



PROCESSO Nº : 16.606-5/2015
INTERESSADO : LUCIANO DE CARVALHO MESQUITA
JOÃO ANTÔNIO CUIABANO MALHEIROS (EX-
SECRETÁRIO)
ASSUNTO : TOMADA DE CONTAS ESPECIAL
RELATOR : CONSELHEIRO INTERINO ISAIAS LOPES DA CUNHA

VOTO VISTA

1. Na sessão do dia **8 de agosto de 2018** da **Colenda Segunda Câmara**, após a leitura do voto do eminente Relator Conselheiro Isaías Lopes da Cunha pedi vista dos autos, por ter relevante interesse sobre a matéria da possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica do *Instituto Creatio* para determina o ressarcimento do erário ao responsável pela aplicação dos recursos e, em razão desse ponto ser divergente ao entendimento do Ministério Público de Contas.
2. Início frisando a competência do Tribunal de Contas para determinar a desconsideração da personalidade jurídica do Instituto Creatio, visto que o ordenamento jurídico não é avesso a que estatais outras, além das judiciárias, possam, no desempenho das suas atribuições legais, valer-se da desconsideração da personalidade jurídica de pessoas jurídicas, com vistas a restabelecer a força e o sentido da lei. Até porque, o TCE/MT no desempenho da missão que a Carta da República diretamente lhe confiou, **orienta-se a preservar o valor constitucional da moralidade administrativa.**
3. Vale, neste passo, recordar que a competência do Tribunal de Contas para reprimir atos desconformes da moralidade administrativa já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, com se vê nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello no **MS n. 25203/DF.**¹

1 STF. Min. Rel. Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não se pode ignorar, neste ponto, que esse poder de fiscalização **repousa** em **insuprimível** atribuição **que assiste** às Cortes de Contas, **no sistema** de direito constitucional positivo vigente no Brasil, **especialmente** se se considerarem os **paradigmas ético jurídicos** que



4. Por outro lado, não obstante inexistir disposição legal específica que conceda ao Tribunal de Contas a atribuição de determinar a desconconsideração da personalidade jurídica em processos de tomada de contas especial, a Lei 12.846/2013, diploma que *“dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública”*, admite, em seu **art. 14**, a decretação da medida em processos administrativos direcionados à apuração da prática de ilícitos por pessoas jurídicas, sendo estendidos os efeitos à pessoa jurídica, seus administradores e sócios.²
5. É sabido que a regra da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas vem admitindo restrições, notadamente nos casos em que ela é utilizada como instrumento para prática de fraudes, desvio de finalidade e abusos de direito, em detrimento dos credores. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, que autoriza ao magistrado a estender em determinadas situações, a responsabilidade patrimonial pelos débitos da pessoa jurídica às pessoas físicas responsáveis, sem que haja a dissolução ou desconstituição da personalidade, vem sendo acolhida pela doutrina desde o final da década de 60, sobretudo, a partir dos nobres estudos de **Rubens Requião**, de modo que, em virtude da ausência de previsão legal expressa no âmbito privado, aplicava subsidiariamente o artigo 135 do CTN.³
6. Nada obsta que, o legislador, tutelando o direito individual subjetivo fundamental garantido pela CR/88, artigo 5º, inciso XXXV: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, entendeu por bem, albergar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no ordenamento normativo brasileiro.

devem pautar a atuação do Poder Público. **A atuação do Tribunal de Contas**, por isso mesmo, **assume importância fundamental no campo do controle externo**. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, **com especial ênfase** para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

- 2 **LEI Nº 12.846/2013: Art. 14.** A personalidade jurídica poderá ser desconconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.
- 3 **CTN: Art. 135.** São **pessoalmente responsáveis** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: **I** - as pessoas referidas no artigo anterior; **II** - os mandatários, prepostos e empregados; **III** - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. (GRIFO NOSSO)



7. A iniciativa pioneira coube ao Código de Defesa do Consumidor, cujas regras foram reprisadas e ampliadas em outras relações que não as de consumo.
8. Eis o rol de leis cujas normas preveem a desconsideração da personalidade jurídica, no atual direito positivo:

a) Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (BRASIL, 1990).

b) Lei nº 8.884/94 (denominada Lei Antitruste), que trata da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica: Art. 18 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 1994).

c) Lei nº 9.605/98 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente): Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

d) Lei nº 10.406/02 (Código Civil Brasileiro): 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. (BRASIL, 2002).

