

VOTO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada em desfavor dos Srs. Antônio Fernandes Neto e Joselito Bandeira de Lucena, ex-prefeitos de Malta/PB, nos períodos de 2001-2004 e 1/1/2005 a 13/2/2005, respectivamente, em face da não execução do Convênio 1.000/2003, voltado à construção de sistema de abastecimento de água, mediante a perfuração e instalação de poço profundo (até 50 m), com rede adutora e sistema de armazenamento (5m³), em localidades rurais.

O termo foi celebrado no valor total de R\$ 101.010,10, sendo R\$ 100.000,00 de responsabilidade da Funasa e R\$ 1.010,10 a título de contrapartida do município.

A Funasa repassou R\$ 40.000,00 em 8/11/2004 e R\$ 30.000,00 em 29/12/2004, totalizando R\$ 70.000,00.

Em vistoria realizada pela concedente, foi apurada a execução de apenas 29,24% do objeto do convênio. Mesmo com a execução meramente parcial, a conclusão do concedente foi que não caberia reconhecer os trabalhos executados, pois as pendências percebidas comprometiam a utilização das obras.

No curso do processo, a ausência de entrega da prestação de contas ou a adoção de medidas pelo prefeito sucessor, Sr. Ajácio Gomes Wanderley, e o pagamento feito em favor da Somar Construtora Ltda., empresa apontada pelo Ministério Público Federal em Campina Grande/PB como integrante de esquema de fraude no Estado da Paraíba, fundamentaram a citação do referido prefeito e do responsável pela empresa, Sr. Marcos Tadeu Silva, amparada a medida na desconsideração da personalidade jurídica.

Os Srs. Ajácio Gomes Wanderley e Antônio Fernandes Neto permaneceram revéis.

As alegações de defesa dos Srs. Joselito Bandeira de Lucena e Marcos Tadeus Silva não afastaram os motivos da citação, persistindo as irregularidades levantadas.

A Unidade Técnica encaminhou proposta de julgamento pela irregularidade das contas dos Srs. Ajácio Gomes Wanderley, Antônio Fernandes Neto e Joselito Bandeira de Lucena, condenando o Sr. Ajácio Gomes Wanderley pela integralidade dos valores repassados, sendo R\$ 40.000,00 solidariamente com o Sr. Antônio Fernandes Neto e R\$ 30.000,00 com os Srs. Joselito Bandeira de Lucena e Marcos Tadeu Silva.

O MP/TCU propôs, preliminarmente, nova citação dos Srs. Antônio Fernandes Neto e Marcos Tadeu Silva, desta vez pela integralidade do valor repassado. Sucessivamente, a irregularidade das contas dos gestores municipais, com a condenação em débito de modo similar ao encaminhado pela Unidade Técnica, divergindo apenas quanto à responsabilização do Sr. Ajácio Gomes Wanderley pelo débito.

Incorporo às minhas razões de decidir, desde já, o exame levado a efeito pelo MP/TCU, retratado no relatório.

A Denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal (peça 9) é contundente quanto à participação de empresas, dentre elas a Somar Construtora Ltda., em fraudes apuradas em licitações realizadas por municípios do Estado da Paraíba.

Por ocasião da apreciação do TC 017.675/2009-3 (Acórdão 4.857/2010 – TCU – 1ª Câmara), o Sr. Antônio Fernandes Neto e a empresa Somar Construtora Ltda. foram omissos no dever de prestar contas, exsurindo daí a condenação em débito solidário.

A omissão pode ser a estratégia adotada pelos interessados para encobrir conduta mais grave, existindo a necessidade de eles demonstrarem que a contratação da empresa responsável pelas obras ocorreu na forma definida pela legislação.

Dessa forma, pertinente, também, a proposta do MP/TCU para que o Sr. Antônio Fernandes Neto e o responsável pela construtora sejam citados, desta feita pela integralidade dos recursos, esclarecendo aos interessados que estão sendo convidados a se defenderem de fraude à licitação, fato que pode ser levado em consideração por ocasião da dosimetria de multa que poderá ser imposta.

Lendo os autos, observei que a citação direta do Sr. Marcos Tadeu Neto, fruto da desconsideração da personalidade jurídica em relação à empresa Somar Construtora Ltda., não passou pelo crivo do colegiado competente.

Em outros julgamentos, tive a oportunidade de esclarecer os motivos da deliberação prévia do Tribunal quanto à citação. Trago à colação excerto do voto que proferi por ocasião do Acórdão 2.096/2011 – TCU – 1ª Câmara:

“No voto condutor do Acórdão 1891/2010 – TCU – Plenário, assim manifestei-me sobre a desconsideração da personalidade jurídica:

‘Ainda na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina e a jurisprudência apontavam para a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de utilização ilícita ou fraudatária da sociedade (Doctrine of disregard of legal entity).

O Código Civil de 2002 positivou o levantamento do véu da pessoa jurídica, in verbis:

‘Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.’

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).

A doutrina apresenta a desconsideração da personalidade jurídica sob duas formulações teóricas, denominadas teoria maior e teoria menor do risco empresarial.

A primeira sustenta que o juiz poderá, no caso concreto, desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para combater fraudes e abusos praticados por seus sócios ou administradores. A teoria menor, por sua vez, avalia ser desnecessária a existência de abuso de direito para afastar a personalidade jurídica, sendo suficiente a imposição de prejuízo ao credor.

Nos termos da jurisprudência do STJ, adota-se a ‘teoria maior acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração’ (REsp 693.235/MT, 970.635/SP, 279.273/SP, 1.098.712/RS). A teoria menor é acolhida em nosso ordenamento jurídico, em caráter excepcional, no direito ambiental e na proteção ao hipossuficiente nas relações de consumo e de trabalho.

Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não se impõem apenas aos sócios de direito da empresa; alcançam, também, eventuais “sócios ocultos” (STJ, AgRg no REsp 152.033/RS).

Contudo, necessário avaliar se o ato pode ser praticado pelo relator do processo ou se indispensável a deliberação de órgão colegiado.

Embora a desconconsideração da personalidade jurídica dispense a propositura de ação autônoma, podendo ser concedida incidentalmente no próprio processo de conhecimento ou de execução, tal medida não prescinde do exame do conjunto probatório pelo juízo competente.

Nos termos do art. 109 do CPC, compete ao juiz da causa principal decidir sobre a ação declaratória incidente. No TCU, cabe aos órgãos colegiados o julgamento da causa principal e das questões incidentais. Ao relator, é reservada a prática de atos processuais, por meio de despacho (arts. 11 da Lei 8.443/1992, e 162, § 3º, do CPC).

Indispensável a análise do conjunto probatório acerca do abuso da personalidade jurídica por sócios ou administradores da empresa responsável pelo dano. Não se trata, portanto, de mero chamamento das pessoas físicas aos autos, em substituição à pessoa jurídica, mas do julgamento da conduta daquelas no uso da pessoa jurídica.

Assim, a proposta de desconconsideração da personalidade jurídica, nos casos de abuso de direito, deve ser submetida à deliberação do colegiado competente para julgar o processo em que ocorre a questão incidental.

Ao decidir pelo levantamento do véu da personalidade jurídica, deverá o Tribunal indicar os administradores e sócios responsáveis pelo abuso de direito, os quais responderão pelo dano imposto ao Erário.

Somente após a deliberação do Tribunal, será possível citar as pessoas naturais responsáveis pelo abuso da personalidade jurídica”.

Ante o exposto, acolho a proposta de citação encaminhada pelo Ministério Público junto ao TCU e voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado, com as devidas adequações na proposta de mérito.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 17 de abril de 2012.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator