

PARECERES

FIRMA INDIVIDUAL – PESSOA FÍSICA – FORMAÇÃO DO CAPITAL –
NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI.

Firma Individual. Pessoa Física. formação do capital. Não incidência do ITBI. Sendo o comerciante individual uma pessoa física, da incorporação e desincorporação de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, do capital desta não surge a obrigação tributária a título de ITBI, por inoccorrência do respectivo fato gerador. Inteligência do art. 36 e incisos do CTN.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer nº 1213/86

Autor: Jaime Rosa Borges

Procurador do Estado *

O Sr. C. L. F. formulou, junto ao Instituto de Avaliação de Imóveis – INAI, consulta sobre se há ou não incidência do Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos na “desincorporação de imóveis da pessoa jurídica singular para pessoa física”, conforme consta do respectivo requerimento de fls.

A Douta Assessoria Jurídica daquele Órgão, na pessoa do ilustre Dr. Jahyr Abrão Estrela, em substancioso parecer, embora reconhecendo que a consulta haveria de ser endereçada ao Departamento da Receita Tributária da Secretaria da Fazenda, opinou finalmente pela isenção do tributo na hipótese objeto da indagação então formulada.

Pois bem, o fato gerador do ITBI é constituído de três situações abstratamente contidas nos incisos I, II e III do art. 35, do Código Tributário Nacional. No inciso I está a hipótese de incidência alusiva à transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física; nos incisos II e III estão previstas, respectivamente, a transmissão e a cessão de direitos reais sobre imóveis.

Por outro lado, e por questão de política tributária, destinada a incentivar a criação ou o fortalecimento da empresa, em face da fun-

* Atualmente, Juiz de Direito

ção social a ela atribuída, o art. 36 do citado Diploma Legal estabelece que o imposto não incide sobre a transmissão dos bens imóveis ou direitos referidos no art. 35:

- I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;
- II – quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra;

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

A propósito das disposições legais supra, verifica-se, em resumo, que o imposto não incide, quer na transmissão de bens imóveis ou de direitos reais a eles relativos, quando a operação visar a formação do capital social da pessoa jurídica; quer na retransmissão ou devolução desses mesmos bens (imóveis), ou de direitos a eles relativos, desde que aos mesmos transmitentes iniciais: **art. 36, inciso I, e parágrafo único.**

Com efeito, observe-se que o legislador, ao enunciar os casos de não incidência, refere-se à **pessoa jurídica**. É para este detalhe que, desde logo, chamamos à atenção. A propósito, Aliomar Baleeiro:

“A interpretação deve levar em conta o objetivo da disposição, que pretende facilitar as incorporações e fusões, no pressuposto de que elas imprimem eficiência às empresas. O inciso do art. 36 do CTN refere-se apenas à pessoa jurídica, à sociedade”. (Aliomar Baleeiro; *Direito Tributário Brasileiro*; 10ª ed./1985, p. 169; Editora Forense).

No caso, objeto da consulta a que ora respondemos, não se trata de pessoa jurídica, isto é, não se trata de desincorporação de imóveis do patrimônio de pessoa jurídica para o da pessoa física. É o que será demonstrado no correr desta fundamentação.

O Comerciante em nome individual, ou simplesmente o empresário individual, não é pessoa jurídica, juridicamente falando, mas sim, pessoa física, nos exatos termos do art. 2º do Código Civil. Aliás, neste sentido, Rubens Requião, ilustrando sua doutrina com julgados dos nossos Tribunais, assim registrou em seu “Curso de Direito Comercial”:

“À firma individual, do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, chama-se também de empresa individual. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a

própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação da firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do Direito Tributário, **somente para efeito do imposto de renda**”. (Grifo nosso. Ob. cit.: 1º Vol. p. 64; 15ª edição, 1985; Editora Saraiva).

Naturalmente, que está se tratando, aqui, de norma de Direito Tributário, mas não de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, e sim de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Ademais, a legislação daquele imposto, o sobre a renda, dispõe que o comerciante individual equipara-se à pessoa jurídica. Ora, somente se equipara aquilo que não é. Veja-se, a propósito, que o Código Tributário Nacional, na seção dedicada ao imposto sob consulta, não estabelece tal equiparação. Saliente-se, ainda, tratar-se de norma de Direito Público, **cogens**, quando não cabe ao intérprete estendê-la a situações não envolvidas pelo legislador.

Reitere-se que o Código Tributário Nacional, ao dispor sobre as situações de não incidência, fala em **pessoa jurídica**. E por que somente refere-se à pessoa jurídica? Porque a pessoa jurídica, a sociedade, tem personalidade jurídica distinta da pessoa de cada sócio que a compõe: art. 20 do Código Civil. E o que é personalidade jurídica? É a aptidão da pessoa física e também da pessoa jurídica, desde que regularmente constituída, de adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, a pessoa jurídica pode adquirir direitos e contrair obrigações através de seu nome comercial (firma ou razão social ou denominação) independentemente dos direitos e obrigações adquiridos ou contraídos pela pessoa de cada um de seus sócios. Portanto, é perfeitamente possível que uma pessoa natural – física – para ingressar como sócio numa sociedade já constituída, ou mesmo em constituição, dê sua contribuição, quer ao aumento, quer à formação do capital social da sociedade, em bens imóveis ou em direitos reais sobre bens imóveis. Se isto ocorrer, a propriedade dos bens imóveis, com os quais o sócio ingressa na sociedade, passará da pessoa deste (pessoa física) para a pessoa jurídica (sociedade). Diga-se o mesmo em relação aos direitos reais sobre bens imóveis. Assim, não há dúvida que estará havendo transmissão de bens imóveis, ou de direitos a eles relativos, quer dos sócios ou terceiros à sociedade, ou desta aos mesmos sócios ou terceiros, a título de desincorporação (devolução).

Diante da fundamentação supra, não é possível, jamais, haver transmissão da propriedade de bens imóveis, para a formação do capital de firma individual, de uma pessoa não comerciante para essa mesma pessoa, agora considerada comerciante. Por outras palavras, é impossível

vel a uma pessoa transmitir a propriedade de bens imóveis a si mesma, porquanto o comerciante em nome individual não é pessoa jurídica: a atividade comercial é exercida em seu próprio nome. Ora, a pessoa jurídica nasce da sociedade, isto é, da reunião de seres individuais, ou, excepcionalmente, do conjunto de bens destinados a um fim, a que se conferem os atributos da pessoa física na vida civil. À sociedade, regularmente constituída, seja comercial ou civil, a lei atribui a personalidade jurídica que é exercida através do seu nome comercial distintamente daquela conferida a cada pessoa dos sócios. Mas ao comerciante em nome individual a lei não confere dupla personalidade jurídica. Este pratica atos de comércio através do seu próprio nome, a teor do que dispõe a norma do direito privado.

Por outro lado, resta, nesse passo, assentar o verdadeiro conceito de fato gerador, para, ao final, demonstrar que no caso sob exame sequer ocorre o fato impositivo alusivo ao imposto objeto da indagação então formulada.

A propósito, sabe-se que o fato gerador do tributo é constituído de duas situações distintas e sucessivas: uma abstrata, outra concreta. A primeira parte é a situação abstratamente definida em lei como hipótese de incidência; a segunda se dá com a realização ou acontecimento, pelo particular daquela situação já hipoteticamente definida em lei. Portanto, diz-se ocorrido o fato gerador com a realização ou acontecimento da hipótese de incidência. Neste sentido, Ruy Barbosa Nogueira:

“A lei tributária configura o fato gerador como sendo aquele elemento concreto que, vez ocorrido, tal como está previamente descrito na lei, dá nascimento à obrigação tributária.

Portanto não basta apenas a existência da norma da lei descritiva do fato, mas é preciso que além da norma **in abstracto** e prévia, o fato previsto ocorra com todos os elementos descritos na lei”. (Direito Financeiro (Curso de Direito Tributário); p. 44, 3ª Edição, Editora JOSÉ BUSHATSKY).

Pois muito bem, se o comerciante em nome individual não é pessoa jurídica, porquanto exerce o comércio em seu próprio nome e a lei não confere dupla personalidade a uma mesma pessoa, logo não se pode falar em transmissão de bens imóveis, a título de desincorporação destes, do patrimônio da firma individual para a mesma pessoa, cujo nome identifica-se com essa firma singular. Assim, não há dúvida de que a hipótese de incidência (transmissão de bens imóveis ou de direitos a eles relativos) não se realiza, não acontece concretamente, vale dizer, não ocorre o fato gerador, no caso do imposto sobre a transmissão desses bens ou direitos.

Portanto, se não há a ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária principal, por esta razão, não surge, não havendo necessidade de se invocar o benefício do art. 36 do CTN, porque a dispensa ali concedida pressupõe a ocorrência do fato gerador: somente se pode dispensar aquilo que é tributado.

Assim, em face de toda fundamentação supra, respondendo finalmente à pergunta feita pelo consulente, afirmamos que, na desincorporação de imóveis do patrimônio da firma individual para a mesma pessoa titular desta firma, não surge a obrigação tributária a título de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, pela inoccorrência do respectivo fato gerador.

Todavia, salientamos que se a desincorporação do imóvel, do capital da firma individual, importar em sua transmissão à terceira pessoa, que não o próprio titular da firma, neste caso ocorre o fato gerador com base no art. 35, inciso I, do Código Tributário Nacional, e não se pode invocar a dispensa prevista no art. 36 do citado Diploma legal.

Sob censura, é o nosso parecer.

PROCURADORIA FISCAL, em Goiânia, 15 de abril de 1986.

LICITAÇÃO PÚBLICA – ANULAÇÃO DE CONCORRÊNCIA.

Licitação pública. Sua anulação quando o procedimento licitatório padece de graves irregularidades que o invalidam para a finalidade a que se destina.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Parecer

Autor: Everardo de Sousa
Procurador Geral do Estado

Pelo Edital de Licitação nº 003/85, a Superintendência das Obras do Plano de Desenvolvimento (Suplan), entidade autárquica, levou ao conhecimento público a abertura de concorrência para, sob o regime de empreitada por preço global, executar as obras de construção do "Hospital do Servidor Público do Estado de Goiás", nas áreas localizadas entre a Avenida Tocantins, ruas 30 e 4 e Avenida Paranaíba, setor Central, nesta Capital.

O edital, convocando os interessados para a apresentação de suas propostas e fixando as condições de realização da concorrência, obedeceu às exigências legais e regulamentares para a formalização do ato administrativo.

Participaram da concorrência, cujos trabalhos se iniciaram aos 28 de agosto p. findo, quatro (4) licitantes qualificados, entre os quais SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A, e a Comissão de Licitação, ao julgar as propostas, considerou como a mais oportuna e conveniente para a Administração a da CONSTRUTORA WISLING GOMES LTDA., dando-a como vencedora, por ter alcançado maior número de pontos na classificação.

Irresignada a isso, SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., que havia obtido a segunda classificação, recorreu do ato do Conselho Dire-

* O insigne e douto Des. Everardo de Sousa foi Procurador Geral do Estado no período de 8/10/84 a 14/3/86.

tor da Suplan, homologatório do resultado desse julgamento, para o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, à consideração de que a Empresa vencedora, WISLING GOMES LTDA., copiou, em pontos substanciais, de natureza técnica, assim plagiando, segundo a expressão mais usual, a proposta da recorrente, o que lhe teria garantido a primeira colocação no procedimento licitatório.

Precedentemente, SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. já havia se insurgido contra o julgamento da Comissão de Licitação, dele interpondo recurso para o Presidente do Conselho Diretor do órgão autárquico e conseguindo efeito suspensivo desse recurso, por decisão judicial, decorrente de uma liminar que lhe fora concedida, com essa exclusiva finalidade.

Por imposição da sistemática jurídica, como nem poderia deixar de ser, o procedimento licitatório assegura a igualdade de tratamento aos ofertantes, ou seja, dispensa o mesmo tratamento a todos aqueles que, sem discriminações nem protecionismo, reúnem condições para contratar e executar obras e serviços para a Administração.

Como bem observa J. CRETELLA JÚNIOR, a licitação processa-se segundo os princípios que regem a lei da oferta e da procura, para escolher, não o preferido, mas o que, objetivamente, faz a oferta mais vantajosa para a administração ("Curso de Direito Administrativo", 6ª ed., p. 464).

Escusado será dizer que a melhor oferta há de cingir-se rigorosamente aos critérios estabelecidos no ato convocatório, devendo esses critérios ser levados em conta no interesse do serviço público, consoante estatui o Decreto-Lei nº 200, de 25.2.1967.

O sistema de flexibilidade da concorrência vale apreciada, assim quanto às condições dos editais como no confluente ao critério de julgamento. "A administração sempre se reserva certa discricionariedade no fixar os critérios de apreciação das propostas, principalmente naqueles casos em que existe notória variedade e complexidade, nas obras a serem executadas ("THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTE", Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. 10, ps. 205/206).

Mas, há que se considerar que a Administração para, com liberdade de ação, optar pela oferta que mais consultar aos seus interesses, não deve proceder com arbítrio, ao ponto de desdenhar o princípio da igualdade que preside às relações entre os licitantes.

Fácil certificar-se de que o instrumento de abertura da licitação, de que aqui se cogita, fixou, nitidamente, todas as condições exigidas para a formulação das propostas com a vinculação dos interessados às cláusulas nele estabelecidas.

Resta perquirir agora, à vista da documentação compendiada, se se ateve a Comissão de Julgamento, sem transigir, como lhe cumpria, às exigências preestabelecidas para a realização do procedimento licitatório, com a conseqüente eleição da proposta que reputou mais oportuna e vantajosa para a execução do serviço público.

A Empresa recorrente assacou uma grave acusação contra a CONSTRUTORA WISLING GOMES LTDA., sem, entretanto, apresentar, de pronto, prova concreta dos fatos articulados contra a empresa vencedora da concorrência e por forma a convencer seguramente a Comissão Julgadora da ocorrência do discutido plágio técnico a ela atribuído na formulação de sua proposta de licitante.

Por envolver essa acusação matéria puramente de fato, dependente, para sua apuração, de exame pericial, a própria Comissão de Julgamento poderia ter assumido a iniciativa, nesse sentido, propiciando à referida empresa oportunidade de roborar o alegado, ou adotando outras providências que se fizessem necessárias no sentido de resguardar a exemplar imagem do atual governo, que sempre se primou pela perfeita lisura e máxima correção no trato com a coisa pública.

Sem dúvida que a eleição da melhor proposta, conforme salienta MIGUEL REALE, com aplausos de ADILSON ABREU DALLARI, ("Aspectos Jurídicos da Licitação", p. 105), está na dependência de um complexo de circunstâncias que escapam à capacidade de apreciação do julgador comum, caso em que "é perfeitamente lícito à Administração solicitar laudos ou pareceres técnicos que auxiliem a avaliação das propostas".

De igual sentir, HELY LOPES MEIRELLES, que, discorrendo sobre o assunto, aduz estas considerações:

"A Comissão Julgadora da Concorrência poderá ser assessorada por técnicos e até mesmo por outras comissões de especialistas, notadamente nos aspectos jurídicos, científicos, tecnológicos, econômicos e financeiros, freqüentes nas licitações de grande vulto e complexidade como poderá também obter laudos e pareceres esclarecedores das propostas em apreciação".

Quanto ao julgamento, prossegue o tratadista, "deverá ser substanciado em **ata** ou **termo**, com a transcrição integral ou resumida do relatório e conclusão da comissão julgadora, indicando os concorrentes desclassificados e os classificados, bem como os fundamentos e motivos da escolha, e, finalmente, a adjudicação do objeto da concorrência ao vencedor" ("Licitação e Contrato Administrativo", 3ª ed., ps. 71/72).

Mas, desatentamente, a Comissão não desceu ao exame da questão relativa ao plágio. Ignorou, simplesmente, a matéria enfocada, não na apreciando, como devia e se impunha, nem fundamentando, ao mé-

nos de leve ou razoavelmente, e a bem da moralidade administrativa, o seu julgamento, com indicação precisa da escolha da licitante classificada em primeiro lugar, segundo determina o art. 133, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200, de 27.2.1967.

Ora, deve-se ter sempre em vista que a justificação assume relevância jurídica para a valoração e eficácia dos atos administrativos, a fim de que não sejam interpretados como frutos da prepotência e do arbítrio.

"Informando o ato a motivação dá-se ao certo disciplinação na categoria, clareando a vontade administrativa, explicando na origem devidamente como deve ser para em final afastar dúvidas que possam prejudicar o ato na sua execução". (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, "Atos Administrativos", p. 133).

Sem que assim se proceda, não é de se presumir o ato, é evidente, com foros de legitimidade para o alcance de seus desígnios.

É mui importante ponhamos tento em que aos membros da Comissão – e a mais ninguém – é que cabe, pela lei, como vimos, estudar as propostas e classificar os licitantes, emitindo juízo seguro sobre o exame a que procederame agindo com acerto na valorização dos critérios de julgamento mediante justificativas escritas lançadas na ata da reunião e tendentes a afastar a possibilidade de irregularidades, equívocos ou erros na seleção da melhor oferta.

Também já realçado que a obrigatoriedade da justificação escrita decorre de mandamento jurídico inarredável, a cujo cumprimento não pode furtar-se a autoridade competente, sob pena de nulidade da decisão, consoante expressa determinação legal.

Não é ocioso nem demais repetir que, no procedimento licitatório **sub examen**, se impunha, obrigatoriamente, em virtude da importância e grandiosidade da obra, que a Comissão Julgadora, ao exercitar os diversos atos da concorrência, assim se orientasse e também expusesse as razões do seu convencimento, inseridas em atas ou termos, com rigorosa obediência aos princípios igualitários e aos fatores e circunstâncias que pudessem melhor influenciar e contribuir para o julgamento objetivo das propostas.

Vem de molde lembrarmos, com JOSÉ ROBERTO DROMI, que a licitação pública é um procedimento integrado "por actos y hechos de la Administración y actos y hechos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual" ("La Licitación Pública", p. 123).

De sorte que, no procedimento selecionador, sobre não ter havido obrigatória motivação fático-jurídica do julgamento, conforme as

normas positivas prescritas, para infundir-lhe credibilidade e legitimidade, não se praticaram os atos essenciais nas fases próprias, nem os divulgaram amplamente para possibilitar impugnações e recursos, nos prazos devidos, por parte dos licitantes interessados, no sentido de se obter a perfeita regularidade do procedimento da licitação que, conquanto vinculado, não se reveste de discricionarismo.

Como nota HELY LOPES MEIRELLES, a "ata deve registrar fielmente o ocorrido, notadamente as impugnações dos licitantes, os recursos oferecidos no momento, as deliberações da Comissão e os votos divergentes de seus membros. As atas assim lavradas passam a constituir peça integrante, na qual devem figurar no original ou cópia autenticada, para livre exame e fornecimento de certidão a qualquer interessado (obr. cit. p. 135).

Nada disso, porém, registrou a ata dos trabalhos do órgão julgador da concorrência, ata que pecou pelo laconismo e pela omissão das ocorrências que devia consignar, com clareza e precisão, pondo a Administração a salvo de desconfiças, dúvidas e reclamações quanto à lisura de seu proceder, em um ato público de tamanha envergadura e responsabilidade.

É certo que os membros da Comissão Julgadora se esforçaram por justificar ou para dar a conhecer os motivos que os induziram a eleger a proposta dada como vencedora. Fizeram-no, todavia, de forma irregular, a destempo, isto é, somente após a lavratura da ata de reunião e com viva surpresa para os demais concorrentes, que não tiveram conhecimento das pretensas justificativas. Estas nem mesmo mereciam levadas a sério, por não terem dado entrada no mundo jurídico da concorrência.

Ora, os proponentes não podem ser tratados com desigualdade, porque aos especificamente iguais, por força do princípio da isonomia, deve ser dispensado o mesmo tratamento, em face da lei.

