

TC 005.547/2011-3

Tipo: Tomada de Contas Especial (recurso de reconsideração)

Unidade jurisdicionada: Município de Sena Madureira – AC

Recorrente: Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes (CPF 321.973.222-49)

Advogado: Não há.

Interessado em sustentação oral: não há

Sumário: Tomada de contas especial. Execução parcial de convênio. Débito correspondente à parte não executada. Contas irregulares. Débito e multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Razões suficientes para afastar a imputação de solidariedade a sócio-cotista. Provimento do recurso.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recurso de reconsideração (peça 153) interposto por Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes contra o Acórdão 2449/2014 – TCU – 2ª Câmara (peça 111).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1 considerar revéis o Sr. Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes e a empresa SEV – Serviços e Edificações Ltda., nos termos do art. 12, § 3º da Lei 8.443/1992, dando-se prosseguimento ao presente feito;

9.2 com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alíneas b e c, e § 2º da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 19 e 23, inciso III, da mesma Lei, e com arts. 1º, inciso I, 209, incisos II e III, e § 5º, 210 e 214, inciso III, do Regimento Interno/TCU, julgar irregulares as contas dos Sres Nilson Roberto Areal de Almeida, Davy Moreira da Costa, Luiz Raimundo Dantas Leite, Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes e SEV – Serviços de Edificações Ltda., face à inexecução parcial do Convênio 104-PCN/2006;

9.3 condenar, solidariamente, os Sres Nilson Roberto Areal de Almeida, Davy Moreira da Costa, Luiz Raimundo Dantas Leite, Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes e a empresa SEV – Serviços de Edificações Ltda., ao pagamento do valor original de R\$ 172.474,10 (cento e setenta e dois mil quatrocentos e setenta e quatro reais e dez centavos), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento do referido valor aos cofres do Tesouro Nacional, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, calculados a partir de 20/8/2006, até a data do recolhimento, na forma da legislação em vigor;

9.4 condenar, solidariamente, os Sres Nilson Roberto Areal de Almeida, Luiz Raimundo Dantas Leite, Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes e a empresa SEV – Serviços de Edificações Ltda., ao pagamento do valor original de R\$ 498.564,07 (quatrocentos e noventa e oito mil quinhentos e sessenta e quatro reais e sete centavos), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem perante o

Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno) o recolhimento da referida importância ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente e acrescida dos juros de mora, calculados a partir de 20/8/2006, até a data do recolhimento, abatendo-se dessa quantia o valor de R\$ 50.869,91 (cinquenta mil oitocentos e sessenta e nove reais e noventa e um centavos), já recolhido em 10/2/2010, na forma da legislação em vigor;

9.5 aplicar, individualmente, aos responsáveis abaixo a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 267 do Regimento Interno/TCU, nos valores especificados, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para comprovarem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea a, do Regimento Interno), o recolhimento das dívidas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data deste acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor.

9.5.1 Nilson Roberto Areal de Almeida – R\$ 100.000,00;

9.5.2 Davy Moreira da Costa – R\$ 30.000,00

9.5.3 Luiz Raimundo Dantas Leite – R\$ 50.000,00;

9.5.4 Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes – R\$ 50.000,00;

9.5.5 empresa SEV – Serviços de Edificações Ltda. – R\$ 50.000,00.

9.6 autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

9.7 encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Acre, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992 c/c o § 7º do art. 209 do Regimento Interno do TCU, para adoção das medidas que entender cabíveis.

HISTÓRICO

2. Trata-se de Tomada de Contas Especial – TCE instaurada em função de irregularidades na execução do Convênio 104-PCN/2006, no valor total de R\$1.270.276,50, celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Defesa, e o Município de Sena Madureira/AC, para a construção de um estádio de futebol.

2.1. A TCE foi motivada pela execução de apenas 31,18% do objeto do convênio, equivalente a R\$ 396.258,00, conforme atestado em diversas vistorias técnicas feitas pelo Ministério da Defesa (p. 78-81/155-157, peça 4; p. 197-200, peça 6).

2.2. A condenação decorreu exatamente da inexecução do restante do objeto e entendeu-se que a parcela executada, ante a celebração de novo pacto, pode ser aproveitada. Assim, condenou-se a empresa responsável pela inexecução em solidariedade com sus sócios ao pagamento dos valores originais de R\$ 172.474,10 (item 9.3) e R\$ 498.564,07 (item 9.4).

2.3. Neste momento, o recorrente insurge contra a deliberação previamente descrita.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame de admissibilidade contido na peça 159 ratificado pelo Relator, Ministro Vital do Rêgo, com a suspensão dos efeitos dos itens 9.2 a 9.6 do acórdão recorrido (despacho de peça 162).

EXAME DE MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constitui objeto do presente recurso definir se as alegações do recorrente no sentido de não ter qualquer participação, administrativa ou societária, na empresa, apenada por esta Corte, figurando apenas como sócio-cotista são suficientes para afastar a sua condenação solidária.

5. Da participação do recorrente na empresa condenada.

5.1. Defende-se, em síntese, no recurso que o recorrente não detinha qualquer participação na empresa condenada pelo Tribunal, apenas figurava como sócio a pedido de seu cunhado. Colaciona declarações do cunhado e do outro sócio, administrador, isentando-o de quaisquer responsabilidades inerentes à sociedade empresarial.

Análise:

5.2. O instituto da desconsideração da personalidade foi adotado pelo ordenamento jurídico pátrio em diferentes legislações (Código Civil – art. 50, Código de Defesa do Consumidor – art. 28) e duas são as teorias que explicam sua aplicação.

5.3. Em apertada síntese, é afirmado pelo STJ (v.g REsp 970.635-SP) que a teoria maior da desconsideração (consagrada no art. 50 do CC/2002) é a mais usada. Nesta teoria se exige a demonstração de desvio de finalidade (ato intencional dos sócios de fraudar terceiros - teoria maior subjetiva da desconsideração) ou a demonstração de confusão patrimonial (confusão quando não há separação do patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios - teoria maior objetiva da desconsideração).

5.4. Por outro lado, justifica-se a desconsideração pela simples comprovação da insolvência de pessoa jurídica, sendo os prejuízos suportados pelos sócios, mesmo que não exista qualquer prova a identificar a conduta culposa ou dolosa dos sócios ou administradores (teoria menor da desconsideração, prevista no art. 28, CDC). Ainda, de acordo com o STJ no aludido REsp, essa teoria tem-se restringido apenas às situações excepcionabilíssimas.

5.5. No âmbito do Tribunal de Contas da União, tal como no STJ, prevalece a teoria maior da desconsideração (v.g. Acórdãos 2677/2013 e 652/2014, ambos do Plenário).

5.6. Ademais, para o TCU, o instituto representa medida de exceção que somente se justifica em desfavor de quem indubitavelmente tenha se valido da pessoa ficta como anteparo para a prática de ilícitudes.

5.7. Tal entendimento restou explicitado no voto do Acórdão 652/2014 – Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz, **verbis** :

12. No que tange aos responsáveis citados em razão do débito apurado neste processo de TCE, divirjo, com as devidas vênias, da proposta de responsabilização solidária da Srª (...), formulada pela Secex/Desenvolvimento com base na desconsideração da personalidade jurídica da [2] Ltda. e no fato de aquela senhora ter sido sócia administradora da aludida empresa.

13. Em respaldo a essa divergência, ressalto inicialmente que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica representa medida de exceção que somente se justifica, a meu ver, em desfavor de quem indubitavelmente tenha se valido de maneira indevida da pessoa ficta como anteparo para a prática de ilícitudes, o que não se verifica no presente caso, ao menos no que concerne à Srª (...), que sequer assinou os documentos apontados pela Secex/Desenvolvimento em sua fundamentação, quais sejam, recibo de venda da empresa (peça 54, p. 5), procuração pública outorgando plenos poderes ao Sr. (...) (peça 54, p. 6-7) e proposta comercial apresentada pela (...) Ltda. no Pregão Presencial 1/2007-Novo Horizonte (peça 2, p. 11-18, do TC 017.130/2010-7).

5.8. Logo, para se responsabilizar qualquer sócio, seja sócio administrador, seja sócio-cotista, solidariamente, com a empresa há que se apurar a conduta e comprovar que tal responsável se valeu da pessoa ficta para praticar a ilicitude que ocasionou prejuízo ao erário.

5.9. A responsabilidade do ora recorrente restou sustentada nos seguintes termos da instrução, acatada como razões de convicção pelo voto do acórdão condenatório (peça 11), **verbis**:

39. Conforme consulta ao cadastro da empresa em base de dados oficial (peça 8), o quadro societário da empresa é composto pelos Srs. Luiz Raimundo Dantas Leite, sócio-administrador, e Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes, sócio-cotista. No presente caso, porém, não há que se perquirir quais dos sócios detinha o poder de representação da empresa, em virtude de que tanto o sócio-administrador, que possuía o poder de mando para a emissão das notas fiscais fictas, quanto o sócio-cotista, que visualizou inerte a sangria irregular dos recursos públicos à conta da empresa, dificilmente desconheceriam as tais ilegalidades na administração da empresa, pelo padrão que se espera de um homem médio cotista de uma sociedade empresarial, e mesmo ante ao reconhecimento público da execução de obra de tal porte

5.10. Percebe-se que a condenação decorreu da condição de sócio-cotista do recorrente e da sua omissão em relação às ilicitudes cometidas pela sociedade empresária, da qual não era administrador. Não se identificou a conduta comissiva, mas tão somente a conduta omissiva.

5.11. Destaca-se que, como sócio cotista, o recorrente não detinha obrigação legal de ter conhecimento de todos os atos praticados pelos administradores. Também não se tem nos autos levantamento da cota-parte do sócio, pois não foi sequer levantada qual a efetiva participação do sócio-cotista condenado na sociedade.

5.12. É certo que precedente do STJ (REsp 1.315.110-SE) admite a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade limitada modesta, entende-se possível responsabilizar os sócios, inclusive daqueles que, de acordo com o contrato social, não exerça funções de gerência ou administração. Contudo, a despeito da inexistência de qualquer restrição no art. 50 do CC/2002, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica apenas deve incidir sobre os bens dos administradores ou sócios que efetivamente contribuíram para a prática do abuso ou fraude na utilização da pessoa jurídica.

5.13. Assim, para que se adote tal linha de entendimento há que se apurar no mínimo a participação dos sócios, o que no caso em comento não foi apurado. Ademais, não se identificou além da omissão do sócio-cotista condenado, qualquer ação nos ilícitos, seja emitindo as notas fiscais, seja adotando qualquer outra conduta desabonadora.

5.14. Por fim, vale ressaltar, embora não se desconheça a jurisprudência desta Corte, na qual entende-se ser baixo o valor probatório das declarações de terceiros, a declaração prestada pelo sócio-gerente da sociedade empresária (peça 153, p. 4), isenta o sócio-cotista de qualquer participação na gestão da empresa condenada.

5.15. Dessa forma, ante a inexistência de elementos de convicção fortes o suficiente a demonstrar o uso da pessoa ficta pelo condenado para o cometimento de ilicitudes que ocasionaram prejuízos ao erário, entende-se que a pena aplicada ao recorrente deva ser afastada.

CONCLUSÃO

6. Das análises anteriores, conclui-se que:

a) nos termos da jurisprudência do STJ e do TCU prevalece a aplicação da Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração da Personalidade Jurídica e a necessidade da demonstração da conduta desautorizada daquele que usa a pessoa ficta para o cometimento de ilicitudes;

b) não havendo no presente caso demonstração cabal do uso da pessoa ficta pelo condenado para o cometimento das ilicitudes apuradas sua responsabilização solidária à pessoa jurídica deve ser afastada;



6.1. Com base nessas conclusões, propõe-se o **provimento do recurso** e a exclusão da responsabilidade do recorrente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

7. Ante o exposto, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/92, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a) conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento para:
 - a.1) excluir o nome de Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes do julgamento das contas do item 9.2 do acórdão recorrido;
 - a.2) excluir as apenações impostas a Sebastião Erivaldo de Oliveira Gomes tornando sem efeito o débito e a multa a ele imputados por intermédio dos itens 9.3, 9.4 e 9.5 do acórdão recorrido.
- b) dar conhecimento às partes e aos órgãos/entidades interessados da deliberação que vier a ser proferida.

TCU/Secretaria de Recursos/2ª Diretoria,
em 5/10/2015.

Giuliano Bressan Geraldo
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6559-5