



TC 008.636/2015-0

Tipo: Tomada de Contas Especial

Unidade jurisdicionada: Ministério do Turismo

Responsáveis: Ernane Soares Borba (CPF 004.556.364-00), ex-prefeito de Cortês/PE, ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. (CNPJ 09.343.747/0001-17); Bruno Leandro da Silva (CPF 069.467.914-36), Adjailson Benedito de Barros (CPF 071.178.884-74), Carlos Marques Ferreira Júnior (CPF 848.325.334-87)

Advogados constituídos nos autos: Luís Gallindo (OAB/PE 20.189), Raphael Parente Oliveira (OAB/PE 26.433) e Rodrigo da Silva Albuquerque (OAB 35.044)

Proposta: preliminar para descon sideração de personalidade jurídica e citação

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Turismo (MTur) contra o Sr. Ernane Soares Borba, prefeito do município de Cortês/PE no período 2005-2008, em razão da impugnação total das despesas do Convênio MTur/PM de Cortês – PE 180/2008 (Siafi 625908) (peça 1, p. 51-75), que tinha por objeto a realização da “Festa do Trabalhador de Cortês” no dia 24/5/2008, em razão da não comprovação da correta aplicação dos recursos transferidos.

HISTÓRICO

2. O convênio foi firmado em 21/5/2008 no valor de R\$ 110.000,00, sendo R\$ 100.000,00 à conta do concedente e R\$ 10.000,00 referentes à contrapartida do convenente. Teve vigência de 21/5/2008 a 5/9/2009. Os recursos foram liberados em 25/6/2008 por meio da Ordem Bancária 2008OB900502 (peça 1, p. 81).

3. A prestação de contas foi remetida em 26/12/2008 (peça 8, p. 4-55) e examinada por meio das Notas Técnicas 135/2010 (peça 1, p. 85-93), 215/2012 (peça 1, p. 103-9) e 38/2014 (peça 1, p. 119-29) e foi reprovada.

4. O fundamento para a instauração da tomada de contas especial apontado na Nota Técnica de Análise 38/2014 foi a indevida contratação direta da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. por inexigibilidade de licitação para as apresentações das bandas Trio da Huana (R\$ 60.000,00), Bonde do Maluco (R\$ 40.000,00) e Sonho de Verão (R\$ 10.000,00) (peça 1, p. 123).

5. Além disso, a Nota Técnica 215/2012 informa que as fotografias apresentadas pelo convenente para comprovar o evento apresentam indícios de fraude (peça 1, p. 105). Houve, inclusive, a instauração do Inquérito Policial 1085/2012-4 SR/DPF/PE pela Superintendência da Polícia Federal em Pernambuco (peça 1, p. 115).

6. Em 21/1/2014, a Nota Técnica de Análise 38/2014 reprovou a prestação de contas. Duas irregularidades foram apontadas: contratação da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda.



por inexigibilidade de licitação e contratação de artistas que apresentaram apenas cartas de exclusividade e não contratos registrados em cartório (p. 119-24).

7. Por meio do Ofício 163/2014/CGCV/SPOA/SE/MTur, de 22/1/2014 (peça 1, p. 135), o Ministério do Turismo notificou a Prefeitura e o ex-prefeito das ressalvas. Embora o ofício tenha sido recebido (peça 1, p. 137), o responsável não se pronunciou.

8. Diante do não saneamento das irregularidades apontadas e da não devolução dos recursos, instaurou-se a tomada de contas especial, cujo relatório de 498/2014 (peça 1, p. 149-55) concluiu que o prejuízo alcançou o valor total dos recursos repassados, imputando-se a responsabilidade ao Sr. Ernane Soares Borba, ex-prefeito, uma vez que foi o gestor do convênio.

9. O Relatório de Auditoria 340/2015 da Controladoria Geral da União também chegou às mesmas conclusões (peça 1, p. 173-5). Após serem emitidos o Certificado de Auditoria, o Parecer do Dirigente e o Pronunciamento Ministerial (peça 1, p. 177, 178 e 185), o processo foi remetido a este Tribunal.

10. O processo veio a esta secretaria, seus elementos foram examinados e se verificou que não havia nos autos nenhum documento relacionado à contratação da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. e aos pagamentos efetuados. A prestação de contas foi apresentada ao Ministério, mas não foi incluída nestes autos.

11. Assim, com o objetivo de definir a responsabilidade pelos atos de gestão inquinados e promover a adequada caracterização do débito e com fundamento nos arts. 10, § 1º, e 11 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 157 do RI/TCU, foi realizada diligência junto ao Ministério do Turismo para se obter os seguintes elementos:

a) inteiro teor da Prestação de Contas do Convênio MTur/PM de Cortês – PE nº 180/2008 (Siafi 625908 - Processo nº 72031.003000/2014-19) encaminhada pelo ex-prefeito de Cortês/PE, Sr. Ernane Soares Borba;

b) outras informações e/ou documentos que julgar cabíveis para a análise deste processo;

c) indicação formal de interlocutor que conheça do assunto para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, cargo, telefone e e-mail de contato.

12. O Ministério atendeu à diligência e encaminhou os documentos integrantes das peças 7 e 8.

13. O processo foi novamente instruído (peça 9), quando se identificaram irregularidades na execução do convênio e foi proposta a citação do ex-Prefeito e da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda..

EXAME TÉCNICO

14. A citação do Sr. Ernane Soares Borba foi efetivada por meio do Ofício 1274/2016-TCU/SECEX-SP, de 23/5/2016 (peça 13), com AR em 7/6/2016 (peça 16), tendo apresentado sua defesa em 1/7/2016 (peça 20).

15. A empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. não foi localizada no endereço indicado no cadastro da Receita Federal e os ofícios de citação 1275/2016-TCU/SECEX-SP e 1627/2016-TCU/SECEX-SP, de 23/5/2016 e 22/6/2016, respectivamente, foram devolvidos, constando nos ARs a informação “Ausente” (peças 15 e 23). Por essa razão, foi enviado o Ofício 2066/2016-TCU/SECEX-SP, de 8/8/2016, ao Sr. Emerson Bernardino de Sena, que constava como sócio administrador da empresa, e ele apresentou sua defesa em 1/9/2016 (peça 27).

16. A seguir será feita a análise das defesas apresentadas pelos responsáveis em relação a cada uma das irregularidades apuradas.



17. **Responsável: Ernane Soares Borba**

18. **Alegação preliminar**

18.1 Segundo o responsável, não haveria previsão legal de prazo prescricional para a atuação do Tribunal de Contas da União, devendo, por isso, ser aplicado por analogia o prazo quinquenal previsto nos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99, o que levaria à extinção deste processo.

18.2. **Análise**

18.2.1. As ações de ressarcimento ao Erário são imprescritíveis, conforme dispõe o art. 37, §5º da Constituição Federal. O que não é imprescritível são as sanções aplicáveis aos gestores de recursos públicos, tema que o Plenário do TCU, em 8/6/2016, teve a oportunidade de pacificar, ao julgar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência a respeito da prescrição da pretensão punitiva nesta Corte e proferiu o Acórdão 1441/2016, no qual ficou estabelecido que ela segue a regra do artigo 205 do Código Civil: dez anos após o fato (a liberação dos recursos), da seguinte forma:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Redator, em:

9.1. deixar assente que:

9.1.1. a pretensão punitiva do Tribunal de Contas da União subordina-se ao prazo geral de prescrição indicado no art. 205 do Código Civil [dez anos];

9.1.2. a prescrição a que se refere o subitem anterior é contada a partir da data de ocorrência da irregularidade sancionada, nos termos do art. 189 do Código Civil;

18.2.2. Assim, como os recursos do convênio foram liberados em 25/6/2008, não houve nem mesmo a prescrição da pretensão punitiva desta Corte.

19. **Exame do mérito da defesa**

20. **Irregularidades atribuídas ao ex-prefeito Ernane Soares Borba:**

20.1. Contratar sem licitação a empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. (CNPJ 09.343.747/0001-17), com base em cartas de exclusividade dos grupos musicais que se apresentariam na “Festa do Trabalhador de Cortês”, contrariando o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e o item 9.5.1 do Acórdão 96/2008-TCU-Plenário;

20.1.1. **Alegações de defesa**

20.1.1.1. O responsável não apresentou nenhuma alegação em relação a esta irregularidade.

20.1.2. **Análise**

20.1.2.1. A irregularidade não foi elidida.

20.1.2.2. A empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda., contratada para realizar o evento por meio da Inexigibilidade 004/2008, (peça 8, p. 33) apresentou apenas “cartas de exclusividade” dos artistas específicas para o local e data dos shows e não “contratos de exclusividade” registrados em cartório, que poderiam servir de fundamento para a inexigibilidade de licitação (peça 8, p. 48-50), o que está em desacordo com o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993 e com o Acórdão 96/2008-TCU-Plenário (sessão de 30/1/2008), que determinou ao Ministério do Turismo, dentre outras, a obrigatoriedade de adoção de algumas providências (indicadas abaixo) a serem tomadas pela Conveniente na execução de Convênio com recursos federais, as quais deveriam ser comprovadas quando da prestação de contas, sob pena de glosa dos valores envolvidos:

9.5.1. quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

9.5.1.1. deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;

9.5.1.2. o contrato deve ser publicado no Diário Oficial da União, no prazo de cinco dias, previsto no art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sob pena de glosa dos valores envolvidos.

20.1.2.3. O pressuposto, na forma determinada no Acórdão retrocitado, é que a inexigibilidade de licitação somente se aplica a artista ou banda e não a produtora de eventos e, portanto, a prefeitura deveria ter promovido o adequado certame licitatório, e não contratar diretamente a empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda.

20.2. Não comprovar a realização dos shows previstos para a “Festa do Trabalhador de Cortês” por meio de fotografias/filmagens ou materiais de repercussão pós-evento (publicação em jornais, revistas ou reportagens televisivas), contrariando o disposto na cláusula décima, parágrafo primeiro, alíneas “m”, “q” e “r”, do termo de convênio;

20.2.1. Alegações de defesa

20.2.1.1. Segundo o ex-prefeito, à época da celebração do convênio não havia nenhuma norma legal ou infralegal que exigisse a apresentação de fotografias e filmagens como único meio de prestação de contas. Portanto, ele não poderia ser compelido a atender tal exigência, principalmente muitos anos após a realização do evento. Somente a partir da entrada em vigor da Portaria 112/2012, do Ministério do Turismo, que se deu em 12/03/2012, é que se passou a exigir, na prestação de contas, a comprovação da execução do evento por meio de fotografias/filmagens.

20.2.1.2. Além disso, teria ocorrido uma forte enchente no Município de Cortês que inutilizou os documentos e fotografias concernentes ao convênio.

20.2.1.3. Alega também que não há qualquer prova nesta tomada de contas especial que demonstre a ocorrência de dano ao Erário nem qualquer ato ilícito por ele praticado, seja com dolo, seja com culpa.

20.2.1.4. Segundo ele, teria havido a devida comprovação física do "Festival do Trabalhador", existindo, apenas, meras falhas formais, que não legitimariam o ressarcimento integral dos valores repassados pelo Ministério do Turismo ao Município de Cortês, porque isso representaria enriquecimento ilícito da União, além de ser uma medida extremamente desproporcional.

20.2.2. Análise

20.2.2.1. O Plano de Trabalho do convênio (peça 1, p. 17) previa a contratação de três bandas: Trio da Huana (R\$ 60.000,00), Bonde do Maluco (R\$ 40.000,00) e Sonho de Verão (R\$ 10.000,00).

20.2.2.2. Para comprovar a execução física do objeto, o conveniente deveria apresentar a documentação requerida pelo concedente: fotografias ou filmagens do evento constando o nome do evento e da logomarca do MTur, bem como das atrações musicais que se apresentaram; declaração do conveniente atestando a realização do festival; declaração de autoridade local que não seja o conveniente atestando a realização do evento.

20.2.2.3. Ao examinar a prestação de contas enviada pelo ex-prefeito, o MTur constatou que as fotografias incluídas na documentação, destinadas a comprovar a realização dos shows, apresentavam indícios de fraude, evidenciando que os shows podem não ter sido realizados e a Superintendência da Polícia Federal em Pernambuco instaurou inquérito policial para apuração de possível crime. Questionado, o ex-prefeito alegou que havia contratado uma empresa para fotografar o evento, mas que uma enchente teria destruído sua sede, tornando impossível apresentar as fotos que comprovariam a realização do evento (peça 8, p. 91).

20.2.2.4. Não é verdade que a comprovação do cumprimento do objeto do convênio deveria ser feita, **obrigatoriamente**, por meio de fotos ou filmagens do evento, pois nos processos julgados pelo TCU vigoram os princípios da verdade material e do formalismo moderado.

20.2.2.5. O princípio da verdade material se traduz no sentido de que o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados. A autoridade administrativa competente não fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes ou interessados, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento. Conforme anotou o Ministro Benjamin Zymler em sua monografia “Processo Administrativo no Tribunal de Contas da União” (Prêmio Serzedello Corrêa 1996 – Monografias Vencedoras. Tribunal de Contas da União. Brasília-DF. 1997):

Em respeito ao princípio da verdade material, deve o processo do TCU estar aberto à juntada de documentos pelas partes, uma vez que poderão propiciar um exame mais detalhado do tema analisado. Dessa forma, o responsável ou o interessado, em expediente ao Relator, poderá solicitá-la em qualquer etapa do processo, desde sua constituição até o momento de inclusão em pauta.

Ao tomar conhecimento dos novos documentos apresentados, o Relator, se houver indícios de alterações que atinjam o mérito das questões tratadas, determinará o reexame da matéria.

20.2.2.6. Já o princípio do formalismo moderado, segundo a Prof. Odete Medauar (*in* Direito Administrativo Moderno. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203), quer dizer o seguinte:

O princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

20.2.2.7. O ex-prefeito poderia trazer, e o TCU poderia acolher, quaisquer elementos para suprir a ausência de fotos tiradas pela prefeitura, com fundamento nos princípios da verdade material e do formalismo moderado que o Tribunal adota em seus julgamentos. Ocorre que o ex-prefeito não apresentou nada que pudesse atestar a realização do evento com os recursos federais transferidos por meio do convênio aqui examinado e a irregularidade não foi elidida.

21. Irregularidade atribuída à empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda., contratada para trazer os artistas e executar a infraestrutura para os shows: receber da Prefeitura do Município de Cortês/PE recursos provenientes do Convênio MTur/PM de Cortês – PE 180/2008 (Siafi 625908), sem comprovar o efetivo cumprimento do objeto pactuado, em ofensa ao disposto no art. 30 da Instrução Normativa STN 1/1997.

21.1. Alegações de defesa

21.1.1. O Sr. Emerson Bernardino de Sena, que consta no sistema CPF do TCU como sócio administrador da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. (peça 24) declarou que não tem e nunca teve nenhum vínculo com a empresa; que desconhece totalmente a procedência do convênio aqui analisado e que nunca assinou nenhum contrato em nome dessa pessoa jurídica, bem como não participou de nenhuma licitação promovida por órgãos municipais, estaduais e federais, muito menos com a prefeitura de Cortês/PE.

21.1.2. Afirma que desconhece totalmente o endereço da empresa, assim como não tem nenhuma notícia de quem seja seu proprietário e que não era a primeira vez que ele recebia ofício de citação para se defender em tomada de contas especial perante o TCU, pois já havia sido citado em 22/1/2014 no TC 012.630/2013-6.

21.1.3. Para fundamentar sua alegação, juntou cópia dos Boletins de Ocorrência Policial 16E0183000403 e 14E0183000057 (peça 27, p. 3 e 32) registrados na Delegacia de Polícia de Painelas/PE por indícios de estelionato e, por fim, pede a exclusão de seu nome deste processo.

21.2. Análise

21.2.1. De fato, no TC 012.630/2013-6 foi proferido o Acórdão 5548/2014 – TCU – 2ª Câmara (sessão de 7/10/2014), que aprovou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa em vista dos indícios de fraude na designação dos seus sócios e mandou citar os sócios que haviam constituído a empresa em 2008, à época do evento que teria sido beneficiado pelo convênio aqui examinado.

21.2.2. Naquela sessão, o Tribunal entendeu que as informações colhidas pela Secex/PE, que havia instruído o processo, continham indícios de fraude na contratação da empresa para realizar o evento denominado “Festival da Arte e Cultura em Palmeirina/PE”.

21.2.3. De acordo com o seu cadastro na Receita Federal (peça 28), a empresa foi aberta em 29/1/2008, poucos meses antes da assinatura do convênio, em 21/5/2008.

