XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

MARIA DE FATIMA RIBEIRO

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Maria De Fatima Ribeiro, Roney José Lemos Rodrigues de Souza – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-163-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Empresarial. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho nº 41 - Direito Empresarial, durante o XXV CONGRESSSO NACIONAL DO CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito realizado em Brasília - DF, entre os dias 06 a 09 de julho de 2016, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UNB), Universidade Católica de Brasília (UCB), Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), todos localizados na cidade sede.

Os trabalhos apresentados propiciaram importante debate, em que profissionais e acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas considerando o momento econômico e político da sociedade brasileira, em torno da temática central - Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática foi pensada para se refletir sobre as intensas transformações ocorridas no Brasil do passado e contemporâneo, na busca por satisfazer o desejo coletivo de superar ou minimizar a desigualdade.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento da área jurídica e afim. Os temas apresentados no Grupo de Trabalho – Direito Empresarial tiveram como destaques as abordagens sobre falência, recuperação judicial, sociedades empresariais, lei anticorrupção e compliance, função social da empresa entre outros. A doutrina dessa nova empresarialidade demonstra que a atividade empresarial deve se pautar, entre outros aspectos, em princípios éticos, de boa-fé e na responsabilidade social.

Os 25 artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Direito do Trabalho, na medida em que abordam itens ligados à responsabilidade de gestores, acionistas e controladores, de um lado, e da empresa propriamente de outro. Resgata, desta forma, os debates nos campos do direito e áreas especificas, entre elas a economia. De igual modo, de forma contextualizada há a observância do compromisso estabelecido com a interdisciplinaridade.

Todas as publicações reforçam ainda mais a concretude do Direito Empresarial, fortalecendo-o como nova disciplina no currículo do curso de graduação e as constantes ofertas de cursos de especialização e de stricto sensu em direito.

O CONPEDI, com as publicações dos Anais dos Encontros e dos Congressos, mantendo sua proposta editorial redimensionada, apresenta semestralmente os volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, os artigos científicos que resultam dos eventos que organiza, mantendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias, com vistas ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, considerando também a realidade econômica e financeira internacional que estamos vivenciando, com possibilidades abertas para discussões e ensaios futuros.

Espera-se, que a presente publicação possa contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

Convidamos os leitores para a leitura e reflexão crítica sobre a temática desta Coletânea e seus valores agregados.

Nesse sentido, cumprimentamos o CONPEDI pela feliz iniciativa para a publicação da presente obra e ao mesmo tempo agradecemos os autores dos trabalhos selecionados e aqui publicados, que consideraram a atualidade e importância dos temas para seus estudos.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro - UNIMAR

Prof. Dr. Roney José Lemos Rodrigues de Souza - UNICAP

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz - UIT

Coordenadores

PODERES E LIMITAÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PELA PRÁTICA DE ATOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

PODERES Y LIMITACIONES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL: RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO POR LA PRÁCTICA DE ACTOS CONTRA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Roney José Lemos Rodrigues de Souza [1]
Raymundo Juliano Feitosa [2]

Resumo

Este estudo trata dos fundamentos constitucionais do controle do setor público no Brasil através do Tribunal de Contas. Pretende-se apresentar, com linguagem simples e didática, os aspectos relevantes que abrangem o sistema constitucional orçamentário e de controle, e, nesse ponto, reconhecer a possibilidade de atuação administrativa do Tribunal de Contas para fins de responsabilização dos dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a administração pública.

Palavras-chave: Tribunal de contas, Poderes, Limitações

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio se ocupa de los fundamentos constitucionales del control del sector público en Brasil por acto del Tribunal de Cuentas. La intención es tratar del tema en lenguaje actual, sencilla y didáctica, los aspectos relevantes referidos al presupuesto y controlar el sistema constitucional, y en este punto se reconoce la posibilidad de la acción administrativa del Tribunal de Cuentas a efectos de determinar la responsabilidad de los directores o gerentes de las personas jurídicas de derecho privado de la practica de actos contra la administración pública.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tribunal de cuentas, Poderes, Limitaciones

---

[1] Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) /Espanha. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e da Faculdade Marista do Recife/PE. Advogado.

[2] Doutor em Direito pela Universidad Autonoma de Madrid/Espanha. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, da Universidade do Estado da Paraíba - UEPB e da ASCES.

1. Introdução

Principal objetivo do presente texto é discutir os poderes e os limites na atuação dos tribunais de contas no Brasil. Trata-se de explicitar como no marco constitucional de 1988 foram fixados os meios que possibilitam o exercício de controles sobre as contas gerais da república, enfim, verificar os âmbitos objetivos e subjetivos das atuações dos citados tribunais, ou seja, como pode atuar um órgão técnico, auxiliar do parlamento, no controle financeiro externo.

Partimos de hipótese de que é inegável a ampliação de poderes concedida aos tribunais de contas, no processo de elaboração constituinte de 87/88; contudo, existe também o reconhecimento de que os avanços poderiam ter sido mais significativos, vez que propostas neste sentido foram apresentadas.

2. A ideia de Controle

A ideia de controle como meio idôneo para obter um equilíbrio entre grupos sociais e politicamente distintos é clássica na teoria política e, em particular, na teoria do Estado. Contudo, como assinala Cazorla Prieto (1979, pp. 81-82), a configuração jurídica de tal controle somente surgiu com o constitucionalismo liberal do século XIX. Seguramente, os marcos teóricos mais longínquos nos remetem para Políbio, Guilhermo de Ockam e Montesquieu, dentre muitos outros que estabeleceram o princípio da separação de poderes e na existência da regra do equilíbrio entres os distintos centros de Imputação políticos como meios legítimos e idôneos para garantir o bom governo.

Enfim, como afirma Garcia-Trevijano, (1953, p. 242), “o controle supõe um exame de algo. Definimos a função de controle como a possibilidade concedida a um órgão de investigar com fins de reparação ou de prevenção, e em vista de um certo interesse confiado a seu cuidado, a atuação de outro órgão.”

É evidente que não podemos esquecer a distinção entre controle financeiro externo e o controle político que realize o Congresso Nacional, daí a existência dos tribunais de contas. O

controle político do fato financeiro como assinalamos antes é tarefa do Poder Legislativo, que o efetua através de um julgamento político da gestão financeira e que consoante dispõe a Constituição Federal de 1988, inúmeras são as consequências políticas que podem ser extraídas.

3. A experiência Estrangeira

Como observa Ferreira Filho, (1996, p. 139), "a existência de um órgão especializado que fiscalize a realização do orçamento e a aplicação do dinheiro público pelas autoridades que o despendem, é necessidade de há muito sentida no Brasil e fora dele".

Uma questão enfrentada com certa recorrência na doutrina estrangeira diz respeito à natureza de órgão constitucional dos tribunais de contas. Como é sabido, o fato da inserção formal de uma instituição no âmbito constitucional, não significa que esta seja um órgão constitucional no sentido estrito do termo, por lhe faltar dentre outros elementos, características que a doutrina de plano atribui a estes (CARZOLA PRIETO, 1979, p. 97).

Contudo, o Tribunal de Contas se constitui, em qualquer das experiências estrangeiras, em um órgão de relevância constitucional, vez que na maioria destas aparece como órgão auxiliar do Poder Legislativo.

Grosso modo, é possível afirmar que "o sistema" do Tribunal de Contas, em geral, caracteriza-se por ter uma estrutura colegial, dotada de poderes jurisdicionais e de poderes não jurisdicionais de controle financeiro.

4. O Tema da Constituinte

Nos debates travados na constituinte 87/88, podemos afirmar que entre os poucos tópicos que obtiveram consenso foram: de um lado, a necessidade de configuração de um novo sistema orçamentário, e de outro, o estabelecimento de novos meios de controle financeiro, isto é, a adoção de mecanismos capazes de configurar um orçamento e uma

fiscalização financeira modernos e eficazes, suficientemente positivos para potencializar o controle parlamentar sobre o gesto público.

O consenso começa e termina na necessidade apontada antes, pois a configuração de tal sistema orçamentário – reconhecidamente necessário- por sua vez conduz a um notável dissenso, como mais adiante demonstraremos.

Durante a etapa que ficou conhecida como de "audiência" dos notáveis, o professor James Giacomoni, da Universidade Federal de Santa Maria (RS), dentre outras propostas formulou proposição no sentido de que a ampliação da participação do legislativo deveria superar os mecanismos de controle e fiscalização, limitados aos aspectos legais e formais até então postos em prática, estabelecendo bases para uma avaliação substantiva do gasto público (GIACOMONI, 1986, pp. 3-8).

Também foi ouvido Antônio Augusto Amado, da Associação Brasileira de Orçamento Público, que dentre outras propostas, insistiu na necessidade de assegurar meios capazes para garantir a transparência e controle satisfatório do gasto público.

O então ministro do TCU, Alberto Hoffman, salientou ser imperioso manter o Tribunal de Contas vinculado ao Poder Legislativo, estabelecendo num capítulo próprio as disposições relativas a este tribunal, e acrescentando também ser oportuno ampliar as tradicionais tarefas cometidas ao tribunal.

Contudo, a mais veemente intervenção no sentido de atribuir novas as mais amplas funções ao Tribunal de Contas, foi a de Ewald Pinheiro, aquela época ministro do Tribunal de Contas da União. Assinalou que sua preocupação fundamental estava referida com a configuração: papel e funções de TCU, e acrescentou que às distintas constituições correspondem distintos Tribunais de Contas. Entendeu também que seria necessário ampliar os limites até então Impostos à atuação do TCU, relativamente a empresas públicas e sociedades de economia mista. E concluiu formulando sua extremamente polêmica tese: fixar instrumentos que permitam ao Tribunal examinar o mérito do gasto público, ainda que, reconheça a existência na administração, de um pensamento, uma ideia de que o Tribunal não pode examinar a utilidade, a conveniência e a oportunidade de um gasto.

Recordemos aqui, que tanto nos debates durante o período pré-constituinte como nos trabalhos de subcomissão específica e na própria Comissão de Tributação e Orçamento, o reclamo permanente relacionado com as marcadas deficiências – registradas naquela ocasião – no funcionamento do Tribunal de Contas e a necessidade de transformações radicais, foram então, a nota comum e preponderante; as características mais gerais de tais questionamentos estavam relacionadas, dentre outros, com os seguintes aspectos: organização requisitos e condições para nomeação de seus ministros, atribuições: natureza de sua função (jurisdicional ou não), competência, e a questão dos Tribunais de Contas nos Estados e municípios.

O amplo leque de temas relacionados com o Tribunal de Contas nos dá ideia da importância que teve na ordenação constitucional do Brasil, nos anos oitenta. Chamamos atenção agora, para um aspecto crucial na temática em discussão, pois, como há assinalado José Afonso da Silva (1990, p. 628), o princípio da prestação, de contas da administração pública, direta e indireta, contida no art. 34, VIII, d, só tem eficácia como princípio do Estado democrático enquanto as instituições de controle destas contas gozem de autonomia e prestígio para o cumprimento dessa considerável tarefa; do contrário tudo não passará de mero exercício de formalidades, vazias de resultados práticos. Ademais, entendemos que a fórmula constitucional estabelecida no caput do art. 70, faz referência direta à questão da legitimidade do gasto público, e neste sentindo estamos de acordo com Regis de Oliveira (1999, p. 214), quando observa que "o Tribunal de Contas ficou autorizado a examinar se determinado gasto satisfaz o interesse público, reduzindo assim o âmbito do mérito administrativo".

De qualquer forma, já entendíamos que em vista do esquema constitucional precedente, a estrutura constitucional de 1988 no relativo ao Tribunal de Contas é bastante distinta e de signo positivo, uma vez que melhorou de forma satisfatória a maneira notável, a ingerência perniciosa e antiética do executivo, ao impedir que possa indicar e nomear todos os ministros.

Em resumo, neste tópico, afirmamos que no tema do controle externo realizado pelo Tribunal de Contas nos encontramos ante um quadro que tem, de um lado, um passado que não permite tirar conclusões positivas e de outro, um esquema constitucional que se apresenta

como idôneo e satisfatório, porém que depende em sua quase totalidade da pós-constituição, isto é, da efetiva prática constitucional.

5. A Versão Definitiva na CF 1988: Tribunal de Contas, localização e estrutura no marco Constitucional de 1988.

A Constituição Federal deixa explícito no art. 71 (do Poder Legislativo, Título IV, Capítulo I, Seção (X) o papel do TCU, enquanto órgão de realização do controle externo, concluindo-se que sua inserção em tal *locus* constitucional, assinala sua condição de órgão auxiliar e de orientação do Poder Legislativo, competente para praticar atos de natureza administrativa, referidos fundamentalmente, à atividade fiscalizadora.

Afirma José Afonso da Silva (1996, p. 684-685) que "o controle externo é, pois, função do poder legislativo, (...) com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes, sobre a administração financeira e orçamentária." De forma contundente, arremata o autor, ao afirmar que Tribunal de Contas "se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais, como às vezes se sustenta, à vista da expressão 'julgar contas' referida à sua atividade." (art. 71, I).

Sem dúvida que uma das questões mais recorrentes, quando está em debate o controle e a fiscalização das contas públicas, é o da natureza do controle realizado. Para uns de ordem técnica, logo administrativa; para outros de natureza política, possivelmente pela inserção dos tribunais de contas no âmbito do Poder Legislativo, e por último judicial. Todavia, como vimos, José Afonso da Silva, entende que o controle externo é efetivamente realizado por um órgão que possui natureza política (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais), derivando daí certa "contaminação" política na atuação de órgão que possui natureza técnica; sobre a afirmação é importante assinalar que a ideia de contaminação é literal do autor citado. (SILVA, 1996, p. 690). Ao final, reafirma sua convicção de que o Tribunal de Contas é órgão técnico, sem funções jurisdicionais, uma vez que proceder ao

julgamento de contas ou da legalidade de atos para registros é sem dúvida atribuição de natureza técnica (SILVA, 1996, p. 690).

Desde um ponto de vista genérico, é possível afirmar que outro constitucionalista de escol, como é o caso de Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2012), não obstante este último realiza destacado esforço no sentindo de realçar que o Tribunal de Contas, ainda que vinculado ao Legislativo, é assimilado aos tribunais judiciários. Em consonância com os argumentos supra, Celso Ribeiro Bastos (1996, p. 319) observa que, "Cumpre lembrar que, embora os membros do Tribunal de Contas da União sejam designados por Ministros, não são eles magistrados".

Mas ao fim e ao cabo, não há como deixar de pôr em evidência a doutrina construída pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao tema em questão. Assim é que, apreciando um Mandado de Segurança sobre a competência do TCU, a Suprema Corte brasileira, afirmou que: "Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se de modo extremamente significativo a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, operacional, e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direita e indireta".

6. As Atribuições dos Tribunais de Contas na CF 1988

Consoante o disposto no art. 71 da CF/88, as funções fundamentais, basilares dos Tribunais de Contas, podem ser distribuídas ou especificadas em oito distintos grupos, a saber: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidora (BUGARIN, 1995, pp. 65-66).

Por sua vez, José Afonso da Silva (1996, p. 690), entende que tal atividade controladora envolve os seguintes aspectos:

a) a legalidade, traduzindo-se como o atendimento aos marcos normativos pertinentes, nas atuações dos órgãos públicos;

b) a legitimidade, entendendo como tal a avaliação do atendimento ao interesse público;

c) A economicidade, entendendo a verificação de uma relação custo-benefício, aceitável;

d) a fidelidade funcional, daqueles que respondem por bens e valores públicos;

e) o cumprimento e os resultados dos programas de trabalho e das metas estipulada, quer em unidades de obras e serviços (em termos físicos), quer na expressão monetária de tais programas.

7. Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a administração pública.

É sabido que as pessoas jurídicas constituídas com propósitos empresariais são administradas por uma ou mais pessoas designadas no ato constitutivo ou em instrumento apartado.

A administração é, portanto, o órgão da pessoa jurídica incumbido de fazer presente a sua vontade no mundo exterior. É por meio desse órgão que a pessoa jurídica assume obrigações e exerce direitos. Assim é que a pessoa jurídica adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de um terceiro, seja um procurador constituído pela pessoa jurídica, seja sócio ou não, desde que seja escolhido na forma e nos termos do ato constitutivo e no marco da legislação pertinente.

Colocadas essas premissas, é possível aprofundar a análise para reconhecer que os administradores da pessoa jurídica, em razão pura e simplesmente dessa condição, na execução de atribuições e no exercício dos poderes inerentes as suas funções, podem causar

prejuízos à própria pessoa jurídica, mas também – e, sobretudo – aos terceiros, especialmente em decorrência do inadimplemento de obrigações privadas e/ou públicas, cuja satisfação pode restar prejudicada diante da insuficiência de bens da pessoa jurídica, notadamente em caso de decretação da falência, que resultará na provável – ainda que não seja obrigatória – paralisação da atividade econômica e consequente cessação da potencial geração de riquezas.

É por isso que se exige do administrador da pessoa jurídica, no exercício de suas atribuições, os deveres de cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. Não por outra razão é que se proíbe o desenvolvimento de tal função às pessoas impedidas por lei especial, bem como aos condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou condenados por crime falimentar, de prevaricação, suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação[1].

Embora, em regra, não seja o administrador pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da pessoa jurídica e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder (i) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; (ii) com violação da lei ou do estatuto, conforme expressa previsão contida na lei 6.404/1976 (que disciplina as sociedade anônimas), em seu artigo 158, cuja incidência nas sociedades limitadas pode decorrer da previsão do contrato social[2].

Logo, o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, em virtude de ato regular de gestão; mas é civilmente responsável pelos prejuízos que causar, quando culposamente descumprir dever legal ou previsto no ato constitutivo, sendo que, nesta última situação, os atos praticados dentro do âmbito de suas atribuições obrigam a pessoa jurídica perante terceiros; e, em princípio, os atos praticados fora do âmbito de suas atribuições não vinculam a pessoa jurídica perante terceiros, pois são da

[1] Conforme disciplina o artigo 1.011 do Código Civil.
[2] Conforme prevê o Código Civil: "Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.
Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima."

direta e exclusiva responsabilidade do administrador. Frise-se, em princípio, porque, sob certas circunstâncias e à luz do primado da boa-fé, tais atos do administrador, apesar de exercidos fora do âmbito de suas atribuições específicas ou além de seus poderes, podem vincular a sociedade, quando (i) forem ratificados posteriormente; (ii) a sociedade deles auferir vantagem; e (iii) a sua preservação impuser-se por efeito de outras regras e preceitos destinados a tutelar a posição de terceiros (ADAMEK, 2009, pp. 221-222).

Para além das possibilidades de responsabilização acima mencionadas, mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, diante da constatação de uso abusivo da pessoa jurídica, o juiz poderá deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre a pessoa jurídica e o(s) seu(s) integrante(s), porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação da legislação vigente (COELHO, 2010, p 42).

Assim, se os sócios da sociedade fizerem uso indevido da pessoa jurídica, isto é, com desvio de sua legítima finalidade (abuso de direito) ou prejudicarem terceiros (fraude) ou, ainda, diante da confusão patrimonial, devem responder pessoalmente pelos prejuízos que causarem (ALMEIDA, 2009, p. 40); permitindo que os credores alcancem os seus respectivos bens e direitos para pagamento dos débitos contraídos em nome da pessoa jurídica.

Portanto, os pressupostos para desconsideração da personalidade jurídica são o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, a fim de assegurar o pagamento dos débitos contraídos em nome da pessoa jurídica que estabeleça, ordinariamente, limites à responsabilidade dos sócios quanto ao cumprimento das obrigações sociais regularmente constituídas[3].

Significa, pois, que a personalidade jurídica das pessoas jurídicas não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso do direito (REQUIÃO, 2003, p. 379).

[3] Vale lembrar que, embora com repercussão prática diminuta, existem sociedades empresárias nas quais os sócios respondem, como seus bens particulares, de forma solidária e ilimitada pelas obrigações sociais, independentemente de abuso da personalidade jurídica (a sociedade em nome coletivo, prevista no artigo 1.039 do Código Civil, é um exemplo disso).

No tocante aos créditos privados de caráter negocial, isto é, decorrentes das relações contratuais estabelecidas entre empresários, a matéria se encontra disciplinada pelo Código Civil brasileiro, em seu artigo 50, que determina que em caso de abuso[4] 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.

Deve-se, pois, presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre o patrimônio dela e de um ou mais de seus integrantes, aplicando a desconsideração da personalidade jurídica. Mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da pessoa jurídica, somente porque o sócio demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude (COELHO, 2010, p. 46).

Certo é que, no âmbito das relações privadas, a responsabilização dos administradores e sócios pelas obrigações imputáveis à pessoa jurídica, em regra, não encontra amparo tão-somente na mera demonstração de insolvência para o cumprimento de suas obrigações (Teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica), fazendo-se necessário para tanto a demonstração do desvio de finalidade (este compreendido como o ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração da confusão patrimonial (esta subentendida como a inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial do patrimônio da pessoa jurídica ou de seus sócios, configurando-se quando os bens dos sócios estão registrados em nome da sociedade, e vice-versa), como assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[5].

---

[4] Os contornos do abuso de direito estão definidos no Código Civil, em seu artigo 187. "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.".

[5] STJ. RECURSO ESPECIAL 1.200.850/SP. Relator: Ministro Massami Uyeda. Órgão julgador: T3 - Terceira Turma. Data da publicação: 22/11/2010. No mesmo sentido "A mera inadimplência da pessoa jurídica, por si só, não enseja a desconsideração da personalidade jurídica." (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 588.587/RS Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0247034-7. Relator Ministro Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 21/05/2015.).

Na perspectiva dos atos praticados pela pessoa jurídica de direito privado contra a administração pública, dispõe o artigo 14 da lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, que:

> **Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada 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.**

Vale frisar que a desconsideração da personalidade jurídica atingirá os administradores da pessoa jurídica e sócios com poderes de administração, razão pela qual não haverá responsabilização dos sócios meramente quotistas ou acionistas.

É possível que algum sócio, sem poderes de administração, seja responsabilizado, sob o regime subjetivo, pessoal e diretamente pela prática de algum ato contrário à lei, nos termos do artigo 3º da lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, segundo o qual a "responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.". Aliás, o inciso III do art. 5º da lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, descreve como ato lesivo à administração "utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados". No caso, trata-se de responsabilidade pessoal e não por meio da desconsideração da personalidade jurídica. (SIQUEIRA, 2015)

Por outro lado, segundo o artigo 3º. da lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, a responsabilidade dos dirigentes ou administradores por atos ilícitos se dará na exata medida da sua culpabilidade:

> **Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.**
>
> **§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.**
>
> **§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.**

Em realidade, cuida-se de superação de uma ficção jurídica, que é a pessoa jurídica, sob cujo véu se esconde a pessoa física. É, enfim, técnica consistente não na ineficácia ou invalidade de negócios jurídicos celebrados pela pessoa jurídica, mas na ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo incólume para seus outros fins (REQUIÃO, 1969, p. 14) ou, mais especificamente, ineficácia do contrato ou estatuto social da sociedade, como assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça[6].

Portanto, o objetivo da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of the legal entity* ou *lifiting the corporate veil*) é exatamente possibilitar a coibição de fraude, sem comprometer o próprio instituto da personalidade jurídica, isto é, sem questionar a regra da separação de sua personalidade e patrimônio em relação aos de seus membros. Em outros termos, a teoria tem o intuito de preservar a pessoa jurídica e sua autonomia, enquanto instrumentos jurídicos indispensáveis à organização da atividade econômica, sem deixar ao desabrigo terceiros vítimas de fraude (COELHO, 2010, pp. 37-38).

Há de se ter em conta que "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que hajam nele incorrido", como preceitua o Enunciado 7 aprovado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

---

[6] STJ. RECURSO ESPECIAL 1.312.591 - RS (2012/0046226-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Órgão julgador: T4 - Quarta Turma. Data do julgamento: 11/06/2013.

Acrescente-se que, enquanto no marco das relações privadas, a desconsideração da personalidade jurídica somente possa ser decretada por ato judicial, no contexto da referida lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, a aplicação pode ocorrer mediante a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, cabendo à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa (artigo 8º.).

Pronunciando-se sobre o tema, o STF assim decidiu:

> **Procedimento administrativo e desconsideração expansiva da personalidade jurídica. *Disregard doctrine* e reserva de jurisdição: exame da possibilidade de a administração pública, mediante ato próprio, agindo *pro domo sua*, desconsiderar a personalidade civil da empresa, em ordem a coibir situações configuradoras de abuso de direito ou de fraude. A competência institucional do TCU e a doutrina dos poderes implícitos. Indispensabilidade, ou não, de lei que viabilize a incidência da técnica da desconsideração da personalidade jurídica em sede administrativa. A administração pública e o princípio da legalidade: superação de paradigma teórico fundado na doutrina tradicional? O princípio da moralidade administrativa: valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico, condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais. O advento da Lei 12.846/2013 (art. 5º, IV, *e*, e art. 14), ainda em período de *vacatio legis*. Desconsideração da personalidade jurídica e o postulado da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos. Magistério da doutrina. Jurisprudência. Plausibilidade jurídica da pretensão**

cautelar e configuração do *periculum in mora*. Medida liminar deferida."[7]

Da análise dos fundamentos da decisão, extrai-se importante passagem que, de forma expressa, confere legitimidade ao Tribunal de Contas para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que isso significa que a atribuição de poderes explícitos ao Tribunal de Contas, como enunciados no artigo 71 da Constituição Federal, supõe que se lhe reconheça, "a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário e ao ordenamento positivo.".

Assim, conforme decidiu o STF, reveste-se de plena "legitimidade constitucional" a possibilidade teórica de aplicação da *disregard of the legal entity* ou *lifiting the corporate veil*, "que permite ao Tribunal de Contas da União adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.".

Não obstante, destacamos que aplicação *disregard of the legal entity* ou *lifiting the corporate veil* por parte do Tribunal de Contas exigirá a observância do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, a fim de que os administradores da pessoa jurídica e sócios com poderes de administração possam produzir, se for o caso, a prova de que não incorreram em nenhuma prática ilícita.

7. Conclusão

Diante de tudo quanto foi referido até aqui, cabe lembrar que "quem dá os fins, dá os meios", e que neste caso significa afirmar a necessidade de contemplar os Tribunais de Contas com os meios indispensáveis ao cumprimento de suas funções e que dentre tais meios avulta o da institucionalização da autonomia orçamentária, sob o risco de amesquinhá-lo, inibindo-o, portanto, de cumprir as funções constitucionais pela ausência de recursos financeiros.

[7] STF. MS 32.494-MC, rel. min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2013, *DJE* de 13-11-2013.

Constamos, também, uma salutar evolução legislativa, especialmente em razão da lei 12.846, de 1º. de agosto de 2013, bem como jurisprudencial, no sentido de reconhecer os poderes conferidos pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas, a fim de aplicar, na esfera administrativa, sanções às pessoas jurídicas de direito privado pela prática de atos contra a administração pública, estendendo-as aos respectivos os administradores e/ou sócios com poderes de administração, mediante a aplicação da *disregard of the legal entity* ou *lifiting the corporate veil* prevista no artigo 14 ou, com base em fundamento outro, atribuir responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito, nos termos dos artigos 3º. e 5º.

Sem dúvida, conferiu-se ao Tribunal de Contas verdadeira efetividade dos atos praticados no combate às práticas ilícitas contra a administração pública, sem prejuízo, evidentemente, do controle jurisdicional das decisões emanadas da instância administrativa.

Referências

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de s/a e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais:** direito de empresa. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUGARIN, Bento José. **O Sistema de fiscalização dos recursos públicos federais adotado no Brasil**. In: Revista do Tribunal de Contas da União, v. 26, n. 64, pp. 47-57, abr./jun. 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CAZORLA PRIETO, Luis María. **Derecho financiero y tributario**. Parte general. Navarra: Aranzadi, 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. Vol. 2. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. **La nueva ley orgánica del Tribunal de Cuentas**. In: Revista de administración pública, nº 12, pp. págs. 239-272, 1953.

GIACOMONI, James. **Orçamento público.** 13ª. Ed.. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Manual de direito financeiro.** 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. I. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica *(Disregard Doctrine)*.** Revista dos Tribunais, n. 410. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Tribunais de contas e o controle dos atos administrativos.** Boletim de direito municipal, v.22, nº 1, p. 1-7, jan. de 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIQUEIRA, Tânia Bahia Carvalho. **A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do processo administrativo de responsabilização – Lei 12.846/13.** 4 de julho de 2015. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222929,81042-A+aplicacao+da+desconsideracao+da+personalidade+juridica+no+ambito+do. Acesso em: 10 de mar de 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.