

TC 002.099/2014-4

Tipo: Recurso de reconsideração em tomada de contas especial.

Unidade: Prefeitura Municipal de Ararendá - CE.

Recorrente: Antônio de Azevedo Martins Filho (CPF 807.327.983-53).

Advogado: Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior, OAB/SP 329.848 e OAB/CE 33.249-A (peça 49, p. 1).

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Tomada de contas especial. Convênio. Funasa/CE. Construção de sistema de abastecimento de água. Inexistência de nexo de causalidade entre os recursos federais repassados e a execução do objeto do convênio. Fraude a procedimento licitatório. Empresas de fachada. Declaração de inidoneidade para contratar com a administração federal. Inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na Administração Federal. Contas irregulares. Débito. Multa. Recurso de reconsideração. Extinção da personalidade jurídica da empresa contratada. Exclusão da relação processual. Responsabilidade do ex-sócio, definida no distrato social, pelo passivo superveniente da pessoa jurídica extinta. Não provimento.

INTRODUÇÃO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Antônio de Azevedo Martins Filho, ex-sócio da Construtora Gaivota Ltda. [peça 73], contra o Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro André Luís de Carvalho, transcrito na íntegra abaixo [peça 54]:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pela Superintendência Estadual da Fundação Nacional da Saúde no Ceará – Funasa/CE em desfavor da Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão, ex-prefeita de Ararendá/CE (gestão: 2005-2008), diante do não cumprimento do Convênio nº 459/2006 celebrado entre a Funasa e o aludido município para a construção de um sistema de abastecimento de água;

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

9.1. rejeitar as alegações de defesa e as razões de justificativa apresentadas pela Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão;

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pela Construtora Gaivota Ltda.;

9.3. julgar irregulares as contas da Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, alíneas “b” e “c”, 19 e 23, III, da Lei nº 8.443, de 1992, e nos arts. 1º, I, 209, III, 210 e 214, III, do RITCU, para condená-la, solidariamente com a Construtora Gaivota Ltda., ao pagamento

das quantias a seguir especificadas, abatendo-se o recolhimento já realizado, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados desde as datas indicadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas importâncias aos cofres da Fundação Nacional da Saúde, nos termos do art. 23, III, alínea “a”, da citada lei e do art. 214, III, alínea “a”, do RITCU:

Data	Valor (R\$)	D/C
24/11/2006	52.000,00	D
27/12/2006	52.000,00	D
23/10/2007	26.000,00	D
10/12/2008	1.797,20	C

9.4. aplicar à Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão e à Construtora Gaivota Ltda., individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.5. aplicar à Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar, caso requerido, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.443, de 1992, e do art. 217 do RITCU, o parcelamento das dívidas constantes deste Acórdão em até 36 (trinta e seis) parcelas, atualizadas monetariamente até a data do efetivo pagamento, esclarecendo às responsáveis que a falta de pagamento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor (art. 217, § 2º, do RITCU), sem prejuízo das demais medidas legais;

9.7. autorizar, desde logo, a cobrança judicial das dívidas constantes deste Acórdão, caso não atendidas as notificações, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei nº 8.443, de 1992;

9.8. considerar graves as infrações cometidas e, com fundamento no art. 60 da Lei nº 8.443, de 1992, inabilitar a Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal pelo período de 7 (sete) anos;

9.9. declarar a inidoneidade da Construtora Gaivota Ltda. e da MA Engenharia Ltda. para participarem, por 4 (quatro) anos, de licitação na administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992;

9.10. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e do Voto que o fundamenta, ao:

9.10.1. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, para a adoção das medidas necessárias à inabilitação prevista no item 9.8 deste Acórdão;

9.10.2. ao Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, para a inscrição das empresas indicadas no item 9.8 deste Acórdão junto ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, criado por meio da Portaria CGU nº 516, de 15 de março de 2010, e junto ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, de que trata o art. 22 da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

9.10.3. à Procuradoria da República no Estado do Ceará, com fundamento no art. 16, § 3º, da Lei nº 8.443, de 1992, para a adoção das medidas judiciais cabíveis; e

9.11. encaminhar cópia integral dos autos à Superintendência da Polícia Federal no Estado do Ceará, em referência à solicitação encaminhada originalmente à CGU para a inicial realização de auditoria no Convênio nº 459/2006.

HISTÓRICO

2. Esta tomada de contas especial foi instaurada pela Superintendência Estadual da Fundação Nacional da Saúde no Ceará/Ministério da Saúde, em desfavor de Tânia Paiva Nibon Mourão, ex-prefeita do município de Ararendá/CE (gestão 2005-2008), em razão da não consecução dos objetivos pactuados do Convênio 459/2006 [Siafi 571931], celebrado com a referida municipalidade, que teve como objetivo a execução de sistema de abastecimento de água nas localidades de Santana e Angola [peça 1, p. 9, 11 e 29 e peça 3, p. 204/214].
3. O convênio previa R\$ 130.000,00 de recursos federais e R\$ 9.185,45 de contrapartida do conveniente, vigendo entre 20/6/2006 e 18/10/2008 [peça 1, p. 9/11, 29, 93/100, 105/107, 143 e 189].
4. Diante da prestação de contas final [peça 2, p. 14-133], a Funasa concluiu que a obra foi parcialmente executada e o objetivo do convênio não foi atingido, porque a comunidade estava recebendo água sem o tratamento adequado. A Funasa também constatou que os documentos de propriedade do imóvel não satisfaziam os requisitos dos arts. 173 e 176, da Lei 6.015/1973 e art. 2º, incisos VIII e IX, da IN/STN Nº 01/97 [Pareceres 165/2013 e 292/2012, peça 2, p. 345-349 e peça 3, p. 170/174; e Parecer de vistoria *in loco*, de 15/5/2012, peça 2, p. 295/311].
5. O tomador de contas apontou prejuízo no valor de R\$ 128.260,25, entendimento que foi ratificado pela Controladoria Geral da União - CGU, com o conhecimento ministerial [peça 3, p. 204/214 e 234/240].
6. Citados no âmbito do TCU, a ex-prefeita Tânia Paiva Nibon Mourão e Antônio de Azevedo Martins Filho, responsável pelos ativos e passivos supervenientes da Construtora Gaivota, solicitaram dilação de prazo para suas defesas [peças 14, 18, 28/33, 34, 36 e 38].
7. Devidamente autorizado pelo Relator original, prorrogou-se o prazo com a posterior apresentação das defesas [peças 44 e 46/48].
8. A Construtora MA Engenharia Ltda. foi chamada em oitiva para se manifestar sobre os indícios de fraude à licitação, mas, diante de sua revelia, deu-se prosseguimento ao feito [peças 16, 20 e 25/26].
9. Em seguida, a unidade técnica propôs o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, bem como a declaração da inidoneidade da Construtora MA Engenharia Ltda., para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal [peças 50/52].
10. O Ministério Público/TCU, o Relator original e o Tribunal anuíram, em essência, àquela proposta, com o acréscimo da inabilitação da ex-prefeita, por sete anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração federal [Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário, peças 53/56].
11. Passa à análise do recurso de reconsideração.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

12. No exame de admissibilidade do recurso, esta Serur propôs o não conhecimento do apelo, visto que nenhum item do acórdão impugnado impingiu qualquer sucumbência, sanção ou prejuízo a Antônio de Azevedo Martins Filho. A relação processual ocorreu entre a pessoa jurídica Construtora Gaivota Ltda. e o Tribunal. Ausente, portanto, a sucumbência do recorrente, não haveria interesse ou legitimidade recursal [peças 77/79].
13. O Ministro-Relator Aroldo Cedraz, após a manifestação do MP/TCU, admitiu o recurso de reconsideração, reconhecendo, nos fundamentos da decisão atacada, a sucumbência de Antônio de Azevedo Martins Filho, ex-sócio e responsável pelos passivos supervenientes da Construtora Gaivota, extinta em 2009 [peças 81/83].

EXAME DE MÉRITO

14. Delimitação:

14.1 Constitui objeto desta análise verificar a responsabilidade da Construtora Gaivota Ltda. e de Antônio de Azevedo Martins Filho nestes autos.

Argumentos

15 O recorrente informa que a gerência, administração e a representação da Construtora Gaivota Ltda. cabiam única e exclusivamente ao sócio administrador Marcos Alberto Martins Torres, o qual recebia pró-labore mensal, nos termos das cláusulas 11ª a 13ª do contrato social [peça 73, p. 5 e 17/19].

16. Esclarece que a condição de administrador de Marcos Alberto Martins Torres resta comprovada em várias passagens deste processo, a exemplo da assinatura de contratos e de cheques em nome da construtora [peça 73, p. 5, 13, 16/17 e 20].

17. Sustenta que o sócio administrador da construtora deve responder pessoalmente, por culpa ou dolo, pelos ilícitos praticados no desempenho de sua função em nome da empresa e no descumprimento aos deveres inerentes ao seu cargo, conforme os Acórdãos 2.763/2011-TCU-Plenário (relator Augusto Sherman) e 6.774/2014-TCU-2ª Câmara (relator José Jorge), a deliberação da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC 264237 RJ (relator OG Fernandes), a doutrina, a Constituição Federal (arts 70, parágrafo único, e 71, inciso II), o Código Civil (artigos 1.011 e 1.016) e a Lei de Licitações (art. 87) [peça 73, p. 3/5 e 7/16].

18. Entende que a extinção da sociedade em 2009 impede a responsabilização da construtora por multas ou sanções pecuniárias, haja vista a liquidação prévia do seu patrimônio [peça 73, p. 14].

19. Assevera que era jovem universitário quando ingressou no quadro societário da construtora, para atender ao pedido de seu tio, Marcos Alberto Martins Torres, o qual necessitava de um sócio formal para constituir a referida sociedade. Esclarece que na época da formação da sociedade, em 1999, inexistia a figura da empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI [peça 73, p. 4 e 18/19].

20. Alega que nunca teve poder de administração, representação ou ingerência sobre as atividades da empresa e nem auferiu proveito econômico, a partir da sua condição formal de sócio [peça 73, p. 4/6 e 19].

21. Afirma que não detinha conhecimento algum sobre o real nível de adequação da execução da obra, uma vez que era mero sócio formal da empresa [peça 73, p. 4 e 19].

22. Informa que foi incluído no polo passivo após a apresentação, pelo sócio administrador, do termo de distrato da sociedade. Esclarece que a finalidade da exibição do documento era de, exclusivamente, comprovar que a sociedade havia sido dissolvida em 2009 [peça 73, p. 5, 18 e 21].

23. Ressalta que o sócio administrador, em alegações de defesa, sequer perquiriu sua exclusão do polo passivo ou atribuiu ao recorrente qualquer responsabilidade. Mas, por entendimento equivocado, o Tribunal substituiu o sócio administrador pelo recorrente na responsabilização destes autos [peça 73, p. 5/6 e 21].

24. Alega que o distrato social da construtora não lhe imputou responsabilidade por atos ilícitos cometidos exclusivamente pelo antigo sócio administrador da sociedade, o qual detinha unicamente para si o direito de assinar documentos e demais atribuições de gestor [peça 73, p. 3/4].

25. Aponta que o termo “passivo” do distrato refere-se às obrigações decorrentes da atuação regular da empresa no exercício da sua atividade econômica, de natureza comercial e/ou financeira (ex.: salários a pagar, duplicatas a pagar, aluguéis a pagar, encargos sociais, juros e impostos a pagar).

O termo “passivo” não diz respeito a eventuais reparações decorrentes de ilícitos praticados pelo sócio administrador em nome da empresa [peça 173, p. 3, 5 e 20/21].

26. Afirma que foi compelido a assinar o distrato, na forma redigida pelo sócio administrador, para sair do quadro societário da empresa e dar baixa à pessoa jurídica (extinção). Assim, contesta a validade do distrato [peça 73, p. 5/6 e 19].

Análise

27. A possível responsabilidade do recorrente, Antônio de Azevedo Martins Filho, decorre da cláusula 4ª do Distrato Social da sociedade Construtora Gaivota Ltda. [peça 18, p.8].

28. Naquele ato restou consignado que, tanto o recorrente, quanto o sócio administrador Marcos Alberto Martins Torres, resolveram, por não mais interessar a continuidade da empresa, dissolver e **extinguir a sociedade** mediante as seguintes cláusulas [peça 18, p. 8]:

1ª A sociedade fora constituída em 13 de abril de 1999 e encerrou todas suas operações e atividades em 31 de outubro de 2008.

2ª Procedida à liquidação da sociedade, os sócios MARCOS ALBERTO MARTINS TORRES e ANTONIO DE AZEVEDO MARTINS FILHO recebem, neste ato, por saldo de seus haveres, cada um, a importância de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), correspondente ao valor de suas quotas de capital.

3ª Os sócios dão entre si e à sociedade plena, geral e irrevogável quitação, para nada mais reclamarem um do outro, seja a que título for, com fundamento no contrato social e suas alterações, declarando, ainda, extinta, para todos os efeitos a sociedade em referência, com o arquivamento deste distrato na Junta Comercial do Estado do Ceará.

4ª **A responsabilidade pelo ativo e passivo porventura supervenientes, fica a cargo do ex-sócio ANTONIO DE AZEVEDO MARTINS FILHO**, que se compromete, também, manter em boa guarda os livros e documentos da sociedade ora distratada. [destaque acrescido]

29. A extinção da sociedade ocorrida em 29/1/2009 foi comprovada no distrato social, registrada e certificada pela Junta Comercial do Estado do Ceará [peça 18, p. 8/9]. A extinção da pessoa jurídica da construtora impede sua responsabilização nestes autos, mas não a do sócio responsável pelo passivo superveniente.

30. O distrato social deixou claro que o ex-sócio Antônio de Azevedo Martins Filho sub-rogou nos direitos e deveres da extinta pessoa jurídica, Construtora Gaivota.

31. A extinção de construtora não é óbice à responsabilização do recorrente pelo débito apurado nos autos, porquanto, conforme visto, o recorrente assumiu a responsabilidade pelo ativo e passivo supervenientes da pessoa jurídica extinta.

32. Tal entendimento foi firmando no Acórdão 6.856/2016-TCU-2ª Câmara, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo:

Responde pelo débito o sócio que, mediante distrato, assumiu a responsabilidade pelo ativo e passivo supervenientes da pessoa jurídica extinta.

33. Oportuno esclarecer que o distrato social não atribuiu ao recorrente os atos cometidos pelo sócio administrador à frente da construtora, devidamente caracterizados nos autos. Nesse documento, o recorrente simplesmente assumiu a responsabilidade pelo passivo deixado pela empresa extinta.

34. Não há como responsabilizar o sócio administrador com fulcro nos argumentos apresentados, porquanto:

(a) as disposições do art. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal referem-se ao dever de prestar contas dos gestores de recursos públicos. Pessoa jurídica de direito privado e seus administradores, ao celebrarem avença com o poder público federal (convênio e

congêneres), objetivando alcançar uma finalidade pública, assumem o papel de gestores públicos naquele ato e, em consequência, estão sujeitos ao cumprimento da obrigação pessoal de prestar contas ao poder público, nos mencionados termos constitucionais, incidindo sobre eles a responsabilidade solidária por eventual dano [Acórdãos 2.763/2011-TCU-Plenário, relator Augusto Sherman, e 6.774/2014-TCU-2ª Câmara, relator José Jorge].

(b) Não se aplica a referida hipótese ao presente caso, visto que a Construtora Gaivota não firmou avença com a Funasa para atingir uma finalidade pública. Quem firmou o convênio com este objetivo comum foi o município de Ararendá/CE. O dever de prestar contas dos recursos repassados pela Funasa recaiu, portanto, sobre a prefeita municipal (gestora pública), enquanto que a construtora, contratada, apenas contraiu com o município obrigações recíprocas.

(c) a responsabilidade do sócio administrador, prevista nos artigos 1.011 e 1.016, do Código Civil, não se aplica ao processo de contas deste Tribunal. A responsabilidade, pelo débito, do sócio administrador foi afastada pela assunção de responsabilidade do recorrente sobre o passivo superveniente da sociedade extinta, nos termos do distrato social;

(d) o artigo 87, da Lei 8.666/1993 trata das sanções aplicadas à contratada inadimplente e não serve como fundamento para a responsabilização do sócio administrador; e

(e) o excerto da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça trata do vínculo do acusado [sócio administrador] com o fato criminoso contido na denúncia [recebimento de pagamento indevido e inexecução do serviço contratado]. Tal entendimento não afasta a sub-rogação do recorrente sobre o passivo da extinta Construtora Gaivota;

35. A alegação de que o termo “passivo” do distrato restringe-se às obrigações decorrentes das atividades regulares da empresa (salários a pagar, duplicatas a pagar, aluguéis a pagar, encargos sociais, juros e impostos a pagar) não merece acolhimento, visto o termo é genérico, definido como obrigação exigível da entidade, derivada de eventos já ocorridos.

36. A singela afirmação de que o recorrente desconhecia o nível de adequação da execução da obra, porque nunca teve poder de administração, sendo um mero sócio formal da empresa, não tem o condão de afastar sua possível responsabilidade em decorrência do distrato.

37. Não procede a alegação de que o sócio administrador compeliu o recorrente a assinar o distrato, visto que tal instrumento, em si, formalizou a dissolução amigável da sociedade, ou seja, houve consenso entre o recorrente e seu sócio na dissolução e extinção da sociedade, sem qualquer prova em contrário ao acordado neste ato.

38. Não há que se falar em afronta ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, visto que a condenação da construtora ao ressarcimento do débito e ao pagamento de multa, já implicava, na decisão recorrida, a responsabilização de Antônio de Azevedo Martins Filho.

39. Nesses termos, propõe-se a negativa de provimento ao recurso.

CONCLUSÃO

40. A extinção da sociedade Construtora Gaivota Ltda., pessoa jurídica, se deu em 29/1/2009, conforme o termo de distrato social e a certidão simplificada da Junta Comercial do Estado do Ceará.

41. O distrato social deixou assente que o ex-sócio Antônio de Azevedo Martins Filho sub-rogou nos direitos e deveres da extinta pessoa jurídica, Construtora Gaivota.

42. Por consequência, Antônio de Azevedo Martins Filho assumiu a posição da construtora extinta na condenação solidária ao pagamento do débito e na aplicação de multa pelo Tribunal, observados, na fase de instrução, o devido processo legal, o contraditório e à ampla defesa do responsável.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

43. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a análise do recurso de reconsideração apresentado por Antônio de Azevedo Martins Filho contra o Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no artigo 33, da Lei 8.443/1992:

- (a) conhecer o recurso de reconsideração e, no mérito, negar-lhe provimento;
- (b) excluir, de ofício, da relação processual a Construtora Gaivota Ltda.;
- (c) em consequência ao disposto no item precedente, alterar os subitens 9.3 e 9.4 da referida decisão, que passam a ter a seguinte redação:

9.3. julgar irregulares as contas da Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão, com fundamento nos arts. 1º, I, 16, III, alíneas “b” e “c”, §2º, 19 e 23, III, da Lei nº 8.443, de 1992, e nos arts. 1º, I, 209, III, 210 e 214, III, do RITCU, para condená-la, solidariamente com o Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho, ao pagamento das quantias a seguir especificadas, abatendo-se o recolhimento já realizado, atualizadas monetariamente e acrescidas de juros de mora, calculados desde as datas indicadas até o efetivo recolhimento, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento das referidas importâncias aos cofres da Fundação Nacional da Saúde, nos termos do art. 23, III, alínea “a”, da citada lei e do art. 214, III, alínea “a”, do RITCU:

Data	Valor (R\$)	D/C
24/11/2006	52.000,00	D
27/12/2006	52.000,00	D
23/10/2007	26.000,00	D
10/12/2008	1.797,20	C

9.4. aplicar à Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão e ao Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 1992, no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprovem, perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente na forma da legislação em vigor;

- (d) dar ciência às partes, à Procuradoria da República no Estado do Ceará, aos órgãos/entidades interessados, bem como aos demais cientificados do acórdão recorrido.

Secretaria de Recursos/4ª Diretoria, em 21 de novembro de 2017.

(assinado eletronicamente)

Marcelo T. Karimata
AUFC – Mat. 6532-3