



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE MATO GROSSO DO SUL

R. Desembargador Leão Neto do Carmo, 23 - Bairro Parque dos Poderes - CEP 79037-100 - Campo Grande - MS - <http://www.tre-ms.jus.br>

PROCESSO : 0000310-20.2023.6.12.8000

INTERESSADO : SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS

**ASSUNTO : PREGÃO ELETRÔNICO – IMPEDIMENTO CRUZADO –
DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA**

Parecer nº 45 / 2023 - TRE/PRE/DG/AJDG

I – RELATÓRIO

Versa o feito sobre procedimento instaurado para realização de diligência, com o fito de analisar se a constituição da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda, ora participante do Pregão n. 51/2022, se deu com o intuito de burla à sanção aplicada à empresa Power Marketing, Promoções e Publicidade Ltda.

Os fatos e evidências, minudentemente delineados pela Pregoeira, se deram assim (1377561):

“A empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda. está participando do Pregão 51/2022 (0005658-53.2022.6.12.8000), que tem por objeto a contratação de empresa para realização de serviços de cobertura fotográfica profissional de eventos e pautas com fins jornalísticos ou de registro para o Centro de Memória, realizados pelo TRE-MS ou daqueles em que ele seja parceiro, em Campo Grande ou em municípios situados no interior do Estado, visando à formação de arquivo institucional do Tribunal e de um banco de imagens.

Esta Pregoeira verificou junto ao SICAF regularidade fiscal e trabalhista da empresa, bem como pesquisou junto ao Portal Transparência e CNJ suas situação, conforme previsto no Edital.

Além disso, cabe registrar que a Declaração do menor também foi conferida e emitida mediante o sistema Comprasnet e, os atestados de capacidade técnica foram enviados pela empresa no momento de inserção da proposta eletrônica.

Todos os documentos analisados estavam válidos e atendiam ao disposto no Edital.

Ocorre que no SICAF consta relatório de ocorrência impeditiva indireta do fornecedor, fazendo vínculo com a empresa Power Marketing Prom. e Publicidade Ltda. (1377894), penalizado com impedimento de licitar até 10/10/2023.

Tal relatório é apenas um alerta e não a indicação quanto a existência de uma situação impeditiva de participações em certames, não podendo o Pregoeiro pressumir que a empresa foi constituída para burlar eventual aplicação de penalidade, cabendo a realização de diligência para verificar fatores como: as condições de constituição da pessoa jurídica ou do

início da sua relação com os sócios da empresa sancionada; a atividade econômica desenvolvida pelas empresas; a composição do quadro societário e identidade dos dirigentes/administradores; compartilhamento de estrutura física ou de pessoal.

Nesse sentido, o TCU já se manifestou no Acórdão 2218/11: “Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade”.

No quadro comparativo abaixo, faremos um paralelo entre as duas empresas:

	<i>GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda.</i>	<i>Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda.</i>
<i>Responsável legal e Sócio Administrador</i>	<i>Marcelo Dias Godoy (279.742.601-06) (1377894 e 1378026)</i>	<i>Marcelo Dias Godoy (279.742.601-06) (1377894 e 1378031)</i>
<i>Data de constituição da empresa</i>	<i>04/09/2019 (1377963)</i>	<i>27/08/2005 (1377967)</i>
<i>Data de vigência da penalidade</i>		<i>10/10/2018 a 10/10/2023 (1377894)</i>
<i>Ramo de atividade</i>	<i>Principal: Atividades de produção cinematográfica, de vídeos e de programas de televisão. Secundárias: <u>Edição de revistas</u>, edição integrada à impressão de revistas, atividades de consultoria em gestão empresarial; <u>agência de publicidade</u>, artes cênicas, espetáculos e atividades complementares. (1377963)</i>	<i>Principal: <u>Agência de Publicidade</u> Secundárias: <u>Edição de revistas</u>; consultoria em tecnologia da informação. (1377967)</i>
<i>Endereço</i>	<i>Quadra 01, Bloco F 17 andar sala parte E, Asa Norte (1377963 e 1378070)</i>	<i>SRTV/SUL Quadra 701. conjunto L, Bloco 01 (1377967 e 1378072).</i>

Com base no Acórdão do TCU nº 2218/2011, já citado acima, verifica-se que a ocorrência de sócio em comum, constituição da empresa em data posterior a da aplicação da penalidade, bem como similaridade no ramo de atividade.”

Releva o registro de que constam dos autos ainda:

Relatório de Prováveis Ocorrências Impeditivas Indiretas do Fornecedor (1377894);

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda (1377963);

Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda (1377967);

Relatório de Sócio/Administrador da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade

Ltda (1378026);
(1378031); Relatório de Sócio/Administrador da empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda
(1378070); Comprovante de endereço da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda
(1378072); Comprovante de endereço da empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda
(1378097); Contrato Social e 1ª alteração da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda
Notificação à empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda para fins de apresentação de defesa prévia (1378368 e 1378633);
Defesa Prévia da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda (1378668);
Acórdão n. 1403411 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1378874);
Ata da Sessão Pública do Pregão n. 32/2022 do TCDF (1379215);
Informação n. 366 da Pregoeira encaminhando o feito à Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral (1379223).
É a suma do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De pronto, cumpre assinalar que a desconsideração da personalidade jurídica de uma empresa, no âmbito administrativo, é uma realidade já verificada, v.g. na Lei n. 12.846/2013, em seus artigos 5, IV, e, 8 e 14; a saber:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

...

IV - no tocante a licitações e contratos:

...

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

...

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem 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.

...

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.

Além disso, a sua possibilidade na seara administrativa, é tema já admitido recorrentemente na jurisprudência brasileira, não se afigurando, por isso, qualquer teratologia jurídica a deflagração de procedimento para tal fim.

Entretanto, não há falar em aplicação de penalidade ou qualquer restrição de direito sem observância do contraditório e da ampla defesa, ambos de extração constitucional (CRFB, art. 5º, LIV e LV).

De posse disso, e considerando que um procedimento próprio ao caso foi instaurado, instruído, oportunizando à empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda o oferecimento de defesa prévia, denota-se que as garantias constitucionais supra referidas foram observadas. Portanto, nada há que reparar nesse particular.

O objeto deste procedimento cinge-se à definição sobre a possibilidade da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda participar do certame em curso neste Regional, a despeito de possuir identidade de sócio com a empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda, a qual está impedida de licitar e contratar com todos os órgãos e entidades da Administração Pública até 10/10/2023 (1377894).

A regra em nosso direito civil é de que a existência da pessoa jurídica não se confunda com a pessoa do sócio[1], entretanto tal proteção não admite o abuso de personalidade jurídica[2].

Quanto à seara das licitações e contratações públicas, o Colendo TCU, em análise de caso similar, fixou balizamentos para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa licitante/contratante com a administração pública; confira-se:

“VOTO

A presente denúncia informa acerca de possível tentativa de burla à penalidade de inidoneidade para licitar com a Administração, aplicada à Adler Assessoramento Empresarial e Representações Ltda. pelo Governo do Distrito Federal (GDF), por meio da utilização de outra sociedade empresarial, pertencente aos mesmos sócios e que atua na mesma área.

2. De fato, a R.E. Engenharia Ltda. – ME possui a mesma composição societária que a Adler, como se verifica a partir das pesquisas feitas no CNPJ, autuadas sob as peças 5 e 6. Apesar de essa empresa ter sido criada em 2006, antes, portanto, da sanção de inidoneidade, efetivada em 11/08/2011 (peça 4), ela incorporou a Adler em 09/12/2011 (peça 9, p. 13), absorvendo todo seu acervo técnico, além de sucedê-la nos contratos em curso.

3. Obviamente, tal manobra teve a intenção de contornar o impedimento legal aplicado à Adler, devendo ser tolhida por esta Corte de Contas. A fraude, aqui, configura-se a partir da assunção do acervo técnico e humano e dos contratos da Adler pela R. E. Engenharia. A transferência de toda a capacidade operacional de uma entidade para outra evidencia o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea sob nova denominação.

4. O Tribunal, ao examinar, em ocasião anterior, matéria análoga, já havia se pronunciado sobre a irregularidade de tal tipo de operação, registrando na ementa do [Acórdão 2218/2011-TCU-Primeira Câmara](#) o seguinte entendimento:

“3. *Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993.*”

5. A situação verificada nos presentes autos possui muito mais elementos de convicção acerca da existência de

tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado.

6. Em meu modo de ver, três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso:

- a) a completa identidade dos sócios-proprietários;
- b) a atuação no mesmo ramo de atividades;
- c) a transferência integral do acervo técnico e humano.

7. Apesar de nossa legislação civil garantir às pessoas jurídicas existência distinta da de seus donos, tal proteção não abrange os casos de abuso, a exemplo de simulações que operam à margem da lei, como a aqui examinada. Sobre o tema, Marçal Justen Filho assim se pronunciou (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., pág. 799):

“Não se trata de ignorar a distinção ente a pessoa da sociedade e a de seus sócios, que era formalmente consagrada pelo art. 20 do Código Civil/1916. Quando a pessoa jurídica for a via para realização da fraude, admite-se a possibilidade de superar-se sua existência. Essa questão é delicada mas está sendo enfrentada em todos os ramos do Direito. Nada impede sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo, desde que adotadas as cautelas cabíveis e adequadas.”

8. Examinados, os argumentos apresentados pela R.E. Engenharia e por seu proprietários foram incapazes de afastar, após avaliadas as circunstâncias e os fatos concretos que orientaram os atos praticados, os indícios de que a incorporação foi realizada exclusivamente com o intuito de possibilitar a supressão da pena administrativa anteriormente aplicada. Assim, os efeitos da sanção de inidoneidade imposta à Adler devem ser estendidos à empresa que a incorporou, a R.E. Engenharia.

9. Registro, ainda, que, se como alegado pelos interessados, a penalidade já estiver prescrita, ou, se for providenciada a reabilitação da empresa, haverá extinção da pena original que se irradiará também em relação a esta decisão. Mas tal efeito só se concretizará quando realmente cessar a eficácia da sanção anteriormente aplicada, hipótese estranha ao objeto dos presentes autos.

10. Acolho, por fim, em meu voto, os argumentos aduzidos pela Selog, com os quais concordo integralmente.

Ante o exposto, manifesto-me de acordo com a proposta de encaminhamento sugerida pela unidade técnica, fazendo apenas alguns ajustes de redação, e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 9 de julho de 2014.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

Acórdão 1831/2014- Plenário, TC 022.685/2013-8”

Também o STJ já pacificou entendimento nesse sentido:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. - A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar a aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. - A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. - Recurso a que se nega provimento.” (RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262)

De ser ver então, que na seara das contratações públicas, é reconhecido o abuso de personalidade jurídica da empresa que participa da licitação se, entre ela e a pessoa jurídica apenada, houver identidade de sócios-proprietários, atuação no mesmo ramo de atividade e transferência do acervo técnico e humano.

In casu, a empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda, foi constituída em 27/08/2005 (1377967), tem como sócios o Sr. Marcelo Dias Godoy e o Sr. Fernando Noletto Brettas (1377894 e 1378031), exerce as atividades, entre outras, de agência de publicidade e edição de revistas (1377967), e está impedida de licitar/contratar com todos os órgãos e entidades da administração pública desde 10/10/2018 até 10/10/2023 (1377894).

Já empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda, que participa do certame em curso neste Regional (Pregão n. 51/2022 – 0005658-53.2022.6.12.8000), **foi constituída em 04/09/2019** (1377963), tem como sócios o Sr. Marcelo Dias Godoy e Andrea Cunha Souza (1377894 e 1378026), e exerce, entre outras, as atividades de edição de revistas e agência de publicidade (1377963).

Partindo do balizamento proposto pelo TCU e STJ, é presumível que a empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda, que foi constituída após a penalização da empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda, está atuando de modo a burlar o impedimento ainda sofrido pela empresa Power Marketing.

Isso, pois a GG Marketing não apenas foi constituída após a data de início da penalização da Power Marketing, mas também porque entre elas há identidade de ramo de atuação e de sócio, Sr. Marcelo Dias Godoy.

Aliás, releva observar que o Sr. Marcelo Dias Godoy, ao tempo da penalização da Power Marketing detinha também a sua administração (quanto a isso, confira-se cópia da 9ª alteração contratual da empresa Power Marketing, cláusula quinta -1378668). Quanto à empresa GG Marketing, exerce igualmente a administração (cláusula quinta da consolidação do respectivo contrato social – 1378668). Portanto, os riscos assumidos por ambas empresas, fatalmente, passaram por seu escrutínio, revelando seu poder de comando.

Na defesa prévia alegou-se que a empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda “deixou de atuar” após o falecimento de um dos sócios e que, por isso, o Sr. Marcelo Dias Godoy passou a atuar como empresário individual, sob outra denominação, vindo após a constituir mais uma empresa com sua esposa.

Tal tese não desconfigura a burla ora evidenciada, porquanto as modificações e criações societárias pelas quais passou o Sr. Marcelo Dias Godoy não elidem o liame que se formou entre a empresas através de sua pessoa.

Quanto a isso, releva anotar que sequer há prova de dissolução da empresa Power Marketing.

Ademais, resta mais evidente o abuso da personalidade jurídica ao se constatar que o óbito do sócio Fernando Noleto Brettas se deu em **25/07/2013** e a penalização da empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda ocorreu em **10/10/2018**, fato que demonstra - contrariamente ao que alegou -, que a empresa exerceu suas atividades normalmente.

Assim, reputa-se que está devidamente configurada a tentativa de burlar a penalidade de impedimento de licitar/contratar imposta à empresa Power Marketing, Prom. e Publicidade Ltda, através da criação da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda.

Por fim, posto que o comportamento da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda revela-se inidôneo[3], cumprirá à Pregoeira afastar a referida empresa do Pregão n. 51/2022, bem assim registrar a ocorrência passível de aplicação de penalidade[4].

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral do TRE/MS, com suporte nos fundamentos fáticos e jurídicos acima esposados, se manifesta pelo afastamento da empresa GG Marketing, Promoções e Publicidade Ltda do Pregão n. 51/2022, e instauração de procedimento de apuração de penalidade.

É o parecer.

Campo Grande/MS, *data da assinatura eletrônica*.

Marcelo Souza Zanardo

Assistente IV

Jorge Gaidarji

Assessor Jurídico

[1] Código Civil:

Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

[2] Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

[3] Lei n. 10.520/2002

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados,

Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

[4] Resolução TRE/MS n. 665/2019 :

Art.13. A autuação do procedimento administrativo terá início mediante registro das ocorrências passíveis de aplicação de penalidade e competirá a(ao):

...

b) pregoeiro ou presidente da Comissão Permanente de Licitação: no caso de indícios de condutas ilícitas praticadas durante o procedimento licitatório;



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO SOUZA ZANARDO**, Técnico Judiciário, em 20/01/2023, às 15:12, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



Documento assinado eletronicamente por **JORGE GAIDARJI DA COSTA**, Analista Judiciário, em 20/01/2023, às 15:23, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.app.tre-ms.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **1380732** e o código CRC **8594B5EB**.