



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tce.es.gov.br
Identificador: D6871-85EE9-5349F



Decisão 00756/2020-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 08426/2017-1

Classificação: Tomada de Contas Especial Instaurada

UG: SECULT - Secretaria de Estado da Cultura

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: Gestor da UG (Secretaria de Estado da Cultura, RICARDO SAVACINI PANDOLFI)

Responsável: JOAO GUALBERTO MOREIRA VASCONCELLOS, MARIZA TEIXEIRA DO ESPIRITO SANTO, ASSOCIACAO DE CINECLUBES DE VILA VELHA

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PROPOSTO PELA ÁREA TÉCNICA – IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DESTA PROVIDÊNCIA EM SEDE DE CORTE DE CONTAS – CITAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA RESPONSÁVEL PELO RECEBIMENTO DAS VERBAS PÚBLICAS ORIUNDAS DE CONVÊNIO.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I- RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial - TCE, instaurada pelo então Secretário de Estado da Cultura - SECULT, Sr. Ricardo Savacini Pandolfi, através da Portaria nº 040-S, de 19.10.17, referente ao Convênio SECULT nº 031/2013 (Processo nº 61823970), firmado com a Associação de Cineclubes de Vila Velha - ACCVV, tendo como objeto a cooperação técnico cultural financeira, entre os partícipes, no sentido de viabilizar apoio para o Curso de Formação Aberta e a Distância em Cineclubismo, nos Municípios de Venda Nova do Imigrante, Linhares, Cachoeiro de Itapemirim, Região do Caparaó e Castelo/ES.

Em 27.10.17, por meio do ofício OF/GABINETE/SECULT/Nº 00464/2017, foi comunicado a esta Corte de Contas, nos moldes do art. 5º, da Instrução Normativa TC nº 32/2014, a instauração, por meio da Portaria nº 040-S/2017, da referida Tomada de Contas Especial.

Através da **Decisão Monocrática nº 396/2018-2**, determinei a notificação do Sr. João Gualberto Vasconcellos, Secretário da pasta, para que encaminhasse o processo de Tomada de Contas Especial a este Tribunal em até 10 (dez) dias.

Por meio do OF/GABINETE/SECULT/Nº 83/18 a Secretaria de Estado da Cultura - SECULT solicitou a prorrogação do prazo para apresentação do relatório final por outros 50 (cinquenta) dias, visando atender diligências indicadas pela Secretaria de

Estado de Controle e Transparência - SECONT, contidas na Manifestação CCON nº 007/2018, tendo sido deferido tal prazo através da Decisão Monocrática nº 526/18.

Então, em 29/05/2018, a Secretaria de Estado da Cultura - SECULT, através do OF/GABINETE/SECULT/Nº 178/2018, encaminhou os autos do processo administrativo (Tomada de Contas Especial) nº. 79905129/2017, referente ao Convênio SECULT nº 031/2013, celebrado com a Associação de Cineclubes de Vila Velha.

Diante disso, os autos foram encaminhados à Secretaria de Controle Externo de Fiscalizações não Especializadas – SecexMeios para análise e instrução, tendo sido elaborada a **Manifestação Técnica nº 00549/2018-3**, que apontou 10 (dez) pendências, apresentando proposta de encaminhamento para saneamento do processo. Tal manifestação foi encampada decidindo-se pela notificação do Sr. João Gualberto Vasconcellos para que, no prazo de 30 (trinta) dias, providenciasse a regularização do feito

Cumprida a determinação, foram os autos novamente encaminhados a Secretaria de Controle Externo de Fiscalizações não Especializadas – SecexMeios, que elaborou a **Manifestação Técnica nº. 464/2019-3**, com a seguinte proposta de encaminhamento:

4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1. Sejam os autos encaminhados ao gabinete do Conselheiro Relator para que com fundamento no artigo 1º, VIII, da Lei Complementar nº 621 de 08 de março de 2012 (DOE. 19/03/2012) e no art. 5º do Regimento Interno do TCEES, Resolução nº 261 de 04/06/2013, quanto à proposta de desconsideração da personalidade jurídica da associação sem fins lucrativos, conforme argumentação consignada no **item 3.3** da presente Manifestação Técnica;

4.2. Seja promovida a **CITAÇÃO** do responsável abaixo arrolado para que, no prazo a ser assinalado por este Tribunal, recolha espontaneamente os valores sujeitos a imputação de débito ou apresente as alegações de defesa que entender cabíveis quanto às ocorrências indicadas no quadro demonstrado a seguir:

Responsável	Subitem	VRTE ¹
MARIZA TEIXEIRA DO ESPÍRITO SANTO	3.2 a) Despesas realizadas sem interesse público	47.176,28

¹ VRTE referente ao exercício de 2014 = R\$ 2,5210

A **Instrução Técnica Inicial (ITI) nº. 141/2019-4** sugeriu a citação da responsável para apresentar defesa e/ou recolher a quantia devida de **47.176,28 VRTE**, pelo descumprimento do subitem 2.1.2 “h” do mencionado convênio e do art. 20, § 7º, c/c art. 31 da Portaria AGE/SEFAZ nº 01-R/2006.

Por sua vez, o Plenário deste Tribunal de Conta, acompanhando o voto do Relator, encampou integralmente a proposta contida na **Manifestação Técnica nº. 00549/2018-3**, decidindo por **instaurar** o incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica da entidade Conveniente - Associação Cineclubes de Vila Velha e **citar** a responsável, **Sra. MARIZA TEIXEIRA DO ESPÍRITO SANTO**, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentasse alegações de defesa com relação ao incidente instaurado.

Após a citação da responsável, e colacionadas as respectivas razões de justificativas, retornaram os autos à Secretaria de Controle Externo de Fiscalizações não Especializadas – SecexMeios para prosseguimento da instrução, tendo sido elaborada a **Manifestação Técnica nº. 8785/2019** cuja conclusão e proposta de encaminhamento fez constar que:

3. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1. Desconsiderar a personalidade jurídica da Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACCV (conveniente), transferindo a responsabilidade para **Sra. MARIZA TEIXEIRA DO ESPÍRITO SANTO**, como sócia administradora da Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACCV, nos termos do art. 50 do Código Civil.

3.2. Caso a decisão seja por **desconsiderar a personalidade jurídica da conveniente, Citar a Sra. MARIZA TEIXEIRA DO ESPÍRITO SANTO**, como sócia administradora da Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACCV, nos termos do artigo 56, III, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 e do artigo 157, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, aprovado pela Resolução TC 261/2013, para que apresente alegações de defesa com relação ao indício de irregularidade apontado na Manifestação Técnica 464/2019-3 e/ou recolha a importância devida, referente a entrega de Prestação de Contas Final que não atende aos requisitos legais do Convênio SECULT nº 031/2013 (Processo nº 61823970).

3.3. Caso seja por **não desconsiderar a personalidade jurídica da conveniente, Citar a Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACCV**, nos termos do artigo 56, III, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 e do artigo 157, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, aprovado pela Resolução TC 261/2013, para que apresente alegações de defesa com relação ao indício de irregularidade apontado na Manifestação Técnica 464/2019-3 e/ou recolha a importância

SS/RC

devida, referente a entrega de Prestação de Contas Final que não atende aos requisitos legais do Convênio SECULT nº 031/2013 (Processo nº 61823970).

Por fim, vieram os autos ao gabinete do Relator para a elaboração de voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

No bojo da **Manifestação Técnica nº. 0464/2019** aventou-se a possibilidade de este Tribunal de Contas, no caso sob exame, proceder à desconsideração da personalidade jurídica da Associação de Cineclubes de Vila Velha –ES, em face dos artigos 133 a 137 do novo Código de Processo Civil que, na visão da área técnica, pacificaram o entendimento jurisprudencial sobre a desnecessidade de ação autônoma para que a responsabilidade da pessoa jurídica seja atribuída ao sócio, incidindo o dano sobre seu patrimônio, descritos pela área técnica deste TCEES da seguinte forma:

(...)

“Em se tratando da competência das cortes de contas sobre a matéria, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU já decidiu no Acórdão nº 2193/2017 – Plenário, de 04/10/2017:

‘O TCU pode julgar de forma direta, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, as contas de sócios de empresa que participaram ativamente de irregularidade da qual resultou prejuízo ao erário, uma vez que os arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição Federal não faz distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição de débito.

No exercício de suas competências constitucionais, o TCU pode desconsiderar a personalidade jurídica para atingir os verdadeiros responsáveis pelos atos tidos como irregulares. A desconsideração da personalidade jurídica não é atividade privativa do Poder Judiciário.

O Tribunal poderá desconsiderar a personalidade jurídica de empresa contratada, caso fique comprovado que seja ela de fachada, com a verificação de abuso de direito e dano ao erário, para responsabilizar os sócios de direito e/ou de fato, ou apenas estes últimos se forem eles os únicos beneficiários do ajuste’.

É cabível a desconsideração da personalidade jurídica de entidade sem fins lucrativos, quando constatado abuso de personalidade em face de desvio de finalidade, a fim de responsabilizar seus administradores ou sócios/fundadores por dano causado à entidade, nos termos do art. 50 do Código Civil.

Em consulta ao site da Receita Federal mostram que do Cadastro Nacional da pessoa jurídica conveniente se emite o Comprovante de Situação Cadastral constar no site da Receita Federal o status de “INAPTA”, cuja data da situação cadastral é desde a data de 28/11/2018 em relação a empresa responsabilizada por motivo de “OMISSÃO DE DECLARAÇÕES”. Assim, como as informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal do Brasil –RFB sobre o contribuinte são insuficientes para emissão de certidão negativa por meio da internet, conforme documentos juntados aos autos.

SS/RC

Anota-se que a legislação pátria colhe a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em hipóteses de falência, insolvência ou encerramento das atividades da sociedade empresária, caso manejada a personalidade jurídica como obstáculo ao ressarcimento por ato praticado com abuso de poder, por meio de fraude ou para prejudicar terceiros em nome da sociedade, mas não pacificou quanto à desconsideração da personalidade das associações civis, caracterizadas pela união de pessoas que se organizam para a execução de atividades sem fins lucrativos.

Entretanto, sendo certo que no presente caso, há o encerramento irregular da empresa conforme documentos acostados aos autos de ausência de prestação de contas na esfera estadual e federal, logo se constitui importante indício de abuso da personalidade, apto a embasar a decisão da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para se buscar a satisfação do credor no patrimônio individual dos sócios administradores.

Doutrinariamente, se entende que, ao se desconsiderar a personalidade jurídica de uma associação, pouco restará para atingir, pois os associados não mantêm qualquer vínculo jurídico entre si, por força do artigo 53 do Código Civil. Realizam atividades de valores sociais, sem fins econômicos (art. 53, caput, do Código Civil), não havendo obrigações recíprocas entre os associados (art. 53, parágrafo único, do Código Civil).

Contudo, dos pressupostos já observados: a demonstração do desvio da finalidade do plano de trabalho proposto com a SECULT e o dano ao erário são fatos consumados. Também, presume-se a insolvência da convenente pelo encerramento ou situação irregular com existência de inscrição com CNPJ de “fachada” perante a Receita Federal do Brasil.

Diante disso, propõe-se ao Relator pela desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, responsabilizando pessoalmente seu sócio administrador por dano ao erário.”

Ocorre que a questão da desconsideração da personalidade jurídica, em que pese aos consensos teóricos e, principalmente, os avanços procedimentais alcançados na legislação que trata de sua aplicação na seara judicial – principalmente aqueles inaugurados com o CPC/2015 –, ainda é bastante controversa no âmbito administrativo e, por assim dizer, em Tribunais que embora exerçam funções judicantes, não integram a estrutura do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, com os Tribunais de Contas.

Isso se dá porque o entendimento até então vigente, segundo o qual a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo seria possível, fundamentado nos princípios da moralidade e da indisponibilidade do interesse público – inclusive cancelada por julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Contas da União (TCU) e outros tribunais Brasil afora – encontra-se em xeque.

De acordo com posicionamentos recentes, à luz do CPC/2015, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, em regra, deve ocorrer por intermédio de um incidente, denominado no art. 133 do referido diploma normativo como “incidente

de desconsideração da personalidade jurídica”, procedimento este caracterizado, a meu ver, por sua natureza jurisdicional típica, cabendo tão somente ao Estado-juiz – e não a órgãos administrativos e demais órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, especificamente – se pronunciar sobre os requisitos necessários ao seu provimento, tendentes a afastar os efeitos da personificação.

Sobre tais aspectos, esclarecedoras são as lições de Marçal Justen Filho², quando afirma que:

A Lei 13.105/2015 introduziu uma inovação relevante no tratamento da questão da desconsideração da pessoa jurídica. (...). Foi instituído um incidente específico de desconsideração da pessoa jurídica (art. 133 a 137). Segundo a disciplina adotada, a desconsideração da personalidade societária somente pode ser adotada como resultado de uma pretensão específica da parte, a ser resolvida por meio de uma decisão própria.

[...]

Portanto, tornou-se vedado decidir sobre a desconsideração de modo incidente ou de ofício.

[...]

Isso significa que a desconsideração foi reconhecida como decorrente de um provimento jurisdicional constitutivo negativo autônomo. Exige-se que o tema seja examinado de modo específico e que seja produzida uma decisão suspendendo a eficácia da personificação societária em vista de fatos precisos e definidos.

[...]

A suspensão da eficácia dos atos administrativos pertinentes à personificação somente pode ser produzida mediante um **provimento jurisdicional típico. Cabe ao Estado-Jurisdição examinar a presença dos requisitos necessários à desconsideração e emitir um provimento afastando os efeitos da personificação e fixando as condições e limites aplicáveis.**

11.7.5) A **vedação à desconsideração sem intervenção jurisdicional** A disciplina da Lei 13.105/2015 implica a vedação à efetivação da desconsideração sem intervenção jurisdicional. **Nenhum sujeito privado ou público dispõe de atribuições para afastar os efeitos da personificação - somente o Estado-Jurisdição pode adotar essa solução.**

11.7.6) Nem se contraponha que a Administração Pública disporia de competência para promover a autotutela dos próprios interesses, inclusive alterando a eficácia de atos administrativos. Inquestionável que a atribuição da personalidade jurídica resulta de um ato administrativo.

[...]

Nem caberia invocar a supremacia do interesse público como fundamento para a autoridade administrativa promover a desconsideração da personalidade societária. Independentemente de qualquer disputa sobre essa concepção, afigura-se inquestionável que a ordem jurídica prevê a existência da pessoa jurídica e lhe atribui certa eficácia. **Tal como previsto na Lei 13.105/2015, a suspensão da eficácia da personificação societária é um**

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1378-1379.

resultado a ser obtido mediante a provocação ao Estado-Jurisdição.

Logo, a Administração não dispõe de atribuições para impor a desconsideração mediante a simples invocação da supremacia do interesse público. Há um impedimento jurídico formal, que afasta a possibilidade de aplicação da desconsideração por atuação isolada da autoridade administrativa.

[...]. Por decorrência, a desconsideração da personalidade societária, em face da autoridade administrativa dependerá da obtenção de um provimento jurisdicional. Se for verificada a ocorrência de eventos que configurem o uso abusivo da pessoa jurídica, a autoridade administrativa será investida no poder-dever de provocar o Poder Judiciário, para obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência de práticas abusivas e estabeleça as condições e os limites da desconsideração.

(grifei)

Muito embora a área técnica tenha se valido de decisão proferida no âmbito do Tribunal de Contas da União para amparar a proposta de desconsideração da personalidade jurídica da entidade conveniente, verifica-se que nesta mesma Corte há decisão divergente, senão vejamos:

[ACÓRDÃO]

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 1º, XXIV, e 169, V, na forma do art. 143, V, “a”, todos do RI/TCU, e de acordo com o parecer da unidade técnica emitido nos autos, ACORDAM, por unanimidade, em conhecer da presente denúncia, não adotar a medida cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do Tribunal, uma vez não estarem presentes os requisitos necessários à sua adoção, retirar a chancela de sigiloso, encerrar o processo e arquivar os autos, fazendo-se as determinações descritas abaixo.

[...]

1.8. Determinações/Recomendações:

1.8.1. dar ciência ao Departamento Regional do Sesi no Estado de Minas Gerais acerca das seguintes falhas constatadas no âmbito da concorrência Sesi/DR-MG 7/2016:

[...]

1.8.1.2. **Previsão da aplicação, por meio do item 12.6 do edital, no âmbito administrativo, da desconsideração da personalidade jurídica da contratada, medida essa que constitui instituto de direito processual, e depende do incidente previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, razão pela qual não pode ser aplicada administrativamente** (item 33 dessa instrução).

(grifei)

Tem-se, desta forma, que mesmo no âmbito do Tribunal de Contas da União o tema ainda não encontrou pacificação.

Cumprido registrar que, antes mesmo do advento do novo CPC, o eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 32.494 – DF, já havia sinalizado que a adoção da *disregard*

doctrine em processos administrativos é bastante discutível, inclusive sob o aspecto constitucional:

[...]

Todas as considerações que venho de fazer, ainda que expostas em sede de sumária cognição e fundadas em juízo meramente precário (sem qualquer manifestação conclusiva, portanto, em torno da postulação mandamental), levar-me-iam a denegar o pleito cautelar ora deduzido na presente causa. Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, **seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.**

(grifei)

Há, ainda, manifestação mais recente do Pretório Excelso, no bojo do MS nº 35.506 e 35.920, ambos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, nos quais foram deferidas medidas liminares para suspender a determinação atinente à desconconsideração da personalidade jurídica dos respectivos impetrantes, justamente por entender este julgador inexistir respaldo normativo expresso para tal desconconsideração pelo TCU, não havendo o Supremo ainda se pronunciado sobre a respectiva viabilidade no âmbito administrativo.

Por todas essas razões, revendo posicionamento por mim já adotado anteriormente, e divergindo do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, entendo, por ausência de autorização legal para tal, descaber a esta Corte de Contas a adoção do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, motivo pelo qual deixo de aplicá-la no caso concreto, acolhendo somente a proposta contida no item 3 (“Conclusão e Proposta de Encaminhamento”), sub-item 3.3, contida na Manifestação Técnica nº. 08785/2019, para determinar a **citação** da Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACVV, por meio de seu representante legal, a fim de que possa apresentar justificativas nos autos.

Ante o exposto, e divergindo do entendimento exposto pela área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0756/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. NÃO ACOLHER a proposta da área técnica de descon sideração da personalidade jurídica da Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACVV, ante a ausência de previsão legal expressa autorizadora de tal providência no âmbito deste Tribunal de Contas, bem como de precedentes do Supremo Tribunal Federal – STF que não recomendam tal possibilidade;

1.2. CITAR a Associação de Cineclubes de Vila Velha – ACVV para que, nos termos do artigo 56, III, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 e do artigo 157, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, aprovado pela Resolução TC 261/2013, para que apresente alegações de defesa com relação ao indício de irregularidade apontado na Manifestação Técnica nº. 00464/2019-3 e/ou recolha a importância devida, referente a entrega de Prestação de Contas Final que não atende aos requisitos legais do Convênio SECULT nº 031/2013 (Processo nº 61823970).

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/07/2020 - 14ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sergio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente