

VOTO

Trata-se de recurso de reconsideração interposto pela empresa Máxima Empreendimentos Logística Ltda., atual denominação da Jeová Construtora Ltda. (peça 31), contra o Acórdão 5946/2012-TCU-1ª Câmara (peça 19), que cuidou de tomada de contas especial instaurada pela Funasa em razão da execução apenas parcial do Convênio 1.941/2001, firmado com a Prefeitura Municipal de Santa Luzia/MA, com o objetivo de custear a implantação de sistema de abastecimento de água no povoado de Tatu Assado, no município.

De início, informo que atuo no presente processo com fundamento na Portaria TCU nº 249, de 25/10/2013, em virtude do afastamento do Exmo. Sr. Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator original da matéria, por motivo de férias.

Preliminarmente, conheço do presente recurso, uma vez presentes os requisitos legais e regimentais de admissibilidade.

No mérito, assiste razão à unidade técnica, cujo parecer incorporo a essas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações adicionais que se seguem.

O débito imputado neste processo decorreu do baixo percentual de execução das obras (36%) que não trouxeram quaisquer benefícios para a comunidade a que se destinava, conforme apurado por meio de vistorias *in loco* realizadas pelo concedente.

Ocorre que, a despeito da execução meramente parcial, a empresa emitiu notas fiscais relativas à totalidade do empreendimento, como se o houvesse executado integralmente, tendo recebido a totalidade dos pagamentos contratados.

Restou plenamente comprovado, portanto, o desperdício de recursos federais que ensejaram o débito, o enriquecimento ilícito da recorrente, bem como a sua colaboração para a ocorrência do dano, mormente pela emissão de notas fiscais cobrando serviços que sabia não terem sido executados.

Assim, além de ter concorrido para o dano, a recorrente foi diretamente beneficiada pela irregularidade, configurando-se a sua responsabilidade solidária, nos termos do art. 16, § 2º, alínea 'b', da Lei 8.443/92, que aduz:

“Art. 16 . omissis.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

*b) do terceiro que, como **contratante ou parte interessada** na prática do mesmo ato, de qualquer modo **haja concorrido para o cometimento do dano apurado.**”*

Em seu recurso, a empresa Máxima Empreendimentos Logística Ltda., que à época dos fatos denominava-se Jeová Construtora Ltda., não logrou afastar os fundamentos da decisão proferida, devendo permanecer incólume a sua responsabilidade.

Cabe ressaltar que a Máxima Empreendimentos Logística Ltda. e a Jeová Construtora Ltda. são a mesma empresa, não sendo aquela a sucessora desta, uma vez que, materialmente, a mera alteração do nome empresarial e a modificação do quadro societário em nada afetam a personalidade jurídica já constituída.

Em casos tais como o ora apreciado, para que houvesse alteração da pessoa jurídica seria necessário, como regra, que a modificação do contrato social tivesse por efeito a dissolução da sociedade, com a correspondente extinção da personalidade jurídica anterior, seguida da criação de uma nova sociedade e, consequentemente, de uma nova pessoa jurídica.

É certo que já se discutiu no passado se a modificação societária consistiria em uma dissolução seguida da criação de outra pessoa jurídica ou se consubstanciaria em mera alteração societária, não atingindo a personalidade jurídica da sociedade, que permaneceria intocada.

Atualmente, vigora a teoria da identidade ou continuação, de forma que o ato de modificação se processa sem alterar a identidade da sociedade e, especialmente, sem que ocorra a sua dissolução, constituindo tal ato em emanção do princípio geral da liberdade dos sócios para alterarem o pacto social.

Dessa forma, as alterações processadas, em que pese implicarem a modificação nos atos constitutivos da sociedade, não operam a sua dissolução, conservando a personalidade jurídica do organismo socioeconômico já existente.

Não se produz, portanto, nenhuma alteração subjetiva, mas apenas modificações na estrutura. Os direitos e as obrigações perante terceiros permanecem na sociedade modificada, nem há qualquer alteração nas relações contratuais e **extracontratuais** anteriores da sociedade, razão pela qual não pode a recorrente pretender eximir-se da responsabilidade pelo dano para o qual concorreu.

Muito embora a recorrente insista em atribuir a responsabilidade à pessoa do ex-representante legal da empresa Jeová Construtora Ltda., o Sr. Jeová Alves Lima, deve-se ter em conta que o terceiro que efetivamente concorreu para o cometimento do dano e que auferiu os benefícios decorrentes dos pagamentos indevidos foi a empresa contratada, Jeová Construtora Ltda., atual Máxima Empreendimentos Logística Ltda., e não o seu representante legal ou sócio.

Evidentemente, a pessoa do sócio, ou a do representante legal, não pode ser confundida com a pessoa jurídica da empresa.

Quanto às alegações de atuação de má-fé do Sr. Jeová Alves Lima, como representante legal da recorrente, entendo que a matéria não é da competência deste Tribunal, podendo ser alegado em eventual ação de regresso contra o anterior representante legal.

Ressalto apenas que não cabe, como aventou a unidade instrutiva, a aplicação do art. 1.025 do Código Civil Brasileiro, de 2002, vez que não se trata aqui de sócio, admitido em sociedade já constituída, e de sua responsabilidade pelas dívidas sociais anteriores à admissão.

Não prosperam, ainda, as alegações de ausência de ampla defesa ou de contraditório, haja vista que foi seguido o rito processual previsto na Lei 8.443/1992, não tendo o recorrente indicado nenhuma afronta a esses dispositivos legais.

Demais disso, não há falar em prejuízo à apresentação de provas, uma vez que o Regimento Interno do TCU lhe assegura o direito de apresentar as provas que entender cabíveis a qualquer momento enquanto não terminada a fase instrutiva, nos termos do § 1º, art. 160, que aduz:

“Art. 160. As alegações de defesa e as razões de justificativa serão admitidas dentro do prazo determinado na citação ou na audiência.

§ 1º Desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução, é facultada à parte a juntada de documentos novos.

§ 2º Considera-se terminada a etapa de instrução do processo no momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 157.”

Por tudo isso, não havendo a recorrente afastado os fundamentos de sua responsabilização solidária em relação ao débito apurado nos autos, nego provimento ao recurso.

Ante o exposto, voto no sentido de que seja aprovado o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de outubro de 2013.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator