.407,28	**30/3/2006**

9.5. aplicar aos responsáveis abaixo arrolados multas individuais, nos valores descritos, com base no artigo 57, da Lei 8.443/1992, com a fixação do prazo de quinze dias, a partir das notificações, para que comprovem, perante o TCU (artigo 214, inciso III, alínea 'a', do RITCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor:

Responsáveis	Valor da multa (R$)
Marcos Tadeu Silva	250.000,00
Waldemar Marinho Filho	**200.000,00**
América Construções e Serviços Ltda.	200.000,00
José Ivaldo de Morais	100.000,00

9.6. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações, com base no artigo 28, inciso II, da Lei 8.443/1992;

9.7. considerar graves as infrações cometidas por Waldemar Marinho Filho, José Ivaldo de Morais e Marcos Tadeu Silva;

9.8. inabilitar Waldemar Marinho Filho, José Ivaldo de Morais e Marcos Tadeu Silva para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo período que fixo em cinco anos, com base no artigo 60, da Lei 8.443/1992;

9.9. declarar a empresa América Construções e Serviços Ltda. inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por cinco anos, com fulcro no artigo 46, da Lei 8.443/1992;

9.10. dar ciência desta deliberação ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República na Paraíba, nos termos do artigo 16, §3º, da Lei 8.443/1992, ao Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB), e ao Ministério da Integração Nacional.

HISTÓRICO

2. A presente tomada de contas especial foi instaurada pelo Tribunal de Contas da União, com base em apurações iniciadas na representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba - TCE/PB, nos termos do que dispõe o art. 132, inciso IV, da Resolução TCU 191/2006 c/c o art. 237, inciso IV, do Regimento Interno do TCU.

3. A mencionada representação foi examinada por intermédio do TC 032.121/2010-5 (apenso), que

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

foi convertida nesta TCE, por força do Acórdão 2.818/2012-TCU-1ª Câmara, de 22/5/2012 (peça 1), o qual autorizou promover citação dos responsáveis.

4. A representação que originou essa TCE tratou das irregularidades no Convênio 153/2003 (peça 1, p. 34-42 - TC apenso), cujo objeto foi a perfuração e a instalação de 8 poços tubulares com rede adutora e sistema de armazenamento em várias localidades rurais do município de Várzea (PB).

5. Para a execução da obra objeto do referido convênio foi identificada a participação e contratação da empresa América Construções e Serviços Ltda. O Ministério Público Federal na Paraíba (MPF/PB) e a Polícia Federal concluíram que essa empresa é 'fantasma'; foi constituída por Marcos Tadeu Silva, em colaboração com outros partícipes, para fraudar licitações públicas e lesar o erário.

6. Diante disso, em face da autorização do Acórdão 2.818/2012-TCU-Primeira Câmara e com fundamento na instrução de mérito elaborada pela Secex/PB em 23/4/2012 (peça 67: réplica da peça 19 do processo de representação), promoveu-se a citação do recorrente, por intermédio do Ofício 1605/2013-TCU/Secex-PB, de 21/10/2013.

7. As alegações de defesa por ele apresentadas, na data de 18/11/2013, foram acostadas às peças 18-25 dos autos desta tomada de contas especial.

8. Entretanto, no âmbito desta TCE, o Despacho do Diretor, presente na peça 43, de 10/3/2014, indicou que as citações deveriam se basear no pronunciamento da unidade, de 8/5/2012 (peça 68: peça 20 do TC 032.121/2010-5, incorporada a esta TCE), que divergiu parcialmente da proposta de encaminhamento do auditor constante da referida instrução de mérito (peça 67 desta TCE - peça 19 do TC da representação).

9. Desse modo, o recorrente foi novamente citado, por meio do Ofício 0493/2014-TCU/Secex-PB, de 11/3/2014 (peça 44 - AR em 3/4/2014 - peça 60), em face da irregularidade transcrita a seguir:

Ato impugnado: fraude à licitação e contratação de empresa fantasma, inexistente de fato e sem condições de operacionalidade, com o claro intuito de desviar recursos públicos, obstando o estabelecimento do nexo de causalidade entre as verbas federais transferidas pelo Convênio 153/2003 (Siafi 501320) e as despesas efetuadas, sendo sua conduta determinante para a ocorrência da totalidade do dano ao Erário.