21.2.4. Os sócios iniciais eram Bruno Leandro da Silva (CPF 069.467.914-36) e Adjailson Benedito Barros (CPF 071.178.884-74), ambos com 50% do capital social. Eles se retiraram da sociedade em 7/8/2008, aproximadamente sete meses depois da abertura da empresa, pouco depois do recebimento dos R\$ 100.000,00 do convênio, em 25/6/2008 (peça 1, p. 81). Passaram a fazer parte do quadro societário da empresa José Adalberto da Silva (CPF 085.150.394-27), sócio com 10% das cotas, e Emerson Bernardino de Sena (CPF 068.753.954-44), sócio administrador com 90% das cotas, conforme peça 28, sendo que este último afirma nunca ter feito parte da empresa e ter sido vítima de estelionatários que usaram seus documentos para colocá-lo como sócio da empresa.

21.2.5. Verifica-se, ainda, que a ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. foi aberta com um capital social de apenas R\$ 20.000,00 (peça 28), o que, em princípio, limita a responsabilidade patrimonial dos sócios a esse valor em caso de execução contra ela. Os sócios eram bastante jovens em 2008, na época da abertura e da contratação da empresa, tendo respectivamente, 24 e 20 anos (peça 8, p. 34), e foram representados o tempo todo perante a prefeitura por meio de um procurador nomeado por procuração pública com poderes amplos, Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior (CPF 848.325.334-87) (peça 8, p. 37). Foi o Sr. Carlos quem assinou o contrato (peça 8, p. 51-3).

21.2.6. Segundo consta no Relatório do TC 012.630/2013-6:

[...]

em caso semelhante, o representante da empresa à época, Sr. Adjailson Benedito Barros, foi arrolado como réu em ação de improbidade administrativa ajuizada pela Procuradoria da República em Pernambuco, conforme notícia obtida na internet à peça 20 (<http://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/3200785/mpf-pe-ajuiza-acao-de-improbidade-contra-prefeito-de-paudalho>). A ação de improbidade encontra-se na Justiça Federal de Pernambuco, sob o nº 0013179-34.2012.4.05.8300, e ainda não foi julgada, consoante peça 21. Na mencionada peça, pode-se verificar que, em sua defesa prévia, conforme relatou o juiz, o Sr. Adjailson Benedito Barros disse que nunca tinha sido sócio da empresa.

28. Por essas razões, vários são os indícios de que a ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. foi criada com o intuito de praticar irregularidades às custas de recursos públicos. Saliente-se que "indícios vários e coincidentes são prova" (RE n.68.006-MG), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal já mencionado no Acórdão TCU 1553/2011 - Plenário, até porque esse tipo de irregularidade se mostra de difícil comprovação por outros meios.

29. Nessas situações, consoante explicado detalhadamente no Acórdão 2147/2013 - Plenário, esta Corte pode aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, a fim de que os sócios, inclusive os sócios ocultos, respondam pessoalmente pelo prejuízo causado ao erário. Trago à colação, por oportuno, trechos dos fundamentos do referido Acórdão:

"29.4. Todos esses fatos sinalizam para a inexistência da empresa. Irregular ela é, pois não existe no endereço indicado nos cadastros fiscais; esse fato por si só já autoriza a despersonalização, haja vista que não há vestígio de sua existência. Se existiu no mundo real, além dos meros papéis de constituição, não mais tem existência concreta. A evaporação da empresa, impedindo que eventuais credores possam obter os créditos que tiverem, autoriza o alcance dos sócios.

29.5. O Código Civil (art. 50) prevê que em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

29.5.1. Nessa mesma linha é a orientação do Código de Defesa do Consumidor (art. 28), que admite desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

29.6. A jurisprudência dos tribunais judiciais é uníssona no sentido de que "o Juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros" (STJ, REsp 158.051/RJ). Também o TCU adota esse procedimento, quando verificado ao menos um dos requisitos para sua aplicação: fraude, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (Acórdãos 2.858/2008, 3.135/2006, 50/2002, Plenário).

29.7. A assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios é um princípio jurídico, mas não pode ser um tabu, a entrar a própria ação do Estado, na realização da perfeita e boa justiça, que outra não é a atitude do Juiz procurando esclarecer os fatos para ajustá-los ao direito (TJMT, Apelação Cível nº 9.342). Veja-se, a respeito, que o Supremo Tribunal Federal tem destacado, em suas decisões, a intercomunicação dos patrimônios das pessoas jurídicas e das pessoas físicas de seus sócios, sempre ressalvando, no entanto, que a responsabilidade desses passa a ser ilimitada nas hipóteses de conduta dolosa ou culposa, da violação de lei ou do contrato social, situações que possibilitam a despersonalização da personalidade jurídica."

30. Assim, cabe a aplicação da teoria da "desconsideração da pessoa jurídica", com fulcro no art. 50 do Código Civil, a fim de que os sócios da empresa à época dos fatos, Bruno Leandro da Silva, CPF 069.467.914-36, e Adjailson Benedito Barros, CPF 071.178.884-74, respondam pessoalmente pelo prejuízo causado.

31. Também deve responder pessoalmente pelo prejuízo causado o Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior, CPF 848.325.334-87, que praticou os principais atos da empresa perante a prefeitura, inclusive assinando o contrato e o recibo de R\$ 100.000,00, agindo, na verdade, como sócio de fato da empresa.

32. Por fim, embora exista entendimento no Tribunal de que, quando se acrescenta responsáveis solidários, não há necessidade de se fazer nova citação de quem já foi citado, entendo que o prefeito e a empresa devam ser citados novamente, haja vista a gravidade dos fatos, que denotam desvio de dinheiro e burla à licitação, e que eles podem servir de argumento para agravar suas penas e modificar o fundamento legal de sua condenação."

21.2.7. O Relator desse processo, Marcos Bemquerer, anotou o seguinte em seu Voto:

9. De acordo com os elementos coligidos aos autos, entendo que a deficiência e a incompletude de documentos oferecidos pelo ex-gestor na prestação de contas em conjunto com as declarações do Sr. Emerson Bernardino Sena e ainda com as demais circunstâncias mencionadas pela unidade técnica, acima sintetizadas, formam um plexo de indícios que possibilitam a esta Casa de Contas levantar o véu da personalidade jurídica (piercing the veil ou disregard doctrine) da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda.

10. É sabido que o Código Civil, no art. 50, permite a desconsideração, em "caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial", dos efeitos de certas e determinadas obrigações para que sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

11. Essa possibilidade normativa justifica-se porquanto as pessoas jurídicas têm autonomia patrimonial e por isso podem ser utilizadas como instrumento para realização de fraudes contra credores e abuso de direito. Nesses casos, explica Fábio Ulhoa Coelho, "a consideração da pessoa jurídica importa a impossibilidade de correção de fraude ou do abuso". Logo, complementa o autor, a desconsideração da personalidade jurídica legitima-se episodicamente como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito empresarial: direito de empresa, São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, 11. ed., p. 32).

12. Na hipótese dos autos, existem indícios de abuso da personalidade jurídica sob a modalidade do desvio de finalidade, uma vez que há, prima facie, sinais de que a empresa foi fundada para obter ganhos ilícitos por meio de contratos irregulares firmados com a Administração Pública. Essa afirmação tem supedâneo na falta de comprovação de que os serviços contratados foram efetivamente prestados e principalmente nos diversos fatos mencionados no item 7 acima.

13. Sobre a proposta de arrolar o Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior como sócio de fato, entendo que se afigura medida legalmente adequada, haja vista que esse responsável era quem praticava diversos atos da empresa junto ao Município de Palmeirina, especialmente a assinatura do contrato e a subscrição do recibo de R\$ 100.000,00.

14. De ressaltar que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica podem alcançar, além dos sócios de direito, os sócios de fato ou ocultos, conforme sobressai do magistério jurisprudencial desta Corte:

ACÓRDÃO 3.420/2013 - Plenário

"9.3. desconsiderar a personalidade jurídica da J. R. Projetos e Construções Ltda. (CNPJ: 04.828.552/0001-43); Jesus e Ribeiro Ltda. (CNPJ: 01.407.069/0001-05); JAF Construções e Comércio Ltda. (CNPJ: 03.488.716/0001-78), para que seus sócios de fato respondam, solidariamente com as respectivas empresas e com os agentes públicos envolvidos, pelo dano apontado em relação ao Contrato de Repasse 0159509-82, celebrado entre o Ministério das Cidades, por intermédio da Caixa Econômica Federal, e a Prefeitura Municipal de Conde/PB;"

ACÓRDÃO 4.703/2014 - 1ª Câmara

" SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA ENCAMINHADA AO TCU. (...) DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICAS EMPRESAS. COMUNICAÇÕES. APENSAMENTO.(...)

3. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não alcançam apenas os sócios de direito, mas também os sócios ocultos que, embora exerçam de fato o comando da pessoa jurídica, se escondem por trás de terceiros (laranjas) instituídos apenas formalmente como proprietários da empresa." (v. Boletim de Jurisprudência do TCU n. 53 relativo às sessões de 2 e 3 de setembro de 2014).

15. Acerca da hipótese de trazer à apreciação desta Câmara a proposta veiculada neste Acórdão - de citar os sócios de empresa responsáveis por abuso de direito na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica de empresa -, esta Corte já assentou que essa medida processual pode ser adotada por decisão monocrática do Relator ou por meio de decisão colegiada, conforme trecho do Voto que impulsionou o Acórdão n. 2.589/2010 - Plenário, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz:

"60. Não é demais lembrar que os relatores, se assim desejarem, poderão submeter à deliberação do colegiado eventuais propostas de citação de sócios-gerentes ou administradores que, observado o disposto no art. 50 do novo Código Civil, tenham concorrido para o cometimento de dano ao erário federal, a exemplo do que se verificou no caso emblemático do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TC-001.025/1998-8). Aliás, isso ocorre não apenas em determinadas

hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, mas também em alguns casos de citação de gestores em processos dotados de grande repercussão, seja sob o aspecto social ou financeiro, sempre a critério do relator.

61. Assim, creio que os Ministros desta casa detêm discernimento suficiente para avaliar - sopesando-se, entre outros, a relevância do processo - a pertinência de se submeter ao colegiado competente decisões de caráter interlocutório destinadas ao saneamento dos autos, das quais não se exclui o excepcional instituto processual em comento."

21.2.8. A Secex/PE destacou em sua instrução que, embora exista entendimento no Tribunal de que, quando se acrescenta responsáveis solidários, não há necessidade de se fazer nova citação de quem já foi citado, o prefeito e a empresa deveriam ser citados novamente, haja vista a gravidade dos fatos, que denotariam desvio de dinheiro e burla à licitação, e que eles podem servir de argumento para agravar suas penas e modificar o fundamento legal de sua condenação.

21.2.9. Todavia, o Tribunal, ao proferir o Acórdão 5548/2014 – TCU – 2ª Câmara, acolheu, com ajustes a proposta da Secex/PE nos seguintes termos:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. desconsiderar a personalidade jurídica da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda., CNPJ 09.343.747/0001-17, para que seus sócios de direito à época dos fatos, Srs. Bruno Leandro da Silva, CPF 069.467.914-36, e Adjailson Benedito Barros, CPF 071.178.884-74, e seu sócio de fato, Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior, CPF 848.325.334-87, respondam em solidariedade com o Sr. Severino Eudson Catão Ferreira, CPF 303.422.524-53, pelo dano apurado nestas contas especiais;

9.2. citar os responsáveis abaixo indicados, com base nos arts. 10, § 1º, e 12, inciso II, e 16, § 2º, b, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, inciso II, e 209, § 5º, inciso II, e § 6º, do Regimento Interno/TCU (Resolução/TCU 246/2011), para que, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento deste Acórdão, apresentem alegações de defesa e/ou recolham, solidariamente, aos cofres do Tesouro Nacional, a quantia de R\$ 100.000,00, atualizada monetariamente a partir de 12/08/2008 até o efetivo recolhimento:

9.2.1. Sr. Severino Eudson Catão Ferreira, CPF 303.422.524-53, ex-prefeito do município de Palmeirina/PE, pela não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, com infração ao art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, bem como à Cláusula Terceira, item II, letra a do Convênio 429/2008;

