

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 002.099/2014-4

Natureza: Recurso de Reconsideração (Tomada de Contas Especial)

Órgão/Entidade: Município de Ararendá – CE.

Responsáveis: Construtora Gaivota Ltda. - ME (03.111.860/0001-90); MA Engenharia Ltda. - ME (04.425.717/0001-36); Tânia Paiva Nibon Mourão (247.884.143-68).

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

Representação legal: Vicente Martins Prata Braga (19309/OAB-CE) e outros, representando Construtora Gaivota Ltda. - ME; Roberto Lincoln de Sousa Gomes Júnior (33249-A/OAB-CE), representando Construtora Gaivota Ltda. - ME e Antônio de Azevedo Martins Filho; Eugênio Aguiar Camurça (8196/OAB-CE), representando Tânia Paiva Nibon Mourão.

SUMÁRIO: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS REJEITADAS. ARGUMENTOS INCAPAZES DE AFASTAR AS IRREGULARIDADES ATRIBUÍDAS AO RECORRENTE. PROVIMENTO NEGADO. MANTIDOS OS TERMOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

O presente Recurso de Reconsideração foi interposto por Antônio de Azevedo Martins Filho, ex-sócio da Construtora Gaivota Ltda., contra o Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário, que, em sede de Tomada de Contas Especial, julgou irregulares as contas da Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão, condenando-a, em solidariedade com a Construtora Gaivota Ltda., ao pagamento do débito apurado nos autos, aplicando-lhes, individualmente, a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 100.000,00, além de inabilitar a Sra. Tânia Paiva Nibon Mourão para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública e declarar a inidoneidade das empresas Construtora Gaivota Ltda. e MA Engenharia Ltda.

2. Em exame inicial de admissibilidade, a Serur sustentou inexistir interesse recursal ou legitimidade do Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho, visto que nenhum item do acórdão impugnado lhe impingiu qualquer sucumbência, sanção ou prejuízo, já que a relação processual ocorreu entre a pessoa jurídica Construtora Gaivota Ltda. e o TCU, razão pela qual propôs o não conhecimento deste recurso.

3. Em discordância, assim se manifestou o Ministério Público junto ao Tribunal:

“O presente processo guarda peculiaridades que nos fazem dissentir da proposta apresentada pela Serur pelos fundamentos aduzidos.

A primeira citação da referida empresa foi dirigida ao Sr. Marcos Alberto Martins Torres, na qualidade de sócio administrador da pessoa jurídica, consoante os termos da

peça 14 que compõe o processo. O mencionado sócio veio aos autos e informou que a empresa fora extinta no fim de 2008, mediante distrato social, em que figurou expressa cláusula segundo a qual a “responsabilidade pelo ativo e passivo porventura supervenientes” ficaria a cargo do ex-sócio Antônio de Azevedo Martins Filho, fazendo juntar cópia do aludido documento (vide peça 18, p. 8).

Diante disso, a unidade técnica dirigiu a citação da empresa ao ora recorrente, nos termos da peça 30, fazendo constar no ofício que a citação era da extinta empresa “na pessoa de Vossa Senhoria, como responsável pelos ativos e passivos supervenientes da referida empresa”.

A defesa trazida pelo Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho recebeu o seguinte exame pela Secex/CE, reproduzido aqui na integralidade:

60. Analisando as alegações de defesa do responsável, vemos que as mesmas não merecem acolhimento.

61. Conforme se vê à peça 18, p. 8, cláusula 4ª, no distrato social da empresa Construtora Gaivota Ltda. a responsabilidade pelo ativo e passivo superveniente da empresa ficou a cargo do responsável, Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho. Quando o responsável assinou o referido distrato se comprometeu a honrar todos os passivos que porventura viessem a surgir.

62. Em relação à prescrição da dívida a ele imputada, a Súmula de jurisprudência 282 deste Tribunal, exarada em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no bojo do Mandado de Segurança 26.210/DF, DOU de 10/10/2008, contém a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

O voto condutor do Acórdão combatido não trouxe considerações adicionais no tocante à defesa em tela, acolhendo, ao fim, a proposta da unidade técnica pela condenação da empresa, e assumindo, portanto, como razões de decidir a análise da Secex/CE.

O resumido registro dos fatos processuais revela ser impróprio falar em ausência de sucumbência por parte do ora recorrente, pois os fundamentos da deliberação apontam justamente para a assunção de responsabilidades pessoais por parte de Antônio de Azevedo Martins Filho, com base na prova trazida ao feito, consistente no distrato social. Nesse sentido, é natural esperar que o processo de execução do acórdão condenatório venha a alcançar o referido ex-sócio, ante o teor da expressa cláusula do distrato social dantes mencionada.

Assim, estando extinta a empresa e havendo instrumento jurídico que atribui ao ex-sócio a responsabilidade pelos supervenientes passivos, entendemos haver legitimidade recursal. Tais razões evidenciam que o cenário deste feito se diferencia de casos comuns em que um sócio sem poderes de representação recorre de deliberação que imputou débito a pessoa jurídica de direito privado da qual possuía cotas societárias.

Com essas considerações, manifestamo-nos em favor do conhecimento do recurso, com o subsequente envio à Serur para exame do mérito.”

4. Por meio do despacho constante à peça 83, acolhi a manifestação do **Parquet** e restituí os autos à Serur para análise de mérito, que retornou com a seguinte instrução elaborada por auditor da Serur (peça 84, p. 1-7):

“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 convenente, 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 N° 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 *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.”

5. Divergindo do encaminhamento proposto à peça 84, o Diretor da Serur apresentou parecer com as seguintes considerações (peça 85, p. 1-2), com o qual anuiu o Dirigente da unidade técnica (peça 86):

“Com as devidas vênias, divergimos da proposta de encaminhamento apresentada pelo auditor na peça que antecede nossa manifestação pelas razões que apresentaremos nos próximos parágrafos.

2. Tratam os autos de irregularidades na execução do Convênio 459/2006 (Siafi 571931), as quais levaram à responsabilização solidária da ex-prefeita Tânia Paiva Nibon Mourão e da empresa Construtora Gaivota Ltda., suposta executante de sistema de abastecimento de água nas localidades de Santana e Angola (Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário – peça 54).

3. Necessário o registro de que a concedente estava aprovando a execução do convênio, com exceção da instalação e funcionamento do clorador, situação que mudou com o trabalho de auditoria feito pela Controladoria-Geral da União (CGU) a pedido do Departamento de Polícia Federal. Os indícios de conluio e endosso dos cheques levaram ao entendimento de que a empresa vencedora não foi a executante dos trabalhos identificados.

4. Consulta à base de dado CNPJ apontou o Sr. Marcos Alberto Martins Torres como o sócio administrador da Construtora Gaivota Ltda. (peça 4), condição que o fez constar como o destinatário da citação de peça 14. A relação processual não foi aperfeiçoada em razão de o Sr. Marcos ter apresentado distrato social e documento da Junta Comercial do Estado do Ceará com a extinção da empresa e mudança de responsabilidade pela administração para o Sr. Antonio de Azevedo Martins Filho.

5. Nova tentativa de citar o passivo da empresa Gaivota, desta vez trazendo o Sr. Antonio como destinatário foi expedida (peça 30). A defesa formulada em favor do Sr. Antônio passou a constar na peça 48, sendo considerada insuficiente para justificar as irregularidades, circunstância que levou ao julgamento assentado no acórdão referido anteriormente.

6. Inconformado com a responsabilização da Construtora Gaivota Ltda., o novo administrador, em nome próprio, questionou a decisão (peça 73), merecendo por parte da Secretaria de Recursos sugestão de não conhecimento do recurso de reconsideração diante da inexistência de legitimidade e interesse recursal.

7. O processo avançou para a discussão do mérito depois que o E. Relator (peça 83) acolheu sugestão do MPTCU, que reconheceu que a atribuição negocial entre os sócios da empresa conferiu ao Sr. Antônio ônus de responder por passivos superveniente, o que passou a conferir-lhe legitimidade recursal para atuar em nome da empresa em questão.

8. A solução técnica que deixamos de endossar, propõe conhecer do recurso, excluir a empresa da relação processual e conferir nova redação aos subitens 9.3 e 9.4 do Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário, para fazer constar no lugar da empresa o Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho.

9. De plano, deixamos de afiançar a sugestão apresentada na derradeira por avaliarmos que existe impedimento processual para a substituição no polo passivo do processo. A ausência de citação pessoal do Sr. Antônio de Azevedo Martins Filho impede que ele seja responsabilizado por representar afronta ao contraditório e à ampla defesa. Não é só, não é possível apontar com clareza o fato que o responsável pela empresa desempenhou para que exista a condenação pessoal dele.

10. A propósito, não havia impedimento para que a Corte de Contas condenasse em débito solidário a empresa e os Srs. Antônio de Azevedo Martins Filho e Marcos Alberto Martins Torres diante dos fortes sinais de conluio que teria favorecido a ex-prefeita e a empresa diretamente, e indiretamente os proprietários da pessoa jurídica. Sucede que essa não foi a opção do TCU, que, mesmo sabendo da extinção da construtora, preferiu continuar o feito exclusivamente em desfavor do ex-gestor e da construtora.

11. Essa solução é possível e viável, porquanto equivale aos casos de espólio e massa falida, que continuam a ser demandados na pessoa do seu administrador, que fica encarregado de apresentar defesa daquele que poderá ser atingido pela decisão.

12. Ademais, o fato de o título executivo originado pelo acórdão vergastado ter sido proferido em prejuízo à ex-gestora e à empresa jurídica extinta não impede que na fase de execução do título o a advocacia pública encarregada proponha o alcance dos ex-sócios da Construtora Gaivota Ltda., na extensão dos valores repassados para eles ou alcançando bens particulares mediante a solicitação de desconsideração da personalidade jurídica.

13. Concordamos com o MPTCU de que o recurso deveria ser conhecido, dado que o comparecimento é pessoal na condição de responsável pela gestão de eventuais direitos e obrigações da pessoa jurídica.

14. Forçoso ainda indicar que a construtora em questão, no cadastro de pessoas jurídicas integrante da base de informações do TCU consta como ativa e com o Sr. Marcos Alberto Martins Torres na condição de sócio administrador, o que sugere que a baixa da empresa não ocorreu perante todas as autoridades.

15. Nesse contexto, à vista dos elementos que compõem os autos, inexistindo elementos que infirmem os fundamentos do acórdão questionado, pedimos vênias ao auditor que nos antecedeu para que possamos encaminhar pelo conhecimento e não provimento ao recurso, o que deve implicar na manutenção integral da decisão.”

6. Em seu Parecer, quanto ao mérito, o Ministério Público junto ao Tribunal, acompanhou a manifestação do Diretor da Serur, conforme se vê a seguir (peça 87):

“À vista dos elementos contidos nos autos, manifestamos nossa concordância com o Diretor da Serur (peça 85), que, ao divergir do auditor instrutor, formulou proposta de manutenção do acórdão recorrido, solução que contou com a aquiescência do Secretário da Unidade Técnica (peça 86).

Nossa avaliação, depois de revisitarmos os elementos que integram o processo, inclusive o parecer que emitimos à peça 53, é que o Acórdão 2.745/2016-TCU-Plenário conferiu justo deslinde ao caso concreto.”

É o Relatório.