

# O Registro do Trespasse de Estabelecimento e os Requisitos para Qualificação Técnica na Licitação

Társis Nametala Sarlo Jorge<sup>1</sup>  
Viviane Matos González Perez<sup>2</sup>

## Boca e Coração

*Meu coração da minha boca se aproxima,  
Como quem a um confessor se achega,  
E traz em si uma insuportável mancha negra,  
Como uma marcada alcunha assassina.*

*Suas palavras causam sanguinário massacre,  
E a sua violência deixa ao redor marcas,  
E o confessor deixa cravejado das farpas,  
Como espinhos retorcidos de sabor acre.*

*Sangra o confessor com o seu tom furibundo,  
Como o hálito que escapa de um cadáver imundo,  
Que causam medo, espanto e pavor.*

*Assim é que ao coração a boca eu abro,  
Como quem abre um túmulo ao cadáver macabro,  
O macabro cadáver que é o coração sem amor.*

Társis Nametala Sarlo Jorge

## **Introdução**

As licitações sempre foram – e provavelmente sempre serão – campo fértil para uma série de controvérsias e discussões as mais profundas e acaloradas. De um lado temos o Estado, dotado de suas prerrogativas *ad imperium* e de outro a iniciativa privada, vendo a oportunidade de uma atividade empresarial e lucrativa.

E, a partir do momento em que profissionais do Direito são chamados ao deslinde de alguma desinteligência ocorrida por conta do procedimento licitatório o próprio embate jurídico traz em si, por premissa, o paradoxo público-privatista que assombra o nosso mundo jurídico, desde que os Romanos e seus seguidores tomaram por pressuposto a preponderância do estudo do Direito Privado e pela apreensão, por este ramo, de institutos e conceitos jurídicos que são comuns à toda ciência jurídica.

---

<sup>1</sup> Procurador Federal de Primeira Categoria da Advocacia Geral da União; Especialista e Mestre em Direito; Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor e Coordenador da Pós Graduação em Direito Corporativo – LLM – do Ibmecc-RJ; Palestrante Oficial da Escola Superior de Advocacia Pública da AGU; Instrutor da Lex Editora, Editora Cenofisco e Aduaneiras; Professor do Ibmecc/Curitiba; Palestrante do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário; Coordenador Acadêmico e Fundador do Instituto Sarlo de Direito Tributário, Econômico e Social; Palestrante Convidado em várias Instituições de Ensino Superior no Brasil; Membro do Conselho Editorial da Editora Lumen Juris-RJ.

<sup>2</sup> Procuradora do Município de São Gonçalo – RJ; Especialista e Mestre em Direito; Professora Universitária; Sócia Sênior de Motta, González, Barroso & Jorge Associados (RJ)

---

Dentre tantas controvérsias, escolhemos, para compor o presente texto, um tema que, ao nosso aviso, deixa às claras as fortes contradições de ordem teórica que causam um tensionamento no tecido jurídico e cuja solução se encontra em algum lugar na *terra de ninguém*<sup>3</sup> que se situa entre o público e o privado.

Trata-se de questão que envolve os institutos do *estabelecimento empresarial*, os efeitos de seu trespasse em especial para a qualificação técnica das empresas nos procedimentos licitatórios.

### **Parte Geral do Tema – Objetivos da Licitação**

A licitação, procedimento administrativo, classicamente, tem sido apontado como a melhor forma juridicamente possível de se obter a melhor proposta para a administração pública.

Não que entendamos tal postulado como equivocado, mas, ao nosso ver, ao menos nos dias atuais, ele se mostra incompleto. Autores há que mencionam uma função mesmo regulatória de mercado que poderia ser exercida pela licitação. Trata-se de um tema extremamente relevante e igualmente interessante.

### **Função Econômica Mercadológica da Licitação**

Nesse exato sentido são as linhas expandidas por Marcos Juruena Villela Souto, ao asseverar que *a Administração Pública, na qualidade de consumidora de bens e serviços, não é livre na sua escolha, devendo se pautar por um processo formal de objetivação do conceito de oferta mais vantajosa. Esses conceitos jurídicos indeterminados – eficiência e "vantajosidade" – não se limitam a aspectos como o menor prego, a melhor técnica ou a combinação de ambos; afinal, o "poder de compra" da Administração permite que essa forma de atuar sobre o mercado se preste a produção de resultados de interesse público da mais alta relevância - entre os quais, a promoção da competição leal no mercado de bens e serviços e a defesa da moralidade. Daí porque, se é certo que a licitação e processo administrativo que busca a seleção de melhor proposta, não é menos exato que tal escolha deve se dar no mercado e não simplesmente nos autos, submetido o processamento ao princípio da verdade real e ao princípio federativo, para destacar apenas os mais importantes no tema em exame*<sup>4</sup>. (Grifo nosso).

---

<sup>3</sup> Referimo-nos aqui, àquele trecho que se situa entre as trincheiras de duas hostes inimigas, e que, enquanto mantidas as posições originais, não pertencem a nenhum dos grupos contrapostos.

<sup>4</sup> Marcos Juruena Villela Souto; Concorrência Desleal nas Licitações; in Direito Administrativo em Debate; 2ª Série; Editora Lumen Juris; 2007. Sempre lembrando, como aliás o faz o autor, o art. 219

---

Mais adiante, o mesmo autor pontifica que para a escolha, *é fundamental que sejam implementados mecanismos que defendam a existência de uma efetiva competição, de modo a se reconhecer no procedimento uma função que visa a interpretação do conceito de eficiência dos agentes econômicos, buscando a preservação do mercado como cenário adequado a livre concorrência. (...) Nesse mister, a licitação e poderoso instrumento, como destaca ROBERTO BAUNGARTNER: As compras governamentais podem desenvolver a economia sustentável, proporcionando competitividade, estímulo ao mercado (...) proteção a concorrência, fomento a tecnologia, arrecadação de tributos, entre outros*<sup>5</sup>.

Assim é que a licitação também possui uma função extracontratual extremamente relevante no sentido de instrumento de regulação concorrencial do mercado respectivo.

### **Função Democrático-Participativa da Licitação**

Outro viés que nós particularmente defendemos é o da licitação como instrumento de atuação do princípio democrático – pela participação de todo o possível interessado para a formulação da proposta que redundará no contrato, resultado final, como a combinação da vontade que se formou, em um primeiro momento, entre todos os participantes qualificados (uma pré-formação da vontade que se dá de forma coletiva por conta da análise das propostas) e, em um segundo momento, pela proposta vencedora .

Neste viés – o da licitação como instrumento de atuação do princípio democrático – mais especialmente da democracia participativa – na busca da consensualidade possível necessária nos atos do Estado é que cresce de importância a fase de qualificação da licitação e, por premissa, das cláusulas editalícias acerca do tema, bem como de sua interpretação<sup>6</sup>.

---

da nossa atual Carta Magna: Art. 219. **O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.** O autor volta à carga em outra obra (Direito Administrativo Contratual; Editora Lumen Juris) ao afirmar que *como o objetivo do procedimento é selecionar propostas num mercado livre, o princípio da realidade, com vistas a eficiência, autoriza vedação da participação de empresas que dominem o mercado. Alternativamente, por força do princípio da proporcionalidade, pode-se admitir a participação com perda de pontos para quem já tenha participação no mercado. No primeiro caso, busca-se romper a dominação já existente; no segundo, prevenir ou dificultar a concentração que possa ocorrer.*

<sup>5</sup> Marcus Juruena Villela Souto; Concorrência Desleal nas Licitações; in Direito Administrativo em Debate; 2ª Série; Editora Lumen Juris; 2007.

<sup>6</sup>A busca da democracia participativa é uma tentativa de retorno a uma legitimidade democrática mais profunda e ampla. Segundo Paulo Bonavides, *não há teoria constitucional de democracia participativa que não seja, ao mesmo passo, uma teoria material da Constituição. Uma teoria cuja*

---

Como professa José Afonso da Silva, (...) *o sistema de partidos, com o sufrágio universal e representação proporcional, dá a democracia representativa um sentido mais concreto, no qual desponta com mais nitidez o princípio participativo. Não é tanto a participação individualista, isolada, do eleitor no só momento da eleição. É a participação coletiva organizada. Mas é ainda uma participação representativa, que assenta no princípio eleitoral. Ora, qualquer forma de participação que dependa de eleição não realiza a democracia participativa no sentido atual desta expressão. A eleição consubstancia o princípio representativo, segundo o qual o eleito pratica os atos de governo em nome do povo. O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal do eleitorado na formação dos atos de governo*<sup>7</sup>.

Ainda é o consagrado constitucionalista quem assevera que: ***há muitas outras formas de participação direta do povo na vida política e na direção dos assuntos***

---

*materialidade tem os seus limites jurídicos de eficácia e aplicabilidade determinados grandemente por um controle que há de combinar, de uma parte, a autoridade e a judicatura dos tribunais constitucionais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular e soberana exercitada em termos decisórios de derradeira instância.* (Paulo Bonavides; Democracia Participativa; Editora Malheiros; 2001). Ainda ensina o citado autor que *nisso reside a essência desse figurino de constitucionalidade que há de ser o mais democrático, o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia emancipatória do futuro nos países periféricos.* Assevera que *é, aliás, o único modelo capaz de pôr cobro ao ludíbrio do poder popular, sempre objeto das alienações e descumprimento de sua vontade por outra vontade que, ocupando e dominando as Casas representativas, posto que derivadas daquela, invariavelmente o tem negado, destruído ou atraído. Tal acontece em virtude do processo de distorção e falseamento daquela vontade desde as suas nascentes. Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida, a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação, a serviço da classe dominante, que os subornou, até as manifestações executivas e legiferantes exercitadas contra o povo e a nação e a sociedade nas ocasiões governativas mais delicadas, ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado, corrompem a moral pública e apodrecem aquilo que, até agora, o status quo fez passar por democracia e representação.* Por isso que, conforme cremos, devem todos e quaisquer instrumentos que a tanto se prestem – e afirmamos que isso ocorre com as licitações – sejam também utilizados como instrumentos da maior participação possível na formação da vontade estatal final.

<sup>7</sup> José Afonso da Silva; Poder Constituinte e Poder Popular; Editora Malheiros; 1ª ed.; 2ª tiragem. O mestre ainda menciona que *As primeiras manifestações da democracia participativa consistem nos institutos da democracia semidireta, que combina instituições de participação direta com instituições de participação indireta, tais como: - a iniciativa legislativa popular, pela qual se admite que certo numero de eleitores apresente as Câmaras Legislativas projetos de leis que devam ser discutidos e votados; - o referendo popular, que se caracteriza no fato de que projetos de lei ou propostas de emendas constitucionais aprovados pelo Legislativo devam ser submetidos a votação popular, atendidas certas exigências, tais como pedido de certo numero de eleitores, de certo numero de parlamentares ou do próprio Poder Executivo de sorte que o projeto ou proposta se terá por aprovado apenas se receber aprovação popular, do contrario reputar-se-á rejeitado; - o veto popular, pelo qual uma lei em vigor pode ser submetida a voto popular se assim o solicitar certo numero de eleitores, sendo confirmada ou revogada conforme seja favorável ou desfavorável a votação; - revocação (recall), pelo qual, a requerimento de certo numero de eleitores, o mandato de um parlamentar ou de um funcionário eletivo é submetido a apreciação do voto popular, sendo revogado se não obtiver confirmação; - ação popular, meio pelo qual qualquer cidadão pode pleitear a nulidade de atos lesivos ao patrimônio publico (já existe no sistema brasileiro, desde 1934)*

---

*públicos, que dão configuração concreta a democracia participativa, que não elimina as instituições da democracia representativa. Ao contrário, reforça-a, fazendo com que a relação governo/povo, representante/representado, seja mais estreita e mais dinâmica, propiciando melhores condições para o desenvolvimento de um governo efetivo do povo, pelo povo e em favor do povo*<sup>8</sup>.

Assim é que, ao nosso pensar, o corpo de normas constitucionais não esgota as formas possíveis de participação direta da sociedade na formação da vontade estatal.

No sentido do que vimos defendendo, vale citar as lições de André Luis Lopes dos Santos e Gilson Caracato<sup>9</sup> que afirmam que: *falar em princípio da participação na Administração Pública significa, aqui, dizer que a função do cidadão não fica restrita à de mero eleitor, sendo que ele deve participar do cotidiano da gestão pública, inclusive quando da tomada de decisões administrativas. Mais a frente asseveram que a participação da sociedade na administração da res publica é de grande relevância no direito público, por ser um reflexo da evolução democrática de um país*<sup>10</sup>.

Fazemos apenas a observação de que a participação não se resume aos cidadãos, mas às sociedades empresárias e outras pessoas jurídicas juridicamente reconhecidas,

### **Dedução das Assertivas Acima**

Do que dissemos acima, devemos concluir que, se de um lado, a licitação, em sua primeira fase – qualificatória – necessita habilitar todos os que preencham as respectivas condições, tendo em mente que a interpretação dos preceitos deve ser feita de forma a garantir isto, por outro, traz, uma maior, muito maior, deve-se dizer, responsabilidade na qualificação ou desqualificação de algum pretendente por meio de aos administrativos que devem fundamentalmente atenção às funções mencionadas acima.

Tal deverá inclusive ser observado quando do julgamento de recursos administrativos por parte de licitantes que entendam que determinadas cláusulas editalícias estariam em desacordo com tais preceitos. Isto porque fazer concessões individuais em alguns casos funcionará como mecanismo que vai impulsionar a

---

<sup>8</sup> José Afonso da Silva; Poder Constituinte e Poder Popular; Editora Malheiros; 1ª ed.; 2ª tiragem..

<sup>9</sup> André Luis Lopes dos Santos e Gilson Caracato: A Consensualidade e os Canais de Democratização; in Curso de Direito Administrativo Econômico; Volume I; Editora Malheiros.

<sup>10</sup> André Luis Lopes dos Santos e Gilson Caracato: A Consensualidade e os Canais de Democratização; in Curso de Direito Administrativo Econômico; Volume I; Editora Malheiros.

---

licitação para um resultado diverso do que ao mesmo pretendemos emprestar-lhe. A esse respeito, aliás, pode ser aproveitada a lição do exímio Caio Tácito<sup>11</sup> com base em doutrina estrangeira (mencionando tangencialmente o princípio da vinculação ao edital):

*O conceito usualmente se exprime no aforismo que o edital é a lei interna da licitação, impondo-se compulsoriamente a Administração e as partes licitantes.*

*A noção assim fixada atende a um princípio geral de direito de que a autoridade pública tem como limite de sua discricionariedade tanto a lei ou o regulamento como os seus próprios atos normativos. Embora de menor hierarquia, são estes dotados de obrigatoriedade equivalente a típica norma de direito.*

*Laubadere traduz a idéia consagrada no direito francês de que "uma autoridade administrativa não pode infringir sua própria regulamentação; e o axioma; patere legem quam fecisti" (Une autorite administrative ne peut enfreindre ces propres reglemen-tations; c'est l'axiome: patere legem quam fecisti) — Traite Elementaire de Droit Administratif— la edicao — 1953 — p. 207). Não é outra a lição de Waline, invocando decisão do Conselho de Estado (Aresto Pichard — 31 de Janeiro de 1938):*

*"Uma autoridade editou regras gerais. A mesma autoridade pode derogá-las mediante atos individuais? A jurisprudência deu resposta negativa, que se exprime algumas vezes pelo adágio legem patere quam fecisti: sofre a lei que tu mesmo fizeste" (Une autorite a pose des regies generales. La meme autorite peut-elle y déroger par des actes individuelles? La jurisprudence donne une reponse negative, qu Ton exprime quelquefois par l'adage legem patere quam fecisti: souffre la loi que tu as faite toi meme) — Traite elementaire de Droit Administratif— 5ª edicao — 1950 — p. 127)<sup>12</sup>.*

## **Parte Especial do Tema**

### **Apresentação do Caso Originário**

No caso que deu origem ao estudo teórico que ora se apresenta ao público, em um processo licitatório para contratação de obra pública, determinada candidata foi desqualificada ainda na primeira fase (técnica), por decisão da comissão licitatória,

---

<sup>11</sup> Licitação. Observância do edital. Habilitação. *in* Temas de Direito Público; Volume II; Editora Renovar; 1997.

<sup>12</sup>Caio Tácito; Licitação. Observância do edital. Habilitação. *in* Temas de Direito Público; Volume II; Editora Renovar; 1997.

---

por conta de que os atestados de qualificação técnica pela mesma apresentados tinham sido expedidos pelo Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (CREA) em nome de outra sociedade empresarial.

A candidata, em se julgando prejudicada pela decisão referida, ingressou no Poder Judiciário, alegando que a inabilitação ocorrida se deu de forma ilegal, fazendo-se forte no argumento de que os atestados de qualificação técnica expedidos pelo CREA seriam por ela aproveitáveis, muito embora não tivessem sido expedidos em seu nome.

O respectivo arcabouço argumentativo baseava-se na assertiva de que a autoridade competente para certificar a sua capacidade técnica é o CREA.

Afirmava então textualmente que *os atestados emitidos pelo CREA/RJ, apesar de indicarem a empresa X como executora das obras, apontam expressamente o nome da autora como detentora do acervo técnico, já que os antigos profissionais daquela empresa, responsáveis pela supervisão dos serviços, se encontram atualmente nos quadros permanentes da (...) [autora].*

Ainda de acordo com a candidata a chancela conferida pelo CREA/RJ teria sido baseada na Resolução 317/86 do CONFEA.

Vejamos o teor da citada resolução:

*Art. 1º - Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.*

*Art. 2º - Fica instituído nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREAs, a partir da data de publicação desta Resolução, o Registro de Acervo Técnico - RAT - dos profissionais devidamente registrados e em dia com as suas anuidades.*

(...)

*Art. 4º - O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais do seu quadro técnico e de seus consultores técnicos devidamente contratados.*

*Parágrafo único - O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica variará em função de alteração do Acervo Técnico do seu quadro de profissionais e consultores.*

(...)

*Art. 7º - A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.*

*Art. 8º - Revogam-se a Resolução 230 e demais disposições em contrário.*

*Publicada do D.O.U. de 16 JAN 1987 - Seção I - Pág. 824.*

---

No entanto, e isto já saltava aos olhos em um mero soslaio do tema, a citada resolução é **anterior à Carta da República de 1988**, o que constituía um detalhe nada desprezível no caso em análise. E, mais ainda, trata-se de ato praticado **antes do Código Civil de 2002**.

Não será preciso alertar o leitor para o fato de que a apreensão de tais circunstâncias seria e é fundamental para o desenvolver da questão posta.

### **Análise do Atual Código Civil Brasileiro – O Fundo Empresarial e o Conjunto de Conhecimentos Técnicos**

O *acervo técnico* de uma Sociedade compõe aquilo que se conhece como seu *fundo empresarial ou aviamento* (anteriormente denominado de *fundo de comércio*), ou, como prefere denominá-lo o atual Código Civil, ESTABELECIMENTO. A doutrina é uníssona no sentido de reconhecer que o conhecimento técnico (seja sob a forma de patente, seja sob a forma de experiência profissional). Confira-se pelo ensinamento de Luis Autuori: *Na prática, explica J. X. Carvalho de Mendonça, os principais elementos que constituem o fundo de comércio são as mercadorias propriamente ditas, as matérias primas, os produtos industriais, o dinheiro etc; bem assim as maquinarias, utensílios, marcas de indústria e comércio, patentes de invenção, aviamento e insígnia. Significando o estabelecimento comercial ou industrial o organismo econômico fisicamente aparelhado para o exercício do comércio ou da indústria, constitui, por isso mesmo, o conjunto dos bens materiais ou corpóreos, e os incorpóreos ou imateriais da entidade jurídica existente*<sup>13</sup>.

No mesmo sentido, quando se estuda o terreno da concorrência desleal, isto desde legislações as mais antigas aqui no Brasil. Pode-se, por exemplo, conferir da obra de Campos Birnfield<sup>14</sup>, ao tratar dos Segredos Comerciais e Industriais - que tratam justamente da proteção do conhecimento adquirido na atividade empresarial, comenta o seguinte preceito do Decreto 24507/1936: *6º — Desvendar a terceiros, quando em serviço de outrem, segredos de fabrica ou de negocio conhecidos em razão de officio. De acordo com o autor (observe-se que mantivemos a ortografia original da época): A intenção era proibir, por exemplo, os seguintes casos de abuso freqüente: — a) — **Que o ex-sócio — empregado ou — técnico vá utilizar a serviço de outra empresa os tours de main e os segredos industriais daquele cujo serviço deixou; b) — Que viole a condição de sigilo, usando pessoalmente os segredos de que tenha conhecimento em razão de officio, em proveito próprio ou de terceiros,***

<sup>13</sup> Luiz Autuori; Fundo de Comércio; 1960; Editora Casa.

<sup>14</sup> Campos Birnfield; Uniões de Empresas Concorrentes; Editora Brasil Patentes; 1937.



*embora sem desvendar tais segredos. Esses casos são muito comuns, especialmente quando sai um sócio, interessado, gerente, contra-mestre, vendedor ou viajante. O novo empregador conta não só com os conhecimentos do empregado, mas também com as informações que este traz sobre o cadastro da freguezia e os métodos do concorrente. O empregado, preposto ou novo sócio, desleal, sistematicamente solicita o patrocínio de sua antiga freguezia, utilizando-se dos segredos que possuía sobre os negócios do ex-empregador ou ex-sócio, de modo a prejudicá-lo. Como se vê, não se trata do uso honesto da experiência adquirida pelo empregado ou associado num empreendimento mercantil, que constitue um cabedal pessoal inalienável, mas sim, do uso ilícito de segredos de ofício.*

Aliás, comentando o mesmo preceito e no mesmo sentido é a lição de Thomas Leonardos<sup>15</sup>: 6º) **Desvendar a terceiros, quando a serviço de outrem, segredos de fabrica ou de negócios conhecidos em razão do ofício, é contrário a todas as normas da ética, e, em particular, da chamada ética profissional.** Só um inconsciente ou subornado faria tal. Si de suborno fôr o caso, subornado e subornado ficam solidariamente responsabilizados por esse delito, na forma do n. 5o. do art. 40 seguinte (Aqui também foi mantida a ortografia original).

O Prof. José de Oliveira Ascensão<sup>16</sup> mantém o mesmo viés de análise. Confira-se: *Podem respeitar as formas de produção. São então especificamente segredos industriais. De entre estes são particularmente importantes os que respeitam a inovações industriais conseguidas pela própria empresa. Podem respeitar a métodos de comercialização. São então, em sentido estrito, segredos comerciais. Podem respeitar à estruturação interna da empresa. Podem respeitar a projectos de acção futura. Podem respeitar a elementos de gestão corrente, como as listas de clientes. Em qualquer caso, compõem o que podemos entender em sentido lato como informação profissional não divulgada, ou mais simplesmente, como segredos de negócios. Portanto, o segredo de negócios ultrapassa o que pode estar ligado à inovação tecnológica. Esta é de importância fundamental no mundo contemporâneo e está na origem da tutela do segredo de negócios; mas a actual tutela do segredo vai muito além. II - Este domínio está ligado às matérias de know how ou saber fazer, e da transferência de tecnologia. Mas não há identificação. O saber fazer supõe necessariamente a existência de um segredo.*

Também não discrepa a lição de Hermano Durval<sup>17</sup>, ao afirmar que *quanto ao segundo, relativo ao segredo de fábrica, não é ele menos impropriedade. Justamente*

---

<sup>15</sup> Thomas Leonardos; Concorrência Desleal; Editora Livraria Acadêmica; 1935.

<sup>16</sup> José de Oliveira Ascensão; Concorrência Desleal; Editora Almedina; 2002.

<sup>17</sup> Hermano Durval; Concorrência Desleal; Editora Saraiva 1976.

---

entre ex-sócios é que, desavindos por alteração contratual, bem pode ocorrer a modalidade de CD em apreço, levando o ex-sócio, para a nova sociedade que fundou, o cabedal de experiência dos técnicos aliciados e com o qual passará a fazer manifesta CD ao sócio remanescente. Tanto mais quanto, no caso em foco, querelante e querelado haviam sido sócios, como o confirmava carta junta às razões do recurso.

Na mesma senda são as ensinanças do Prof. Celso Delmanto<sup>18</sup>, ao explicitar a importância do segredo e do conhecimento técnico para as atividades empresariais. Confira-se: *a importância desses segredos. A cada dia que passa, a prática profissional vem-nos mostrando o crescimento dos problemas da concorrência desleal, cujo importe e gravidade das suas transgressões chegam a superar os decorrentes das violações de patentes. Entre as hipóteses de competição penalmente punível, tem especial evidência a quebra dos chamados sigilos de fabricação.*

Mais adiante ainda assevera que a importância dos "segredos de fábrica" no campo da competição e o desenvolvimento e desenvoltura da chamada espionagem econômica — a par da condição especialíssima desses sigilos como bens incorpóreos que só conseguem receber efetiva proteção no âmbito da lei criminal<sup>19</sup>.

Pierangelli<sup>20</sup> também destaca a importância de tais conhecimentos para as empresas: *O desenvolvimento da economia, num período de globalização e de constante progresso tecnológico, está a exigir cada vez mais uma proteção para os segredos que envolvem as atividades industriais, comerciais e de prestação de serviços. No desempenho de atividades empresariais, os técnicos, os profissionais e os empregados em geral, em razão das atividades que exercem em tais estabelecimentos, tomam conhecimento de determinados processos de negociação, de empreendimentos, também de prestação de serviços. Tais conhecimentos, adquiridos durante as atividades exercidas nas empresas, e que não são suscetíveis de privilégio de invenção ou de registro como direito de autor - que em tal situação transportariam, a responsabilidade penal para outras sendas -, constituem direitos legítimos de quem os criou, ou os desenvolveu, ou, ainda, de quem os aperfeiçoou.* (Crimes Contra a Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal; Editora RT.; 2003).

**Destarte, fica cabalmente demonstrado que o conhecimento do corpo técnico faz parte do FUNDO EMPRESARIAL da empresa.**

---

<sup>18</sup> Celso Delmanto; Crimes de Concorrência Desleal; Editora USP; 1975.

<sup>19</sup> Celso Delmanto; Crimes de Concorrência Desleal; Editora USP; 1975.

<sup>20</sup> Celso Delmanto; Crimes contra a Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal; Editora RT; 2003).

---

Vejamos o que estatui a citada legislação. Quanto ao conceito legal de estabelecimento: *Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.*

#### **A Necessidade do Registro do Trespasse para que seja oponível ao Estado**

Verdade que o Código Civil autoriza a transferência do estabelecimento: *Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.*

No entanto, veja-se a condição estatuída pelo artigo 1144 do mesmo Código Civil:

***Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.***

Comentando o referido preceito, assim se manifesta Marcelo Andrade Feres<sup>21</sup>: *Nesse passo, é interessante perceber que terceiros são os contratantes cedidos, assim como os terceiros estranhos às avenças transmitidas. De qualquer sorte, a legislação reclama a realização de atos de publicidade. O art. 1.144 do Código Civil dispõe que o contrato cujo objeto seja a alienação do estabelecimento, para produzir efeitos perante terceiros, deverá ser averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e publicado na imprensa oficial. Além disso, o § 12 do art. 1.152 do mesmo diploma aponta o significado de imprensa oficial ao dispor que, em regra, as publicações ordenadas no Livro do Direito de Empresa da codificação de 2002 serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado, conforme o local da sede do empresário ou da sociedade, e em jornal de grande circulação. Desse modo, para que a transferência dos contratos, assim como o trespasse, ganhe eficácia perante terceiros, é indispensável a realização de todos os atos arrolados pela lei, ou seja, a averbação perante a Junta Comercial, a veiculação do negócio na imprensa oficial e em jornal de ampla circulação. Os atos apontados geram uma presunção de conhecimento da transferência dos contratos, mas, é conveniente que, quanto aos contratantes cedidos, sejam aviadadas notificações individuais, inclusive para garantir o pleno exercício do direito de recesso. Caso, entretanto, não se proceda ao ato*

---

<sup>21</sup> Marcelo Féres; Estabelecimento Empresarial; Editora Saraiva; 2007.

---

*comunicativo individual, o prazo para a rescisão flui da data de efetivação do último dos atos enumerados pelo Código Civil de 2002.*

Ora, certamente que a Administração Pública é terceira na relação entre as sociedades que realizam o contrato de trespasse. E sem a averbação no órgão público respectivo, esse trespasse dos elementos do estabelecimento, aí incluído sem dúvida o referido acervo técnico.

Assim, a resolução do CONFEA não poderia em pode prevalecer perante a ordenação civilística e, daí que, cai inapelavelmente por terra toda a base argumentativa da candidata.

### **Análise do Diploma Licitatório**

Ainda aqui a questão se remete ao problema da qualificação técnica da candidata. Ocorre que são coisas completamente diversas a **capacitação técnico-profissional** e a **capacidade-técnico operacional**. **A capacitação técnico-profissional diz respeito ao pessoal técnico que compõe o acervo do licitante. Já a capacitação técnico-operacional refere-se ao potencial da própria empresa em executar determinado serviço ou obra ou fornecer determinado bem.**

Ora, a vedação de exigência de quantitativos de ordem técnica para fins de habilitação, nos termos da lei em vigor, está circunscrita à capacitação técnico-profissional, exigida do quadro técnico do licitante. Mas para preencher a tal requisito é necessário que a Sociedade Empresarial candidata deveria ter tais técnicos em seu quadro social, ou seja, tê-los como sócios e não como meros prestadores de serviços, porque a teleologia da lei é a de garantir a permanência de tais técnicos nos quadros da eventual contratada.

Por outro lado, a capacitação técnico-operacional diz respeito à própria empresa enquanto atividade econômica e, como já demonstrado, sem o registro na Junta Comercial do trespasse parcial do estabelecimento – no que concerne a passagem do conhecimento e da experiência – não pode ser oposto a terceiros, aí incluída, indubitavelmente, a Fazenda Pública.

Ainda sobre a qualificação técnica, (art. 30 II do Estatuto Licitatório) veja-se a lição do Prof. Jessé Torres<sup>22</sup> : **Comprova-se a aptidão do habilitante comparando-se o objeto da licitação com as atividades por ele anteriormente exercidas, quanto a características, quantidades e prazos. Havendo compatibilidade – sinônimo aí de afinidade – entre as atividades e o objeto, estará atendida parte substancial da prova de aptidão, que se completará com a indicação das instalações e do aparelhamento**

---

<sup>22</sup> Comentários (...) 3ª ed.; Renovar.

*necessários* (...). Ou seja, na pena do respeitado autor, somente as experiências anteriores próprio licitante podem ser utilizadas para sua qualificação.

### **Conclusão**

Em decorrência de tudo o quanto restou acima exposto, poderíamos elencar as seguintes conclusões:

- a) As licitações possuem sem sombra de dúvida o objetivo de encontrar a melhor proposta para o Estado;
  - b) No entanto, tal circunstância não invalida o objetivo regulatório e democrático-participativo da licitação;
  - c) Tais vetores realçam a importância tanto das cláusulas editalícias como da sua própria interpretação;
  - d) Os atos praticados entre os particulares, em regra, precisam de registro para oponibilidade a terceiros e, dentre estes, o Estado;
  - e) A qualificação técnica – caracterizada pelo conjunto de profissionais que detém conhecimento para a empresa que se pretende iniciar a partir da contratação pelo Estado, faz parte do fundo ou estabelecimento empresarial da Sociedade;
  - f) A aquisição de estabelecimento empresarial por uma Sociedade somente a aproveitará em processo licitatório caso tenha sido devidamente registrado no órgão competente, sem o que os ativos intelectuais não poderão ser contabilizados no processo qualificatório.
-