9.2.2. ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda., CNPJ 09.343.747/0001-17; Srs. Bruno Leandro da Silva, CPF 069.467.914-36; Adjailson Benedito Barros, CPF 071.178.884-74, sócios de direito da referida empresa à época dos fatos; e Sr. Carlos Marques Ferreira Júnior, CPF 848.325.334-87, sócio de fato, por terem sido beneficiários dos recursos do Convênio 429/2008, sem que ficasse comprovada a prestação dos serviços e o pagamento dos cachês estabelecidos às bandas contratadas;

9.3. promover a audiência, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV, do Regimento Interno/TCU, do Sr. Severino Eudson Catão Ferreira, para que apresente suas razões de justificativa, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento deste Acórdão, sobre a contratação da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. por inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei para tanto;

21.2.10. Como se pode observar, a nova citação do ex-prefeito foi feita:

pela não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, com infração ao art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, bem como à Cláusula Terceira, item II, letra a do Convênio 429/2008.

21.2.11. No caso presente, o ex-prefeito de Cortês/PE havia sido citado por não haver comprovado a realização do evento e ter contratado a empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. sem



licitação. Assim, não é necessário realizar nova citação do ex-prefeito, visto que as irregularidades que lhe foram imputadas são graves, específicas e abrangem a situação verificada no TC 012.630/2013-6.

CONCLUSÃO

22. Os elementos constantes dos autos demonstram que os recursos do convênio foram repassados e utilizados pela prefeitura de Cortês na gestão do ex-prefeito Ernane Soares Borba, e, na forma dos arts. 10, § 1º, e 12, incisos I e II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, incisos I e II, do RI/TCU, foi possível definir sua responsabilidade, pois tinha o dever de apresentar a prestação de contas e sanar eventuais irregularidades e controlar os atos praticados na execução do convênio na forma ajustada, devendo zelar pela observância da Lei 8.666/1993 e das cláusulas do Termo de Convênio (itens 18-21 desta instrução).

23. Sua defesa foi apresentada e analisada nesta instrução. Todavia, em vista das informações trazidas pelo Sr. Emerson Bernardino de Sena, citado como sócio administrador da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda., será proposta a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e citar seus sócios à época da vigência do convênio aqui examinado. Por essa razão, deixa-se de propor, neste momento, decisão de mérito em relação ao ex-prefeito. O pronunciamento final desta Secex/SP será feito quando se tiver recebido as defesas dos sócios daquela empresa.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

24. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) desconsiderar a personalidade jurídica da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. (CNPJ 09.343.747/0001-17) para que seus sócios de direito à época dos fatos, Srs. Bruno Leandro da Silva (CPF 069.467.914-36) e Adjailson Benedito Barros (CPF 071.178.884-74), e seu sócio de fato, Carlos Marques Ferreira Júnior (CPF 848.325.334-87), respondam em solidariedade com o Sr. Ernane Soares Borba (CPF 004.556.364-00), ex-prefeito de Cortês/PE, pelo dano apurado nestas contas especiais;

b) citar os responsáveis abaixo indicados, com base nos arts. 10, § 1º, e 12, inciso II, e 16, § 2º, b, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 202, inciso II, e 209, § 5º, inciso II, e § 6º, do Regimento Interno/TCU (Resolução/TCU 246/2011), para que, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento deste Acórdão, apresentem alegações de defesa e/ou recolham, solidariamente, aos cofres do Tesouro Nacional, a quantia de R\$ 100.000,00, atualizada monetariamente a partir de 25/6/2008 até o efetivo recolhimento:

b.1) Bruno Leandro da Silva (CPF 069.467.914-36); Adjailson Benedito de Barros (CPF 071.178.884-74), sócios de direito da empresa ABB L. Promoções de Espetáculos Ltda. à época dos fatos; e Carlos Marques Ferreira Júnior (CPF 848.325.334-87), sócio de fato, por terem sido beneficiários dos recursos do Convênio MTur/PM de Cortês – PE 180/2008 (Siafi 625908), sem que ficasse comprovada a prestação dos serviços e o pagamento dos cachês estabelecidos às bandas contratadas;

c) encaminhar, anexo aos ofícios de citação, cópia do Acórdão que vier a ser proferido, acompanhado do Relatório e do Voto que o fundamentarem, aos responsáveis arrolados.

Secex/SP, em 28/9/2016.

(Assinado eletronicamente)

SERGIO FREITAS DE ALMEIDA

AUFC – Mat. 2715-4