Dispositivos violados: Convênio 153/2003 (Siafi 501320); IN/STN 01/97 (arts. 20, 28, 30); Decreto 93872/1986 (art. 38); Decreto-Lei 200/67 (art. 93); Lei 8429/92 (arts. 3º e 10); Lei 8.443/1992 (art. 8º, 46); Lei 8666/1993; Constituição Federal (art. 70).

10. Em seguida, o ex-Prefeito ofereceu novas respostas, mediante as alegações de defesa entregues em 8/4/2014 (peças 54-56).

11. As referidas defesas (peças 18-25 e 54-56) foram examinadas na instrução de mérito constante da peça 72 destes autos. A conclusão foi no sentido de rejeitá-las, julgar irregulares as contas do recorrente, condená-lo em débito e aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992.

12. Por meio do parecer anexado aos autos na peça 74, o MP/TCU aquiesceu à proposta da Secex/PB e propôs que se acrescentasse a sanção prevista no art. 60 da Lei Orgânica do TCU (inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal), para o que expôs o seguinte, *in verbis*:

'11. (…) tendo em vista a extrema gravidade da fraude perpetrada na utilização dos recursos públicos, em todas as fases do processo - licitação, contratação, execução, pagamento e prestação de contas - considero pertinente aplicar aos agentes públicos envolvidos, Srs. Waldemar Marinho Filho e José Ivaldo de Morais (que posteriormente veio a ser prefeito da unidade federativa), a sanção prevista no art. 60 da Lei 8.443/92, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal. Observo que encaminhamento semelhante foi adotado para o ex-prefeito de Alagoa Nova/PB, por ocasião do Acórdão 758/2015-P, que o fez também para Marcos Tadeu Silva.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

12. Ressalto, em consequência, que, em relação aos dois responsáveis acima nomeados, restou caracterizada a má fé. Durante a execução do convênio ficou comprovado: a montagem do certame licitatório, com utilização de empresas fantasmas; a contratação de construtora incapaz de realizar os serviços; a contratação e pagamento de outra pessoa para realizar parcialmente o objeto, no caso José Ivaldo de Morais; o atesto e pagamento à América Construções e Serviços Ltda. por serviços não executados; e o recebimento da integralidade do objeto, ainda que parcialmente executado, com grandes alterações e supressões de serviços. Ademais, mesmo com a confissão de Marcos Tadeu Silva no âmbito do inquérito policial, de que havia um grande esquema montado com o propósito de fraudar licitações custeadas com recursos federais, os responsáveis continuaram sustentando a lisura na execução do convênio, apresentando informações inverídicas e documentos falsos ou adulterados.'

13. Esta Corte de Contas apreciou a matéria e concordou com as propostas de encaminhamento aduzidas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao TCU e salientou em sua análise o conteúdo de novos elementos consistentes no Inquérito Policial 32/2004 (peça 70), no qual Marcos Tadeu Silva confessou o esquema delituoso envolvendo a empresa América Construções e Serviços Ltda., bem como na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em decorrência do referido inquérito (peça 71). Dessa forma, proferiu o Acórdão 1.091/2018-TCU-Plenário (peça 101), na forma reproduzida no topo desta instrução.

14. O ex-Prefeito opôs embargos a essa deliberação (peça 126), já que alegou a existência de contradição no voto condutor do acórdão, porém tal argumento foi refutado pelo Acórdão 3.046/2019-TCU-Plenário (peça 150), que negou provimento ao apelo apresentado.

15. Ainda descontente, Waldemar interpôs o presente recurso de reconsideração, pelo qual intenta a exclusão da condenação que lhe foi sancionada, já que alega que a obra objeto do convênio 153/2003 foi regularmente executada.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

16. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade realizado pela Secretaria de Recursos (peça 182), ratificado pelo relator (peça 184), para conhecer do recurso de reconsideração (peças 174-179), com base no artigo 32, inciso I, e artigo 33 da Lei 8.443/92, c/c o art. 285 do Regimento Interno do TCU, suspendendo-se os efeitos referentes aos itens 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 e 9.8 do acórdão recorrido (peça 101).

EXAME DE MÉRITO

17. Delimitação

17.1. Constitui objeto deste recurso de reconsideração examinar se os argumentos e os elementos oferecidos pelo ex-Prefeito são capazes de reverter a deliberação, por meio da qual o Tribunal o condenou em débito, multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

17.2. Além disso, por força do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral), que fixou novo entendimento ao art. 37, §5°, da Constituição Federal, segundo o qual: 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas', analisa-se, de ofício, se ocorreu a prescrição na presente tomada de contas especial.

17.3. Os significativos impactos deste julgamento do STF justificam uma análise mais detalhada do tema, motivo pelo qual a prescrição, embora tenha caráter preliminar, será examinada ao final, de modo a abordar os vários aspectos envolvidos.

18. Responsabilização (peças 174-179)

18.1. O recorrente inicia sua argumentação afirmando que ele foi condenado 'exclusivamente em razão de suposta ausência de nexo de causalidade entre a execução da obra e as verbas federais'. (peça 174, p. 3).

18.2. Diz que o município de Várzea não tinha condições de executar a obra, por ser muito vultosa,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

razão pela qual contratou a empresa América Construções e Serviços Ltda., mediante processo licitatório avalizado pela comissão de licitação, não podendo, assim, ser responsabilizado por possíveis irregularidades envolvendo a empresa em outros certames.

18.3. Acrescenta que o fato de a referida empresa, considerada fantasma, ter sido a executora da obra não deve ser presumido objetivamente como irregularidade, já que a execução do convênio é fato incontroverso.

18.4. Waldemar reitera que não seria exigível conduta diversa de sua parte que não fosse a homologação (peça 174, p. 4-9), pois o procedimento licitatório que viabilizou a contratação da empresa América Construções e Serviços Ltda. cumpriu todas as exigências legais, tendo à frente comissão permanente de licitação 'atuante, idônea e diligente'.

18.5. Nesse sentido, assere que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou que não se pode atribuir responsabilização a prefeito que segue parecer técnico da equipe encarregada da verificação de licitações, conforme REsp. 997564/SP, já que isso não se coadunaria 'com os ditames da razoabilidade'.

18.6. Acentua que nessa mesma linha, em casos análogos, decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (peça 174, p. 7-9).

18.7. Sopesa também que, somente no ano de 2009, o Ministério Público Federal recomendou que a prefeitura se abstivesse de contratar empresas relacionadas na operação deflagrada pela Polícia Federal, por meio do Ofício 653/2009/MPF/PRM/CG/PB, o que o impossibilitaria detectar a existência da irregularidade relativa à empresa contratada.

18.8. O ex-Prefeito assevera que houve, sim, o nexo de causalidade, pois, conforme alega, confirmou-se que os documentos encaminhados atestavam a aplicação dos recursos no objeto do convênio e que houve o aproveitamento de cem por cento da obra.

18.9. Justifica que José Ivaldo Morais (técnico responsável pela execução da obra) recebeu o cheque 850001 da construtora América por ele estar - na época da execução - a serviço dela, o que também levou à emissão da ART - Anotação de Responsabilidade Técnica (peça 11, p. 9 - TC apenso) em seu nome. Assim, assevera que o município não realizou pagamentos a José Ivaldo.

18.10. Acrescenta que José Douglas Cavalcanti Amorim Soares era o engenheiro responsável por fiscalizar a obra e fazia parte dos quadros da prefeitura, motivo pelo qual foi emitida a ART (peça 18, p. 25), em que consta seu nome como profissional responsável.

18.11. Esclarece o recorrente que, quanto à extensão da adução no sítio Ipueiras de 819m, apenas houve troca de informações constantes da ficha técnica do sítio de Várzea II e que na época da inspeção realizada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB) ele não mais era o prefeito. O Secretário de infraestrutura da gestão sucessora (Francisco Azevedo de Sousa) levou os fiscais do TCE/PB a poços tubulares diferentes dos que deveriam ser vistoriados, já que o prefeito nessa época era seu rival.

18.12. Faz referência ao TC 010.328/2008-7, sobre o qual diz que o TCU reconheceu a execução integral do objeto e que nesse processo ficou 'comprovado o nexo de causalidade entre a liberação dos recursos e a aplicação dos mesmos, sobretudo pela fiscalização do órgão convenente, bem como pela ART de realização e de execução, além de documentação comprobatória, da época, em que a comunidade atesta a boa realização das obras'.

18.13. Assevera, finalmente, o ex-Prefeito que não houve malversação de recursos públicos e que os objetivos propostos foram alcançados, consoante previsto no plano de trabalho, não havendo, assim, prejuízo ao erário, razão por que pede o afastamento da imputação do débito e da multa, sob pena de enriquecimento ilícito da administração pública.

18.14. Para reforçar esse argumento, transcreve trechos de decisão do Superior Tribunal de Justiça, menciona julgados daquela Corte, além de se referir ao Acórdão 1.313/2009-TCU-Plenário (TC 002.856/2006-8), sobre os quais alega estar assente o entendimento de que 'ante a inexistência de comprovação de eventual dano ao erário, o seu ressarcimento implicará locupletamento indevido

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

por parte do Ente Público.' (peça 174, p. 12-14).

Análise:

18.15. O recorrente demonstra considerar de pouca relevância o fato de o Tribunal tê-lo condenado pela 'suposta' ausência de nexo de causalidade entre os recursos transferidos pelo convênio e as despesas realizadas.

18.16. Entretanto, tal ocorrência (inexistência de nexo de causalidade) é decisiva para o Tribunal julgar as contas dos jurisdicionados como irregulares e aplicar a condenação em débito, já que no controle externo é dever do gestor público comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos colocados à sua disposição.

18.17. Ademais, o ex-Prefeito afirma textualmente (peça 174, p. 3, item II) que o TCU o condenou 'exclusivamente' em razão disso. Essa assertiva não é verdadeira, pois, como visto, o próprio ofício de citação (peça 44, mencionado no parágrafo 9 desta instrução) informa da ocorrência de fraude à licitação e contratação de empresa fantasma para a execução da obra objeto do convênio.

18.18. Também não socorre Waldemar a afirmação de que contratou a empresa América Construções por conta de a obra ser 'muito vultosa' e que a contratação foi avalizada por comissão de licitação, pois, obviamente, não há proibição de contratar empresas, desde que de acordo com as normas aplicáveis. Além disso, ele homologou e adjudicou o certamente licitatório (peça 21, p. 26-27), não podendo, assim, se eximir de responsabilização dos procedimentos adotados pela comissão de licitação.

18.19. Do mesmo modo, não se pode acolher a arguição de que não constituiu irregularidade a contratação de empresa fantasma para realização da obra, por conta de o objeto do convênio ter sido executado. Isso porque a participação de uma empresa fantasma compromete por completo a lisura de todo o processo, sendo um dos principais causadores da impossibilidade de se estabelecer nexo causal para a devida comprovação do regular uso dos recursos públicos. Além do mais, não é fato incontroverso, como alega, que o convênio tenha sido executado.

18.20. Apresenta-se por demais frágil o argumento de que não se poderia adotar conduta diversa quanto aos procedimentos de homologação e adjudicação do objeto da licitação à empresa América Construções e Serviços Ltda., pois, como se tratava de uma empresa fictícia, ainda que o recorrente tenha agido de boa-fé, deveria ter adotado, nesta fase processual, o cuidado necessário para evitar tais procedimentos. É de ressaltar, de toda forma, que a seguir se efetivou a contratação, momento este que as circunstâncias para se constatar que se tratava de empresa fantasma naturalmente seriam mais perceptíveis.

18.21. Os exemplos oferecidos pelo recorrente de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região não podem ser aceitos para afastar a sua responsabilização nesta TCE, porque os fatos concretos demonstraram a não execução física do objeto do convênio, além da inexistência do nexo causal entre os recursos transferidos e sua efetiva aplicação. Assim, a tese defendida nas referidas deliberações não pode se sobrepor à realidade vista nestes autos.

18.22. A alegação de que somente em 2009 o Ministério Público Federal tenha alertado para que não se contratasse as empresas envolvidas na operação deflagrada pelo Polícia Federal é inaceitável, pois, pelo que se viu nos autos desta TCE, o esquema perpetrado por Marcos Tadeu Silva não deveria passar pelo crivo de um gestor probo e ciente do seu dever de bem aplicar os recursos públicos que lhe são confiados. Sobre esse ponto, por ser elucidativo, transcreve-se adiante trecho da instrução confeccionada pela Secex/PB (peça 72, p. 5-6):

'14. Essas evidências colhidas pela Polícia Federal e pelo MPF-PB são suficientes para confirmar que a Construtora Ipanema Ltda., CNPJ 04.202.582/0001-40, e a América Construções e Serviços Ltda. - ME, CNPJ 05.492.161/0001-63, foram meros instrumentos criados por Marcos Tadeu Silva, para fraudar licitações e desviar recursos públicos em conluio com os gestores públicos.

14.1. O conluio do agente público com Marcos Tadeu é necessário e decorrente da natureza das coisas. Se a empresa se resume a uma pasta com papéis, e se a negociação consistia no fornecimento desses papéis por Marcos Tadeu, para simular despesa pública, a obra não seria e não

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

foi executada pela 'empresa fantasma' e quem a contratou tinha pleno conhecimento dessa situação.

14.2. A sucessão de atos, desde a licitação à execução forjada do contrato, comprova que os gestores tinham ou deviam ter conhecimento, haja vista que simularam atos administrativos como se a empresa tivesse atuado no mundo físico, fato que sabiam não ocorreria desde o suposto chamamento para participar da licitação, assim como seria plenamente possível verificar a inexistência da empresa, principalmente durante a fiscalização do contrato.

14.3. É de presumir que Marcos Tadeu só participou das licitações cujo objetivo (previamente combinado) fosse a simulação ou a fraude, sendo uma empresa dele vencedora ou não. Como seu objeto de negócio era o fornecimento de papéis para a prática de fraude, não participaria de licitação regular, pois não tinha capacidade operacional. Ele próprio declara que recebia comissão apenas por participar de licitação, haja vista que contribuía com os seus documentos para a perpetração da fraude.

14.4. A simulação da despesa pelo gestor para efetuar saques na conta específica do convênio sem contrapartida em obras e serviços da contratada torna evidente a conivência do responsável pelo dano ao erário. Só dentro desse cenário é possível compreender por que, em geral, os saques na conta são superiores aos serviços encontrados quando das fiscalizações. O gestor probo não paga pelo que não recebeu.'

18.23. Diversamente do que afirma o recorrente, não se verificou o nexo causal entre os recursos repassados e as despesas realizadas, pois os documentos encaminhados para a prestação de contas (peça 11, p. 177-245 - TC apenso) foram examinados adequadamente pela Secex/PB, o que foi ratificado na análise deste recurso de reconsideração, como mostra o trecho a seguir transcrito da conclusão da instrução anexada à peça 72, p. 26-27:

'80.3. As inúmeras irregularidades na prestação de contas, desde a licitação, contrato, execução de despesas, corroboram o fato ineludível de que todo o processo foi montado, para simular a regularidade da despesa. Para resumir:

a) ata do Conselho Municipal de Desenvolvimento Rural Sustentável registra que os poços JÁ ESTAVAM PERFURADOS, antes da abertura das propostas do convite;

b) foi montada uma licitação na modalidade convite por ser mais fácil a operação, mesmo com um orçamento (R$ 154.500,00) superior ao cabível para a modalidade;

c) as primeiras medições excediam o valor contratual; elas foram refeitas depois que o repassador detectou a incompatibilidade;

d) o aditivo foi produzido, a posteriori, para justificar um desembolso maior do que o contrato;

e) o aditivo teria sido produzido após a expiração do contrato, conforme data nele registrada;

f) as primeiras e segundas medições não coincidem com os valores desembolsados;

g) o recebimento do objeto aconteceu em data anterior à conclusão dos serviços, pois é anterior ao aditivo;

h) ocorreu mudança do modo de captação de água com acréscimo de custo que não resultou em aditivo e em aumento no preço;

i) esse aumento de custo (16,1%) decorrente da alteração do modo de captação aproxima-se do lucro do empreendimento, o que, possivelmente, exclui a rentabilidade do contrato;

j) da parcela original de 800m de adução, apenas 439m foram executados, mas o responsável afirma que o aditivo foi firmado para elevar esse item para 1300m;

k) o aumento de 500m na adução deveria ter ocorrido em três poços (100m, 100m, 300m), mas prestou contas como se aumento tivesse ocorrido em um quarto poço, diferente dos três indicados no aditivo, e em vez de 500m, 815m;

l) na data da celebração do aditivo já tinham sido executados os 439m de adução, mesmo assim

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

ocorreu pagamento por serviço não executado;

m) para enganar o controle, o responsável adulterou ficha de outro poço, alterando dados para coincidir com as declarações falsas;'

18.24. As explicações aduzidas pelo recorrente acerca da participação de José Ivaldo Morais no recebimento do cheque da empresa contratada e de José Douglas Cavalcanti Amorim Soares na condição de profissional responsável por fiscalizar a obra também já foram objeto de análise pelo acórdão recorrido, que concluiu que havia muita desorganização e conflito de interesses na atuação desses profissionais, o que configurou mais procedimentos reprováveis no bojo deste processo já eivado de irregularidades.

18.25. A respeito da alegação de que apenas houve troca de informações da ficha técnica entre os sítios Ipueiras e Várzea II, o recorrente não apresentou nenhum documento que sustentasse tal assertiva. De toda forma, ainda que pertinente essa informação, ela não alteraria a conclusão final do acórdão impugnado, visto que não houve a comprovação de que o objeto do convênio tenha sido executado. Sobre este detalhe, a prestação de contas revelou-se por demais confusa e imprecisa, como se verificou na instrução de mérito (peça 72).

18.26. Sobre a referência feita ao TC 010.328/2008-7, viu-se que se trata de um processo de convênio firmado com a Fundação Nacional de Saúde para construção de módulos sanitários, mas que as circunstâncias em nada se assemelham à presente TCE. Portanto, essa razão recursal deve ser desconsiderada.

18.27. Por tudo que se expôs, rechaça-se categoricamente a afirmação de que não ocorreu malversação de recursos públicos e de que os objetivos propostos foram alcançados, pois o que se verificou nesta TCE foi exatamente o contrário, uma vez não comprovada a aplicação dos recursos transferidos na finalidade para a qual se destinou, além de não se ter revelado a execução física das obras.

18.28. Por fim, em consulta aos autos do TC 002.856/2006-8, exemplificado pelo recorrente, viu-se que ele se refere a circunstâncias absolutamente diferentes das constatadas nesta TCE, não havendo sequer por que comparar os dois casos. Do mesmo modo, a tese tratada pelo STJ na deliberação juntada ao recurso, segundo a qual 'ante inexistência de comprovação de eventual dano ao erário, o seu ressarcimento implicará no locupletamento indevido por parte do Ente Público', não se aplica ao presente caso, em face de toda a análise anteriormente empreendida.

19. Prescrição

19.1. O tema da prescrição assume particular relevância ante o julgamento, pelo STF, do RE 636.886 (tema 899 da repercussão geral). Pela jurisprudência até então vigente, a ação de ressarcimento era considerada imprescritível, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Todavia, no julgamento do RE 636.886 foi conferida nova interpretação a esse dispositivo, fixando-se a tese de que 'é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas'.

19.2. O Código Civil (adotado pelo Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário) e a Lei 9.873/1999 constituem as duas alternativas que, de forma mais consistente, polarizam os debates acerca do regime de prescrição a ser observado no processo de controle externo.

19.3. Nas situações em que a prescrição tenha ocorrido por algum dos dois regimes, a Serur tem proposto o sobrestamento do julgamento do recurso, notadamente porque o acórdão proferido no RE 636.886 ainda está sujeito a embargos declaratórios, sendo possível o esclarecimento de pontos importantes da decisão ou mesmo a modulação de seus efeitos, para preservar as ações de controle instauradas com base na jurisprudência até então vigente.

19.4. Já nas demais situações, em que a prescrição não se operou por nenhum dos dois regimes, é possível o imediato julgamento do recurso, pois o desfecho não se alterará qualquer que seja a premissa adotada (imprescritibilidade ou prescritibilidade, seja esta pelo Código Civil, seja pela Lei 9.873/1999).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

19.5. Na situação em exame não ocorreu a prescrição, por nenhum dos dois regimes, como demonstrado na sequência.

Análise da prescrição segundo os critérios do Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário

19.6. No que se refere à pretensão punitiva, o TCU tem tradicionalmente aplicado os critérios definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário, que, em incidente de uniformização de jurisprudência, orientou-se pela aplicação do Código Civil. Por este acórdão, em linhas gerais, a prescrição subordina-se ao prazo geral de dez anos (CC, art. 205), contado a partir da data da ocorrência do fato e interrompido pelo ato que ordenar a citação, a audiência ou a oitiva da parte.

19.7. Entre outras razões que justificaram a adoção desse critério destaca-se a de que o citado dispositivo constitui uma cláusula geral a ser empregada sempre que a pretensão for prescritível, mas a lei não estabelecer um prazo específico, como na hipótese.

19.8. Aplicando essas balizas ao caso em exame, verifica-se que a prescrição não ocorreu, pois o seu termo inicial se deu na data do último pagamento realizado (30/3/2006 - item 9.4 do acórdão recorrido), tendo sido o prazo interrompido pela citação do responsável ordenada em 2/10/2013 (peça 3, 'pronunciamento da unidade'), antes de decorrido o prazo decenal.

19.9. Dessa forma, como o acórdão impugnado (peça 101) data de 16/5/2018 (antes de ter transcorrido dez anos da data da interrupção - 2/10/2013), conclui-se não se ter operado a prescrição nos parâmetros definidos no Acórdão 1.441/2016-TCU-Plenário.

Análise da prescrição pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201)

19.10. Adotando-se as premissas fixadas na Lei 9.873/1999 ao caso em exame, e mesmo considerando-se o prazo geral, de cinco anos, observa-se que não teria ocorrido a prescrição. Para tanto, é preciso considerar os seguintes parâmetros:

a) Termo inicial:

19.11. A Lei 9.873/1999, art. 1º, parte final, traz previsão expressa a respeito do início do prazo em se tratando de infração de caráter permanente ou continuado. Nesta hipótese, a prescrição começa a correr não da data de cada fato, e sim 'do dia em que tiver cessado' a permanência ou a continuidade.

19.12. Na hipótese em exame, estão presentes os requisitos típicos de uma infração permanente, com pagamentos no período de 17/2/2006 a 30/3/2006 (item 9.4 do acórdão recorrido). Assim, há de se ter como termo inicial da prescrição a data do último pagamento realizado (30/3/2006).

b) Prazo:

19.13. A Lei 9.873/1999 apresenta um prazo geral, de cinco anos (art. 1º), e um prazo especial, previsto no art. 1º, § 2º, a saber: 'quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal'.

19.15. As irregularidades discutidas nesta TCE**:** fraude à licitação e contratação de empresa fantasma, inexistente de fato e sem condições de operacionalidade, com o claro intuito de desviar recursos públicos, podem ser tipificadas no art. 97, da Lei 8.666/1993:

'Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa'.

19.16. Considerando o disposto no art. 109, inciso III do Código Penal, mencionado ilícito penal prescreve em doze anos.

19.17. Não obstante, as causas interruptivas indicadas abaixo evidenciam que a prescrição não teria ocorrido mesmo que se aplicasse o prazo geral de cinco anos.

c) Interrupções por atos inequívocos de apuração dos fatos:

19.18. De acordo com a Lei 9.873/1999, a prescrição se interrompe 'por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato' (art. 2º, II), conforme a seguir:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

a) peça 1, p. 11-13 (TC apenso) - correspondência do TCE/PB à prefeitura de Várzea (PB) em que solicita providências acerca de inspeção a ser realizada sobre o assunto em comento, de 29/10/2008 e resposta da prefeitura, em 14/11/2008;

b) peça 1, p. 193 (TC apenso) - Aviso de recebimento do ofício remetido ao recorrente para que ele apresentasse defesa sobre o resultado constante do relatório da auditoria realizada, de 9/3/2009;

c) peça 1, p. 2 (TC apenso) - Acórdão AC1-TC - 1329/2010, de 9/9/2010 - deliberação do Tribunal de Contas da Paraíba - determinou remessa de documentos ao TCU, por se referir a obra realizada com recursos federais;

d) peça 6 (TC apenso) - instrução da Secex/PB em que propõe diligências à prefeitura de Várzea (PB), à empresa contratada, ao Banco do Brasil entre outras providências, de 13/4/2011;

e) peça 1 - Acórdão 2.818/2012-TCU-1ª Câmara, de 22/5/2012 - determinou conversão em TCE;

f) peça 74 - parecer do MP/TCU, de 3/8/2015;

g) peça 99 - novo pronunciamento da unidade (além do já realizado na peça 73), de 23/8/2016.

d) Interrupções pela citação dos responsáveis:

19.19. A prescrição também é interrompida 'pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital', nos termos do art. 2º, I, da Lei 9.873/1999. E, no regime dessa lei, a interrupção se dá pela citação propriamente dita, e não pelo despacho que a ordena. Com esse fundamento, houve a interrupção:

a) peça 10 - ofício de citação, de 21/10/2013 (AR em 1/11/2013 - peça 15);

b) peça 44 - ofício de citação, de 11/3/2014 (AR em 3/4/2014 - peça 60).

19.20. Cabe destacar, por oportuno, que, em se tratando de devedores solidários, a interrupção da prescrição feita a um prejudica aos demais. Incide, nesse caso, regra própria da teoria geral das obrigações, segundo a qual 'a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais' (art. 204, § 1º, do Código Civil). São consequências próprias da solidariedade (a exemplo da regra de que o credor pode demandar qualquer dos devedores, art. 275 do Código Civil), que não precisam ser repetidas em cada diploma legal específico.

e) Interrupção pela decisão condenatória recorrível:

19.21. Por fim, a prescrição também se interrompe 'pela decisão condenatória recorrível' (art. 2º, III, da Lei 9.873/1999). Com esse fundamento, houve a interrupção em 16/5/2018, data da sessão em que foi proferido o acórdão condenatório (peça 101). Essa interrupção é relevante, por estabelecer prazo para julgamento do recurso.

f) Prescrição intercorrente:

19.22. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, opera-se a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, aguardando 'julgamento ou despacho'.

19.23. Note-se que há uma correlação entre essa hipótese e as causas de interrupção da prescrição do art. 2º. Com efeito, uma vez interrompida a prescrição por alguma das hipóteses do art. 2º, o processo não pode ficar inativo, sem qualquer inovação processual relevante, por mais de três anos.

19.24. Trata-se de prazo específico, não se aplicando nem o prazo geral de cinco anos nem o prazo especial, da lei penal (§ 2º). A finalidade da prescrição intercorrente, com seu prazo próprio, é a de assegurar a eficiência e celeridade nas apurações administrativas. Seria contrário a essa finalidade a paralisação injustificada do processo por período maior que o triênio estabelecido para a hipótese.

19.25. A extrapolação do prazo de três anos, sem inovação relevante no processo, pode configurar negligência. Por isso, além de se operar a prescrição, deve-se promover a 'apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso'.

19.26. Em muitas situações o exame da prescrição intercorrente pode ficar prejudicado nos processos já em tramitação no TCU. Como a ação de ressarcimento era considerada imprescritível,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.

as peças que compõem a tomada de contas especial, elencadas no art. 10 da Instrução Normativa-TCU 71/2012, não contemplam informações pormenorizadas quanto ao andamento do processo na fase interna, o que pode prejudicar a análise de eventual paralisação por mais de três anos.

19.27. Assim, caso o tribunal venha a adotar a sistemática da Lei 9.873/1999 para aferir a prescrição, convém avaliar, oportunamente, a possibilidade de ajustes na IN-TCU 71/2012, para que as tomadas de contas especiais encaminhadas ao tribunal contenham informações sobre as interrupções ocorridas na fase interna do procedimento (como, por exemplo, declaração do órgão instaurador da TCE, de que o processo não ficou paralisado por mais de três anos, na forma do art. 1º, § 1º, da citada lei).

19.28. Especificamente quanto a esta TCE, as próprias causas de interrupção supramencionadas evidenciam que o processo teve andamento regular, sem verificação de nenhuma ocorrência de prescrição intercorrente.

CONCLUSÃO

20. Das análises anteriores, conclui-se que as razões recursais, bem como os documentos apresentados pelo recorrente não se mostraram suficientes para infirmar o acórdão impugnado.

21. Viu-se que os elementos entregues por meio deste recurso se limitaram ao nível argumentativo, o que se verificou frágil para as invalidar as evidências pelas quais se baseou o Tribunal para proferir a deliberação em debate.

22. Examinaram-se também os documentos adicionados aos argumentos apresentados no recurso (principalmente a peça 178), todavia a maior parte deles já se encontravam nos autos e não tiveram o poder de modificar o aresto recorrido.

23. A respeito da prescrição, conclui-se, como demonstrado no tópico 19 (e subitens) desta instrução, que ela não ocorreu, seja pelo critério do Acórdão 1.441/2016 seja pelo regime da Lei 9.873/1999 (MS 32.201).

24. Por essas razões, deve-se propor o não provimento deste recurso de reconsideração.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. Diante do exposto, eleva-se à consideração superior este exame do recurso de reconsideração interposto por Waldemar Marinho Filho em face do Acórdão 1.091/2018-TCU-Plenário, para propor, com base nos artigos 32, inciso I, e 33, da Lei 8.443/92, c/c o artigo 285 do RI/TCU:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) dar ciência ao responsável, aos interessados e à Procuradoria da República na Paraíba."

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 65537764.