Mais do que oportuno trazer à cita o que a respeito escreveu JOSÉ ROBERTO DROMI:

"Otro de los presupuestos fundamentales del procedimiento de contratación, es que los sujetos concurrentes a una licitación tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación de la obra, suministro u objeto del contrato de que se trate. Como ha dicho Jêze: "debe ponerse a todos los proponentes en pie de igualdad. Es la consecuencia de la competencia. No deve existir ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. Debe elegirse a quien le hace las mejores ofertas. La igualdad entre los competidores comprende, pues, dos

aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores. 2) Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración". (obr. cit., ps. 136/137).

Igualmente se há de ver que, pelo nosso direito legislado, o procedimento da licitação é um conjunto, uma série de atos interligados com vistas a atingir um resultado objetivado. Todos esses atos, praticados nas fases próprias e vinculados por um nexo de causalidade, atuam num mesmo rumo e com um mesmo objetivo, para se atingir a meta desejada, **que é o objeto de um contrato formalizado, tendente à execução da obra ou serviço para a pessoa jurídica interessada.**

Cada fase do procedimento licitatório é estanque, distinta da que se lhe segue, de modo que os atos dessas fases devem ser praticados nas oportunidades propícias, sob pena de se operar a preclusão administrativa, que tolhe a possibilidade de modificação do decidido ou de não serem tomadas em conta as alegações ou impugnações tardiamente apresentadas.

Embora cada um dos atos do procedimento tenha a sua individualidade, não se pode negar que o único efeito jurídico a que esses atos visam produz uma conexão entre eles e os vinculam de tal forma que "cada ato pressupõe o anterior e o último pressupõe todos os demais". Di-lo bem ADILSON ABREU DALLARI, assim concluindo seu raciocínio:

"A existência de um vício em qualquer dos atos formadores torna-o inepto para produzir os efeitos que lhe são próprios, acarretando a nulidade de todos os atos subseqüentes, pois, com o ato defeituoso, rompeu-se a relação casual" (Obr. cit., p. 133).

Ora, para se aquilatar, sem maior esforço e com toda a segurança, do desregramento e da ilicitude do procedimento licitatório, é suficiente mencionar que, a rigor, não houve julgamento das propostas, qual exige a norma federal, pois a Comissão de Licitação se cingiu, pura e simplesmente, a elaborar o quadro de classificação dos proponentes e a **sugerir** ao Presidente do Conselho Diretor da Suplan a homologação do resultado desse julgamento, sem relacionar os fatos com sua figura legal, não justificando cumpridamente a preferência pela concorrente indicada como vencedora, WISLING GOMES LTDA.

A denunciada retenção de uma via da proposta técnica de SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., quando da primeira licitação (nº 001/85), não foi esclarecida. Inexplicavelmente, deixou a Administração de se pronunciar sobre o extravio dessa proposta, fato que, para a firma concorrente, guarda íntima relação com o apregoado plágio.

Durante a reunião do julgamento, no dia 10 de outubro, um dos membros da Comissão, Sr. G. R. B. S., admitiu a coincidência de desenhos da parte técnica já levantada pela Empresa SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A.

Em sua obra citada (edição 1965), HELY LOPES MEIRELLES focalizou, com autoridade, matéria dessa natureza. E fê-lo, pondo em realce que as faltas éticas podem assumir as mais variadas e disfarçadas formas, merecendo destaque o plágio do projeto, que pode tipificar o crime de violação de direito autoral (Código Penal, art. 184).

Isso, de si só, seria mais do que suficiente para a imediata suspensão do julgamento já iniciado.

O fato incriminado do plágio técnico exigia maior atenção e exame mais percutiente, para afastar, de logo e definitivamente, qualquer dúvida, ou sobredúvida que se pudesse vislumbrar quanto ao bom nome de que desfrutava, com toda a justiça, o atual governo e ao merecido respeito que lhe devota o povo goiano pelo seu correto modo de proceder na condução dos negócios públicos.

Adite-se, ainda, que, por decisão datada de 8 de outubro, foi mantida, pelo emitente Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça, a medida liminar do juizado de primeiro grau, que atribuiu efeito suspensivo ao recurso administrativo da Empresa SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. contra o julgamento das propostas realizado pela Comissão de Licitação.

Nada obstante, sem que tenha sido apreciado e julgado, pela autoridade competente, o recurso administrativo de SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A., a Administração deu pressa em homologar, qual homologou, por ato do Presidente do órgão autárquico, o julgamento das propostas realizado pela Comissão de Licitação, fato que se verificou no dia 10 de outubro, ou seja, em pleno período de vigência da providência cautelar que havia suspendido a operatividade do ato impugnado até a decisão do mencionado recurso administrativo.

Óbvio e indiscutível que a Comissão de Licitação, se não reconsiderou o julgamento impugnado, deveria ter remetido imediatamente o recurso contra ela interposto, conforme pedido da firma interessada, para o Presidente da Suplan, o que não ocorreu, lamentavelmente, de modo que dito recurso continua pendente de apreciação e julgamento na esfera administrativa.

Obscuridades nos pronunciamentos, dubiedade na forma de comunicação, cerceamento de defesa, enfim, uma gama expressiva de graves irregularidades maculou todo o procedimento licitatório, de tal modo que, desenganadamente, o invalida para a finalidade a que se destina.

Não se põem em dúvida a honorabilidade e a competência profissional dos membros da Comissão de Julgamento e do ilustre Presidente do Conselho Diretor da Suplan, que tem sido um auxiliar incansável e valioso na execução de obras públicas do Governo.

Mas, convém pôr em ressalte que à Administração assiste o indeclinável dever de velar pela regularidade de seus serviços e pela legitimidade de seus atos, de arte que não pode fazer rosto ao primado da legalidade, procedendo com tolerância e transigindo com os princípios éticos e jurídicos na prática dos atos administrativos, maximamente em se tratando de concorrência pública.

Há de se considerar, também, a sábia advertência segundo a qual, em direito público, a regra imperante é que só se pode fazer o que é permitido, enquanto, em direito privado, a regra dominante é que se pode fazer tudo o que não é proibido.

Mesmo assim, após o julgamento das propostas e a conseqüente indicação do vencedor, seguiram-se a adjudicação do objeto da licitação e a homologação confirmatória desse julgamento, cujos atos culminaram com a imediata lavratura do contrato entre a Suplan e a ofertante dada como vencedora.

Cumpra ainda não relegar ao esquecimento que esses atos foram praticados ao arrepio de expressas disposições legais, com verdadeira surpresa para os dois outros concorrentes SANTA BÁRBARA ENGENHARIA S/A. e JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A., que, veementemente, reclamaram e protestaram contra os atos da Suplan, com a justificativa cabal de que o órgão autárquico subtraiu das concorrentes 4 dias do prazo total de 5 dias concedido para recurso, conforme disposição do art. 5º, parágrafo único, da Lei estadual nº 6.723 de 16.10.1967, e, como se isso não bastasse, ainda assinou no próprio dia 14.10.85, data em que tornou público o ato de homologação, o contrato com a Empresa WISLING GOMES LTDA. Qual ensina HELY LOPES MEIRELLES, "a homologação só pode ser feita após o transcurso do prazo para recurso (contra a adjudicação ou a classificação) e a decisão dos que forem interpostos, porque nessa oportunidade será confirmado, determinada a retificação ou anulado o julgamento das propostas", ou "todo o procedimento licitatório, se deparar ilegalidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação".

Daí por que o conhecido e acatado administrativista recomenda "que o recurso administrativo deverá ser recebido **sempre** com efeito suspensivo, para evitar homologações apressadas e sujeitas à invalidação pelo provimento do apelo hierárquico" (obr. cit., ps. 170/171).

Pelo visto, as firmas descontentes perderam a confiança na ação administrativa, pois já confugiram às vias judiciais, impetrando manda-

dos de segurança, que tramitam perante a segunda Vara do Juízo dos Feitos da Fazenda Pública Estadual.

O que está certo e indene de dúvidas é que o ato administrativo há de corresponder necessariamente ao interesse público e se revista de manifesta legalidade para produzir os efeitos por ele visualizados.

Bem por isso, julgamento das propostas, com indicação e escolha do vencedor, seguido de adjudicação, homologação e contrato assinado, nada representa no contexto da concorrência pública, se despido de embasamento legal para a validade desses atos.

Ora, no caso presente, segundo já mostramos e remostamos, ocorreu evidente ilegalidade, viciando e invalidando todo o procedimento da licitação, por ostensivo descumprimento de normas cogentes da legislação pertinente, disciplinadora da matéria.

Pouco importa, pois, tratar-se de contrato já firmado com a Administração, uma vez que resultante, qual bastantemente demonstrado, de licitação irregular, destituída de eficácia e operatividade.

Dá-se que nem se acha o referido contrato administrativo convenientemente formalizado, conforme exige o art. 154 do Decreto 73.140/73.

Além de que, a validade desse contrato está condicionado ao seu registro no Colendo Tribunal de Contas, consoante se lê na cláusula 6ª, **in verbis**:

"O presente contrato não entrará em vigor antes do seu registro no Egrégio Tribunal de Contas, não se responsabilizando a Suplan e o Ipasgo por nenhuma indenização à Empreiteira, se o registro vier a ser denegado..."

Logo, não se vislumbra, aí, está-se vendo, possibilidade alguma de existência de direitos subjetivos em jogo ou de situações pessoais merecedoras de atenção e respeito.

Nada impede, portanto, que, administrativamente, pela sua vinculação ao procedimento licitatório, o contrato para a execução da obra se considere igualmente anulado.

"Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode invalidá-lo, tão logo se verifique a sua ilegitimidade. Para a anulação desses atos ilegais – não confundir com atos inconvenientes ou inoportunos, que rendem ensejo à revogação e não à anulação – não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação, porque tais atos, sendo nulos por contrário à lei, não produzem efeitos subjetivos à sua manutenção. O essencial é que a autoridade que os invalidar

demonstre a nulidade com que foram praticados. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa (TJ-RJ-Ac. unân. das Câms. Cívs. Reuns., de 24.11.75 – In “Boletim de Jurisprudência ADCOAS” nº 43.108, p. 465).

Tal, em realidade, a jurisprudência assentada e predominante no Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na súmula 473, segundo a qual “a administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios, que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos”.

Ante situações que tais, em que os entrechoques de interesses e de ambições pululam, chegam ao auge e se exacerbam, no jogo incerto e às vezes sujo das disputas, a Administração deve pautar os seus atos dentro dos estritos termos da legalidade e da moralidade, para se pôr ao sobrenado de reflexo negativo na opinião pública e infundir confiança e respeito aos administrados.

Por tudo isso, e tendo em vista que a concorrência pública há de realizar-se sem flagícios aos princípios éticos e jurídicos e com obrigatoria outorga de igual tratamento para todos os interessados, firmamos entendimento no sentido de ser anulado todo o procedimento licitatório, em face de comprovados vícios insanáveis que, evidenciando a sua ilegalidade, o invalidam, por inteiro, sem gerar direitos e obrigações entre as partes.

E essa anulação poderá dar-se por ato do Chefe do Poder Executivo, ao módulo do art. 138 do Decreto-lei nº 200/67, **expressis verbis**:

“É facultado à autoridade imediatamente superior àquela que proceder à licitação, anulá-la por sua própria iniciativa”.

Anulado o procedimento em pauta, nova Comissão de Licitação, se assim entender a Administração, deverá ser constituída por técnicos especializados e também integrada por um representante da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil e de outro do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura, para apreciação e julgamento das propostas dos concorrentes.

Ainda que se tenha como intempestivo o presente recurso, não vemos como proceder de outra maneira, ao inteiro e das irregularidades que presidiram aos atos da concorrência, à vista de análise da documentação existente sobre o assunto, o atual, popular e incorruptível governo, que nasceu sob o signo da fé e da esperança e do influxo ético, insito a toda administração honesta.

Tal, **sub censura**, o nosso Parecer, que temos a subida honra de submeter à superior consideração do Excelentíssimo Senhor Governador, através do Gabinete Civil da Secretaria do Governo, para onde determino seja remetido este processo.

GABINETE DO PROCURADOR GERAL DO ESTADO, em Goiânia, 8 de outubro de 1985.