

## VOTO

Cuida-se de representação formulada a partir de informação prestada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Município de Itaporanga/PB, relativas à contratação de empresa de fachada e a falhas na execução de obras custeadas com recursos federais oriundos da Fundação Nacional de Saúde (Funasa).

2. Inicialmente, registro que a presente representação merece ser conhecida, porquanto preenche os requisitos de admissibilidade previstos nos 235 e 237, inciso IV, do Regimento Interno/TCU.

3. Quanto ao mérito, após o exame preliminar da documentação apresentada pelo representante e a realização de diligências saneadoras, a Secex-PB concluiu que os elementos dos autos apontam para a ocorrência de irregularidades no âmbito de convênios celebrados entre a Funasa e o aludido município com vistas à construção de poços tubulares nas comunidades da zona rural e de melhorias em unidades habitacionais para controle da doença de chagas.

4. Segundo apurou a unidade técnica, os recursos federais transferidos por força dos mencionados ajustes foram pagos a empresas de fachada, criadas para fraudar licitações e desviar recursos públicos, por meio de um esquema criminoso, descoberto pela Polícia Federal, o qual era liderado pelo Sr. Marcos Tadeu Silva.

5. Diante disso, a Secex-PB, em sua última manifestação nos autos, propõe, em linhas gerais:

5.1. conhecer da representação e, no mérito, considerá-la procedente;

5.2. desconsiderar a personalidade jurídica da Construtora Mavil Ltda. e da América Construções e Serviços Ltda., para que seus sócios respondam pelos danos atribuídos às referidas empresas nos presentes autos;

5.3. converter, nos termos do art. 47 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 252 do Regimento Interno/TCU, o presente feito em tomada de contas especial, determinando-se a citação do ex-prefeito, dos membros da comissão de licitação, das empresas Construtora Mavil Ltda. e América Construções e Serviços Ltda. e dos Srs. Marcos Tadeu Silva (sócio de fato de ambas as empresas) e Elias da Mota Lopes (sócio administrador que assinou recibos de pagamentos em nome da América Construções e Serviços Ltda.), para apresentarem alegações de defesa e/ou recolherem os débitos apurados nos autos aos cofres da Fundação Nacional de Saúde.

6. Concordo, em essência, com a análise empreendida pela unidade técnica e a adoto como razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a fazer.

7. Segundo noticiado no relatório precedente, as empreiteiras Construtora Mavil Ltda. e América Construções e Serviços Ltda. – contratadas para a execução de obras custeadas por recursos federais – integram o rol de empresas de fachada descobertas pela Polícia Federal mediante as operações “i-licitação” e “carta marcada”.

8. O *modus operandi* da prática criminosa investigada envolvia a contratação direcionada de empresas fantasma e o posterior superfaturamento dos empreendimentos – o que inclui a inexecução total ou parcial do objeto. No caso da operação “carta marcada”, verificou-se que o Prefeito realizava uma licitação fictícia e em seguida executava as obras por administração direta, com recursos humanos e materiais da prefeitura, ou contratava, informalmente, por preço bem inferior, terceiros para executar os serviços. Como consequência, as obras geralmente ficavam inacabadas, ou, quando concluídas, tinham sérios comprometimentos.

9. De acordo com levantamentos da Secex-PB, as contratações irregulares ocorreram com recursos federais relativos aos seguintes convênios:

Convênio	Prazo prestação de contas	Situação atual	Valor total do convênio/ contrapartida municipal <sup>1</sup>
679/2005	14/7/2010	concluído	R\$ 599.998,59/ R\$ 18.626,81
1.440/2005	12/3/2010	concluído	R\$ 300.000,00/ R\$ 9.527,87
2.290/2006	8/12/2009	adimplente <sup>2</sup>	R\$ 344.000,00/ R\$ 11.159,00

(1) Dados retirados do portal da transparência (peças 10-12);

(2) Apesar de encontrar-se como adimplente, o prazo da prestação de contas esgotou-se em 8/12/2009, e, mes mo assim, falta aprovar a parcela no valor de R\$68.800,00.

10. Para a execução dos objetos relativos às duas primeiras avenças, o município contratou a Construtora Mavil Ltda. – ME. Para o terceiro, contratou a empresa América Construções e Serviços Ltda. – ME.

11. Como consta do acervo técnico produzido pela unidade instrutiva, à época da vistoria dos técnicos da Fundação Nacional de Saúde nos Convênios 679/2005 e 1.440/2005, atestou-se a incompletude das obras pactuadas. No Convênio 679/2005, um ano após a realização do último pagamento à Construtora Mavil Ltda., apenas 44,32% dos serviços haviam sido executados. Identicamente, no Convênio 1.440/2005, um ano depois da emissão da última ordem bancária, somente 27,44% do pactuado estava concluso. Posteriormente, a nova gestão municipal contratou o remanescente das obras com outra empresa, concluindo o objeto acordado.

12. Embora diligenciada, a Prefeitura não apresentou a documentação necessária à comprovação de que os serviços foram pagos, de fato, com os recursos repassados mediante o Convênio (mesmo em relação à fração realizada anteriormente à contratação da parcela remanescente dos serviços). Não houve, portanto, a comprovação do liame de causalidade entre a obra executada e o dinheiro transferido.

13. Idêntica é a situação do Convênio 2.290/2006. Nada obstante parecer da Funasa ter atestado a conclusão do objeto, o município, mais uma vez, ainda que instado a apresentar a documentação probatória das despesas, não acostou os elementos necessários à comprovação de que os serviços foram executados pela empresa contratada, América Construções e Serviços Ltda..

14. Como é cediço, a conclusão do objeto, desassociada de elementos que atestem a sua realização com os recursos federais repassados, não é hábil, por si só, para acarretar a aprovação das contas do convênio. Tal omissão no dever de prestar contas, associada aos demais fatos acima descritos, enseja a necessidade de devolução integral dos recursos repassados.

15. Ademais, os elementos colhidos na fase instrutiva do presente processo indicam que o objeto foi executado por empresas outras, que não as ora arroladas. Comprovou-se que o quadro de pessoal das firmas contratadas e os correspondentes recolhimentos trabalhistas e previdenciários são absolutamente incompatíveis com o volume de obras custeadas com recursos públicos que supostamente essas empresas realizaram no mesmo período. As construtoras também estão inabilitadas junto à Receita Federal do Brasil, por inexistirem de fato, situação que torna inidôneas as notas fiscais por elas emitidas e afasta o nex o causal entre os pagamentos efetuados com os recursos federais em tela e a execução do objeto pactuado nos convênios.

16. Tal realidade, quando associada às máculas identificadas no processo licitatório, denota a plausibilidade da tese apresentada de que as construtoras foram criadas com a intenção de fraudar o erário. Nesse sentido, destaco excerto da instrução transcrita no Relatório precedente:

“15.5. Em todos os casos investigados pela Polícia Federal, identificou-se violação à Lei 8.666/93, seja pelo uso da modalidade licitatória inadequada, por fraude ou dispensa irregular de licitação, de forma que o objetivo final fora sempre o direcionamento do contrato para uma empresa fantasma, a fim de possibilitar o desvio dos recursos públicos envolvidos na contratação.

- 15.6. No caso em exame, das oito empresas que participaram da Tomada de Preço 003/2006, somente a vencedora conseguiu habilitação, tendo havido quatro impugnações a cláusulas do edital, todas elas rejeitadas pela comissão licitatória (peça 53, p. 17-21), numa clara sinalização de direcionamento do certame, razão, inclusive, para se incluir na citação os agentes públicos condutores da licitação.”
17. A Construtora Mavil Ltda., por exemplo, sequer identificou adequadamente seu representante legal no instrumento do contrato. Consta, somente, rubrica ilegível do seu representante, a qual não é apta para evidenciar quem foi o signatário da empresa.
18. Todo esse contexto, detalhadamente descrito na instrução da unidade técnica, justifica tanto o chamamento dos membros da comissão de licitação e do ex-prefeito, como, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica das empresas, em face da evidência de abuso de direito e de dano ao erário, fazendo que a responsabilidade pelos débitos possa alcançar os Srs. Marcos Tadeu Silva (sócio de fato de ambas as empresas) e Elias da Mota Lopes (sócio administrador que assinou recibos de pagamentos em nome da América Construções e Serviços Ltda. e que, por isso, deve ser incluído como responsável solidário pelo valor correspondente aos pagamentos feitos a essa empreiteira).
19. Ressalto que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em situações como a ora analisada encontra amparo em diversos precedentes desta Corte de Contas, a exemplo dos Acórdãos 5.611/2012, da Segunda Câmara, 1.557/2011, da Primeira Câmara, 2.854/2010, 1.694/2011 e 3.019/2011, do Plenário, entre outros.
20. Por oportuno, transcrevo, a seguir, excerto do Voto que fundamentou o mencionado Acórdão n. 3.109/2011 – TCU – Plenário, da lavra do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa:
- “27. Concordo com a Secex/BA. Os elementos apresentados nos autos indicam que houve um acerto entre servidores e autoridades da Prefeitura no sentido de montarem um processo licitatório fraudulento no intuito de conferir aparência de legalidade a um certame montado apenas para justificar um pagamento indevido.
28. Como tenho asseverado, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os sócios de empresa privada é medida excepcional, restrita às hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil. Nesse sentido, já me manifestei ao relatar o TC-017.031/2004-5, no qual consignei:
- ‘11. No ordenamento jurídico pátrio, as possibilidades de desconsideração da pessoa jurídica estão previstas no art. 50 do Código Civil:
- ‘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.’
12. Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que, quando ocorre o desvio de finalidade, a sociedade passa a perseguir fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei, sendo que no caso de confusão patrimonial, não se pode identificar a separação entre o patrimônio da sociedade e do sócio ou do administrador (Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005. 6ª Edição. Pág. 256). (...).’
29. No caso em exame, o fundamento que autoriza a desconsideração da personalidade jurídica da firma Oliveira Tratores de Aluguel Ltda. reside nas evidências de fraude na Tomada de Preços n. 001/2003.
30. A caracterização da fraude, no presente caso, está consubstanciada nas diversas inconsistências e divergências apresentadas na documentação do mencionado processo licitatório.

(...)

32. Devo acrescentar que os sócios, ou seja, os Srs. José Damião Cordeiro de Oliveira e José Cosme Cordeiro de Oliveira, concorreram para o dano apurado na medida em que aceitaram participar de um certame que sabiam fraudulento, bem como por terem agido com claro abuso de autoridade ao aceitarem o recebimento de um pagamento que, sabidamente, não era devido à empresa que representavam, eis que esta, como ficou assente, não comprovou a realização das obras com recursos do convênio **sub examine**.

33. Nesse contexto, não sendo plausível entender que o Direito reconheceria personalidade jurídica à empresa para que ela atuasse em contrariedade às normas legais, faz-se presente a hipótese de desvio de finalidade a que alude o art. 50 do Código Civil.

34. Assim, entendo cabível a responsabilização dos sócios, de forma pessoal, e solidária com os demais, pelo ressarcimento do débito de que ora se cuida.”

21. No presente caso, assim como na situação descrita no precedente acima citado, os elementos dos autos evidenciam que houve abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, visto que as sociedades foram utilizadas para perseguir fins proibidos por lei (fraudar licitações e desviar recursos públicos). Por essa razão, cabe estender aos sócios das empresas contratadas a responsabilidade pelo dano causado ao erário.

22. Registro, ainda, em relação Sr. Marcos Tadeu Silva, que, segundo a jurisprudência deste Tribunal, os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica não alcançam apenas os sócios de direito da empresa, mas também os sócios ocultos por ventura existentes, nos casos em que esses, embora exerçam de fato o comando da pessoa jurídica, se escondem por traz de terceiros (laranjas) instituídos apenas formalmente como sócios da empresa (Acórdãos 1.891/2010, 2.589/2010, 2.696/2011, 2.804/2011, 2.226/2012, 2.589/2010, todos do Plenário).

23. Corroboro, assim, a proposta da unidade instrutiva de converter os presentes autos em tomada de contas especial, com a posterior citação dos responsáveis. No caso do Sr. Antônio Porcino Sobrinho, ex-prefeito, tendo em vista o seu falecimento, deve-se citar seu espólio.

Ante o exposto, Voto por que seja adotado o acórdão que ora submeto à consideração desta 1ª Câmara.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de setembro de 2014.

Ministro BRUNO DANTAS  
Relator