9. Realço que, o Novo CPC/2015, trouxe uma novidade: **o incidente de desconsideração da personalidade jurídica**, com o objetivo de viabilizar a prática forense do “redirecionamento da execução”, quando forem apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a responsabilização de pessoas naturais por atos praticado por pessoas jurídicas. Ainda, previu que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título



executivo extrajudicial.⁴

10. O CDC adotou a **Teoria Menor** e o Código Civil encampou a **Teoria Maior** e, o CPC/2015 instituiu no capítulo destinado à intervenção de terceiros, na esteira do que disciplina o referido artigo.
11. A classificação de tais teorias deu-se graças ao esforço de Fábio Ulhoa Coelho, que subdividiu em “teoria maior” e “teoria menor”. Para ele, a incidência da “Teoria Maior”, de ordem privada, ocorre sempre que configurado abuso do direito mais o dano, tendo como pressupostos o **desvio de finalidade ou a confusão patrimonial**. Já para a aplicação da “Teoria Menor”, de conotação pública, cogente, **basta a prova do prejuízo, do dano ao Estado e a parcela de vulneráveis que protege**, por exemplo, os trabalhadores e os consumidores. Ou seja, dispensam-se pressupostos.
12. Nas relações privadas reguladas pelo Código Civil, a desconsideração da personalidade jurídica requer o **Abuso da personalidade jurídica**, que pode ser tanto **desvio de finalidade** quanto **confusão patrimonial**. Em simples palavras, o *desvio de finalidade seria o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros utilizando a autonomia da pessoa jurídica como um escudo*, ao passo que a *Confusão patrimonial ocorreria nas hipóteses em que, na prática, não há separação entre o que seja patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios*.

4 CPC/2015: Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas. § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º. § 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno. Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.



13. Em síntese, a Teoria Maior da desconsideração (art. 50 do Código Civil) exige, além da insolvência, que se prove o desvio de finalidade (teoria maior subjetiva) ou a confusão patrimonial (teoria maior objetiva). **Já a Teoria Menor (art. 4º da Lei 9605/98, Art. 28, § 5º do CDC e art. 34 da Lei 12.529/11) contenta-se com a prova da insolvência da pessoa jurídica, DISPENSANDO-SE a discussão acerca de eventual abuso de personalidade.**
14. Digo isso, pois, entendo que, em sede de **controle externo** realizado pelo Tribunal de Contas, **máxime pelo interesse público envolvido**, a desconsideração da personalidade jurídica é informada pela **Teoria Menor, DISPENSANDO-SE**, inclusive a discussão de insolvência da pessoa jurídica, consoante o Enunciado 281 do CJF⁵, por meio do qual “a aplicação da teoria da desconsideração da descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.
15. É que, como bem colocado pelo Procurador de Contas Gustavo Coelho Deshamps, **“há uma conduta desidiosa do Sr. Luciano de Carvalho Mesquita e a completa omissão no dever de prestar contas”**, uma vez que não foi realizado o projeto cultural, tampouco a correta aplicação dos recursos públicos arrecadados, o que enseja a caracterização de dano ao erário.
16. Pois bem, para que se possa compreender, ainda que de maneira rápida, o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica é importante lembrar a distinção que o direito das obrigações estabelece entre **débito e responsabilidade** (*Schuld e Haftung*), de modo que teria o débito aquele que efetivamente contraiu a obrigação, enquanto teria a responsabilidade aquele que responde judicialmente com seus bens pelo cumprimento da obrigação.⁶
17. Via de regra, quem tem o débito possui também a responsabilidade. Mas as duas

5 **CJF. ENUNCIADO 281** — Art. 50: A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

6 DIREITO PROCESSUAL ESQUEMATIZADO. Autor: Marcus Vinícius Rios Gonçalves. *Débito e Responsabilidade*.



coisas nem sempre coincidem, tanto que, **nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, o devedor é a pessoa jurídica, a qual deve ser acionada para o cumprimento das obrigações legais; mas se verificados os requisitos legais, poderá o magistrado (entre nós, o Conselheiro) estender a responsabilidade patrimonial as pessoas físicas responsáveis**, autorizando que seus bens pessoais sejam alcançados para fazer frente ao débito.

18. É dizer, quando se desconsidera a personalidade jurídica, não se está a transformar o responsável em codevedor, estendendo-se a ele apenas a **responsabilidade patrimonial** (*Haftung*), permitindo que seus bens sejam atingidos para fazer frente ao débito (*Schuld*), que continua sendo da pessoa jurídica.
19. Isso porque, a partir da constatação da omissão de prestar contas dos recursos públicos arrecadados por meio do convênio, pelo Presidente do *Instituto Creatio* à época, cujo objetivo era a realização do Projeto Inventário de Bens Imateriais da Cultura de Vila Bela da Santíssima Trindade, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), originou a incidência de desconsideração da personalidade jurídica, aplicando a ele a responsabilidade de ressarcimento ao erário dos valores recebidos
20. Saliento, que todo aquele que gere recursos públicos submete-se, por dever constitucional, à obrigação de demonstrar o seu correto emprego, inclusive no que respeita à observância dos princípios que regem a administração pública, definidos no art. 37 da Constituição Federal.
21. A concretização de tal dever se dá mediante a apresentação, no prazo acertado e na forma definida nas normas aplicáveis, de todos comprovantes hábeis a mostrar, de forma transparente, a licitude dos atos praticados e o alcance das metas pactuadas. Assim, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal, este Tribunal mune-se de competência para julgar as contas de todo aquele que gerir bens e valores públicos, a exemplo dos recursos estaduais descentralizados por meio de convênios ou outros instrumentos congêneres.



22. Vê-se, portanto, que, diferentemente das relações de natureza contratual, nas quais a responsabilidade do contratado, em princípio, restringe-se à pessoa jurídica da entidade privada contratada, no caso de convênio entre a administração e outra entidade pública ou privada, o dirigente da entidade conveniente é pessoalmente responsável pela aplicação dos recursos públicos, bem como o prestador das contas.

23. Diante da frustração dos objetivos do convênio assim entende o TCU:

Acórdãos: 3.552/2006 - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. Relator Ministro Substituto André de Carvalho) Convênio e congêneres. Execução parcial. Inutilidade do Objeto. Em casos análogos de execução apenas parcial do objeto (v.g. Acórdãos: 431/2008, da 1ª Câmara, e 49/2008, da 2ª Câmara), **os responsáveis têm sido, em regra, condenados ao pagamento dos serviços contratados e não executados, ao passo que, no caso de falta de geração de qualquer benefício à coletividade, em face da imprestabilidade do que foi executado, eles têm sido condenados à devolução integral dos recursos federais transferidos** (v.g. Acórdãos: 3.552/2006 e 297/2009, da 1ª Câmara, e 3.045/2011, da 2ª Câmara).

Acórdão 1.471/2013 – TCU – Plenário: Em situações como essa, em que **as finalidades do convênio não foram alcançadas, por culpa exclusiva do conveniente, a jurisprudência desta Corte é no sentido de condenar pelo ressarcimento do valor integral.**

24. Aliás, o TCU ainda, tem precedentes no sentido de que é **desnecessária** a desconsideração da personalidade jurídica para se fixar a responsabilidade do dirigente da entidade beneficiária com a transferência de recursos públicos. Vejamos:

Acórdão 9905/2011 – SC: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - Em face da natureza não contratual do ajuste, **não se faz necessária** a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se fixar a responsabilidade do dirigente da entidade beneficiada com a transferência de recursos públicos.

Acórdão 6345/2017 – SC: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - É desnecessária a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização de pessoa física que atua como representante de organização que gere recursos públicos repassados por meio de transferências voluntárias, no caso de dano ao erário causado pela entidade e pelos seus dirigentes. [...] Ademais, conforme já consignado na jurisprudência desta corte (**e.g Acórdãos 2065/2014-Plenário e 9905/2011 - Segunda Câmara**), em face da natureza não contratual do ajuste, não se faz necessária a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para se fixar a responsabilidade do



dirigente da entidade beneficiada com a transferência de recursos públicos. **Em outras palavras, é dispensável a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica para a responsabilização de pessoa física que atua como representante de organização que gere recursos públicos repassados por meio de transferências voluntárias se comprovado o dano ao Erário causado pela entidade e pelo seus dirigentes.**

25. Desse modo, na comprovação da boa e regular aplicação dos recursos e a aprovação da prestação de contas têm por premissa o efetivo atingimento da finalidade pactuada, sob pena de devolução dos recursos.
26. Da análise destes autos, estou convencido de que restou comprovada a responsabilidade do ex-Presidente do Instituto Creatio, pela não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos transferidos, uma vez que era seu dever constitucional, como administrador dos recursos públicos, prestar contas à sociedade, que ela, por meio da força tributária lhe concedeu para realizar ações em seu próprio benefício.
27. Com devido respeito e, por todo o exposto, considero como **irregular** a presente Tomada de Contas e, acolho parcialmente o voto do Conselheiro Relator, coadunando integralmente com o Ministério Público de Contas no sentido de condenar o **Sr. Luciano de Carvalho Mesquita ao ressarcimento integral do débito**, no valor integral do Convênio 80/2009, devidamente atualizado, de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), visando garantir o resultado útil do processo e ainda, preservar a moralidade administrativa fundamentado no artigo 22 caput e § 1º da LINDB⁷, bem como o artigo 70 da CR/88⁸ e os ditames regimentais previsto no artigo 189 caput e § 2º⁹. Uma vez que, entendo necessária desconconsideração da

7 LINDB: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

8 CR/88: Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

9 RITCE/MT: Art. 189. As contas serão julgadas de acordo com os elementos constantes dos autos e demais provas



personalidade jurídica, com dito, no âmbito do controle externo, é **dispensável** a caracterização de abuso de direito, desvio de finalidade e fraude, sendo necessário apenas a configuração do débito, ou seja, a insolvência da pessoa jurídica, responsabilizando a pessoa física que deu causa, no caso, que deveria demonstrar a boa e regular aplicação do dano.

28. Por fim, termino minha ala, acentuando meu convencimento de que o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica se apresenta como importante mecanismo de ressarcimento do dano ao erário, devido a ampliação da responsabilidade patrimonial.

29. VOTO

30. Pelo exposto, **VOTO**, acolhendo **integralmente** o Parecer Ministerial e **parcialmente** o Voto do Relator, no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica do *Instituto Creatio*, guiando-se pela Teoria Menor, conquanto sobejem os pressupostos exigidos pela Teoria Maior, no intuito de atingir o patrimônio do dirigente à época dos fatos, para:
31. **a) responsabilizar o Ex Presidente, Senhor Luciano de Carvalho Mesquita a restituir o débito no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)**, devidamente corrigido de acordo com a legislação vigente, decorrente da não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos oriundos do convênio 080/2009, celebrado com a Secretaria de Estado de Cultura de Mato Grosso, conforme § 1º do artigo 156 do Regimento Interno TCE/MT.
32. **b) aplicar**, ao Sr. Luciano de Carvalho Mesquita **multa de 10%** sobre o valor atualizado do dano acima citado, com base no artigo 287, da Resolução Normativa nº 14/2007.

obtidas através de auditorias, levantamentos, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos, assegurados ao responsável o contraditório e a ampla defesa. *(Nova redação do caput do artigo 189 dada pela Resolução Normativa nº 5/2016).* § 2º. *Para fins de ressarcimento de valores ao erário, é pessoal a responsabilidade do gestor e de qualquer pessoa, que pratique ato ou fato em nome da administração pública respectiva, respeitados em todos os casos, o contraditório e a ampla defesa. (Nova redação do § 2º, do artigo 189 dada pela Resolução Normativa nº 32/2012).*



33. Também, VOTO no sentido de **ENCAMINHAR** cópia do inteiro teor da decisão prolatada, acompanhada dos respectivos relatórios e voto que a fundamentou, para tomarem as providências cabíveis:
34. **c) Ao Ministério Público Estadual** em razão da constatada omissão na prestação de contas, ao órgão competente, da aplicação dos recursos recebidos.

É como voto.

Cuiabá, 18 de outubro de 2018.

(assinatura digital)

Conselheiro Interino **MOISES MACIEL**

Portaria 126/2017