EMPRESA PÚBLICA — OBRIGAÇÕES E CONTRATOS — LICITAÇÃO — REDE FERROVIÁRIA FEDERAL

— Interpretação do art. 170 § 2º da Constituição.

— A empresa pública pode realizar contratação de obras e serviços sem licitação prévia.

PARECER

1. As Consulentes desejam saber se a Rede Ferroviária Federal S.A. pode contratar, conjuntamente, sem licitação prévia, a construção e o financiamento de um sistema ferroviário.

2. A Rede Ferroviária Federal S.A. é uma empresa pública, por força do disposto no art. 4º da Lei nº 3.115, de 16 de março de 1957, preenchendo os requisitos do art. 5º, inciso II do Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, complementado pelo art. 5º do Decreto-lei nº 900, de 29.9.69.

3. Sendo a Rede uma empresa pública, considera a lei que ela tem personalidade jurídica de direito privado e que se rege, nos seus contratos, pelas normas de direito

privado. Efetivamente, a personalidade jurídica de direito privado lhe foi reconhecida pelo próprio Decreto-lei nº 200 (art. 5, inciso II) e a sujeição das suas relações com terceiros às normas da legislação comum de direito obrigacional é conseqüência de determinação da própria Constituição Federal, que, no seu art. 170, § 2º, estabelece, de modo inequívoco, o seguinte:

"Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações."

4. O texto constitucional vigente, da Emenda Constitucional nº 1, corrigiu e restringiu a norma anteriormente vigente (art. 163, § 2º da Constituição de 1967), que também sujeitava, ao mesmo regime, as autarquias quando, na realidade, os sistemas jurídicos aplicáveis a ambas as hipóteses devem ser distintos.

5. Em virtude do caráter imperativo e inequívoco da norma constitucional, não se pode restringir a liberdade contratual das empresas públicas e sociedades de economia mista, nem se deve estabelecer, em relação a elas, normas jurídicas específicas distintas daquelas aplicáveis às sociedades comerciais em geral, impondo-se, pois, no caso, a adoção das normas comuns, que regem as relações contratuais no direito obrigacional civil e comercial.

6. O próprio Decreto-lei nº 200 manteve a orientação fixada pela Constituição Federal, pois no seu art. 125 e nas disposições seguintes, estabeleceu normas para as licitações da Administração Direta e das autarquias (*ipsis verbis*) excluindo, *a contrário sensu*, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, consideradas ambas pelo próprio diploma legal como órgãos não autárquicos da Administração Indireta (art. 4º, inciso II, do Decreto- lei nº 200). Tanto a interpretação literal, como a lógica e até a sistemática convergem, assim, no sentido de excluir a aplicação imperativa do sistema de licitação às empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem enquadradas como entidades com personalidade jurídica de direito privado.

7. O recente Decreto nº 73.140, de 9.11.73, que deu nova regulamentação ao Decreto-lei nº 200, obedeceu à determinação constitucional e manteve a posição adotada pela legislação anterior, ao fixar a área da incidência das normas nele contidas. De fato, esclarece o art. 1º do mencionado diploma legal que:

"As licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, reger-se-ão *na Administração Federal direta e autárquica* pelas normas do Título XII do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e pelas disposições deste Decreto."

8. Coerentemente com os textos legislativos, a interpretação administrativa, inclusive da Presidência da República, sempre foi no sentido de não se impor às empresas públicas e sociedades de economia mista as determinações legislativas rerefentes à licitação. Assim, no Parecer 350-H, aprovado pelo Chefe do Estado, o então Consultor-Geral da República Dr. Adroaldo Mesquita da Costa teve o ensejo de afirmar que:

"Com efeito, *pessoa jurídica de direito privado, não sujeita ao processo de concorrência pública, a sociedade de economia mista não se confunde com os demais órgãos de administração centralizada.*" (In *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 101, p. 73).

9. Cabe, aliás, ponderar que os pareceres do Consultor-Geral da República, quando aprovados pelo Presidente, têm força de Decreto, vinculando, pois, a administração em todos seus níveis hierárquicos.

10. Finalmente, existe uma praxe administrativa no sentido de serem realizados contratos por sociedades de economia mista e empresas públicas, sem prévia licitação, bastando citar, neste sentido, os exemplos da Petrobrás, Companhia Vale do Rio Doce e Banco do Brasil S.A., que estabeleceram sistemas próprios de contratação, não se lhes aplicando, evidentemente, as normas do Decreto-lei nº 200 e legislação posterior. Não cabe argüir que se trata, no caso, de sociedades de economia mista, pois é certo, tanto pelo texto constitucional (art. 170, § 2º acima referidos), como pela disposição da lei ordinária (Decreto-lei n.º 200 e Decreto nº 73.140/73) que, para este fim, estão as empresas públicas totalmente equiparadas às sociedades de economia mista, sem que possa haver entre elas qualquer espécie de discriminação. Aplica-se, na hipótese, o adágio *Ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet.* Onde a lei não distingue, o intérprete não pode fazê-lo, devendo-se aplicar, em ambas as situações, o mesmo regime legal.

11. Também a jurisprudência já se firmou no sentido de não caber mandado de segurança, a fim de fazer incidir, em concorrência realizada por sociedade de economia mista, as normas federais existentes na matéria, como se verifica pela decisão do tribunal paulista denegando medida solicitada por concorrente contra o Metrô de São Paulo.

12. Por sua vez, a posição da doutrina brasileira é mansa e pacífica na matéria, desde há longos anos, conforme se verifica pelos seguintes pronunciamentos:

A) De Hely Lopes Meirelles que pondera:

"Não se pode confundir a União, os Estados e os Municípios e suas autarquias com as demais entidades que prestam serviços públicos ou realizam atividades de interesses público, mas em regime de direito privado (civil ou comercial). Para aquelas a licitação é obrigatória; para estas é facultativa.

Daí por que o legislador federal avisamente só sujeitou as entidades públicas aos sistemas de licitações (Decreto-lei nº 200/67, art. 125)". (Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 88).

E prossegue o eminente jurisconsulto paulista, já agora, em parecer que deu para o Metrô de São Paulo, afirmando que:

"A Cousulente, sociedade de economia mista sob a forma anônima, é pessoa jurídica de direito privado e, como tal, não está sujeito à legislação federal (Decreto-lei nº 200/67 e Lei 5.456/68) — nem à estadual sobre licitações e serviços". (Parecer intitulado *"Sociedade de economia mista. Contratação de obra e serviços."* in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara,* v. 26, 1972, p. 384).

B) De Tácito, para quem:

"1º) As empresas públicas e sociedades de economia mista não estão regidas pelo sistema de licitações públicas aplicável aos òrgãos da administração direta, ou autárquica;

2º) Somente a lei poderá estabelecer limites à liberdade de contratar, própria do regime de direito privado, a que essas entidades estão sujeitas." (Parecer sobre *Concorrência pública, sociedades de economia mista, leis complementares,* de 11.4.73,

in *Revista de Direito Administrativo,* v. 113, p. 361).

C) De Carlos Medeiros Silva, que pondera serem as sociedades de economia mis.a e as empresas públicas

"sujeitas às normas legais baixadas para as sociedades de capital, de cunho mercantil. Qualquer desvio dessa caracterização deve resultar de texto expresso de lei, máxime, entre nós, onde não há regras legislativas, de ordem geral, sobre o assunto como acontece alhures." (Parecer sobre *Sociedade de economia mista, normas de administração,* v. 34, p. 391).

D) De Francisco Campos, que, ainda em 1962, incluía, num dos seus pareceres, a seguinte ementa:

"O fato de o Estado participar do capital e da administração das sociedades mista não altera a sua estrutura jurídica, nem as transpõe do plano da economia e do direito privado para o plano da economia pública e do direito público." (Parecer referente à Companhia Vale do Rio Doce in *Revista de Direito Administrativo,* v. 72, p. 385).

13. Não discrepam da lição acima transcrita dos nossos especialistas de direito administrativo, todos os autores nacionais, que se manifestaram sobre a matéria, como se verifica pela leitura dos estudos dos Ministros Vicente Rao (*O direito e a vida dos direitos.* São Paulo, Max Limonad, 1952, v. 1, p. 361 *in fine*) e Oscar Saraiva (*Estudos de direito administrativo e de direito social.* Rio, Editora Melso, sem data, p. 73) e dos Professores e advogados Cretella Junior (*Regime jurídico das empresas públicas,* in *Revista de Direito Administrativo,* v. 106, p. 79 e *Tratado de direito administrativo.* Rio, Forense, 1970, 1. edição, v. 7, p. 256-7), Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*Fundações e empresas públicas.* São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, p. 126), M. T. de Carvalho Britto Davis (*Tratado das sociedades de economia mista.* Rio, José Konfino Editor, 1969, v. 2, p. 640), José Nabantino Ramos (*Empresas públicas,* artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo,* v. 107, p. 19), Trajano de Miranda Valverde (*Sociedades anônimas de economia mista,* artigo publicado na *Revista Forense,* v. 102), Waldemar Ferreira (*A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo,* São Paulo, Max Limonad, 1956, p. 57) e Alfredo de Almeida Paiva (*As sociedades de economia mista e as empresas públicas como intrumentos jurídicos a serviço do Estado,* in *Revista Forense,* v. 192,p. 33 e segs. e especialmente p. 41).

14. Defendemos nos últimos vinte anos, a mesma posição, salientando sempre a vinculação ao direito privado das empresas públicas, como consta do estudo que sobre o assunto publicamos em março de 1954 (Arnoldo Wald, *As sociedades de economia mista e as empresas públicas,* in *Revista Forense,* v. 152, p. 510 e segs.) e cujas conclusões reiteramos, diante da nova Constituição e da recente legislação sobre a matéria, em parecer que demos em maio de 1972, em relação à Cedag. (Parecer sobre *Licitação, dispensa,* in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara,* v. 26, p. 345).

15. A inaplicabilidade das normas sobre licitação às sociedades de economia mista fez com que, em certos casos, se determinasse a inclusão nos estatutos das empresas de normas estatutárias visando disciplinar a vendas de imóveis. Neste sentido, o Decreto-lei Complementar nº 3 do Estado da Guanabara, de 24.10.69, determinou, no heu art. 73, que os estatutos das sociedades de economia mista incluíssem disposição vedando a alienação de bens imóveis sem concorrência pública. Essa

providência legal comprova que somente as disposições estatutárias podem restringir a liberdade de contratar das sociedades de economia mista e das empresas públicas, que se regem exclusivamente pelas normas de direito obrigacional.

16. A legislação estrangeira também reconheceu a personalidade jurídica de direito privado e a aplicação do direito comercial nas relações com terceiros como características da empresa pública. Assim, em execelente estudo que realizou sobre a matéria, Roger Houin, professor da Faculdade de Direito de Paris, teve o ensejo de salientar que se aplicam às empresas públicas as normas de direito comercial, pois

"leur comptabilité est tenue dans les formes commerciales; elles peuvent faire appel aux moyens de financement en usage dans les entreprises privées; les contrats qu'elles concluent sont soumis au droit commun. Les méthodes du droit commercial ont paru mieux adaptées que celles du droit public pour assurer une gestion efficace et saine." (Roger Houin, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial,* in *Archives de Philosophie du Droit, La distinction du droit privé et du droit publique et l'entreprise publique, Paris Sirey,* 1952, p. 98).

No direito norte-americano, Leonard D. White, professor da Universidade de Chicago, reconheceu essa mesma flexibilidade e autonomia às *government corporations,* ensinando que elas gozam da liberdade operacional, eficiência comercial e possibilidade de experimentação, para acrecentar que:

"These advantages are stated more explicitly as including financial self-sufficiency, including the right to borrow; freedom from anual appropriation, involving release from the supervision of the budget bureau; freedom from statutes and rules governing personnel and such matters as purchase, travel, office space and property; ability to establish a separate system of acounts and to settle and adjust claims ...". (Leonard D. White, *Introduction to the study of public administration.* New York, The MacMillan Company, 2. ed., 1940, p. 135, *in fine,* and 136).

17. O Prof. Sampaio Lacerda em monografia intitulada *As sociedades anônimas e sua utilização pelo Estado em suas empresas* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 20), lembra, nos seguintes termos, a posição da doutrina francesa e inglesa.

"Hamel et Lagarde, em seu Tratado (1954, nº 889), acentuam as inconveniências das normas do direito público às empresas do Estado: "As regras do direito administrativo e da contabilidade públicas são inconciliáveis. O funcionário é levado à prudência e não à audácia. Em princípio, todas as despesas do ano devem ter sido autorizadas pela inscrição de um crédito no orçamento e os créditos não utilizados no período previsto são anulados, repetindo-se o processo de inscrição no ano seguinte." Concluem, então, os tratadistas franceses: "A aplicação de tudo isso aos negócios comerciais ou industriais significaria a paralisia e a falência. À medida que se ampliava o intervencionismo, havia preocupação "de industrializar" a gestão dos novos serviços, substituindo os processos de direito e de contabildade comerciais." Outro não é o pensamento de William Robson, professor de economia em Londres (*La società pubbliche in Gran Bretagna,* in *Riv. delle società,* 1956, 405, p. 949 e segs.). A razão bastante para a criação do moderno tipo de sociedade pública foi a necessidade de um alto grau de li-

berdade, flexibilidade, audácia e espírito empreendedor na direção da empresa de propriedade pública tendo o caráter industrial ou comercial e o desejo de fugir às cautelas e prudências típicas dos negócios da administração governativa." Duplo desejo ensejou a criação das sociedades públicas, afirma Robson: de um lado garantir a liberdade do controle cotidiano parlamentar sobre a gestão das indústrias nacionalizadas e por outro evitar a supervisão do Tesouro sobre seu pessoal e sobre seu balanço, pois, como se expressou o Primeiro-Ministro Trabalhista, Clement Attle, o controle do Tesouro é de todo incompatível com a elasticidade necessária à direção de uma empresa comercial ("Post Office Reforme", in "New Statesman and Nation" de 7.11.31)."

18. Examinando a evolução da legislação francesa sobre a matéria, o Prof. Jean Meynaud (*Aspectos atuais da empresa pública, na França.* Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1957, p. 35-37), colocou o problema nos seguintes termos:

"Tratando-se particularmente da França, a tendência dos últimos anos parece ter sido de reforçar e multiplicar os controles. Esta situação foi criticada em certos meios que nela viram uma defesa do Estado e conseqüentemente um abandono dos princípios que haviam guiado o legislador na realização das nacionalizações. De diversos lados foi invocado o espectro da rigidez burocrática geradora da ineficácia e da desordem; mas, a maior parte das críticas é exagerada, sem dúvida alguma.

.....

A falta de elasticidade do sistema de autorização prévia foi particularmente criticada pela demora que causava na execução das decisões, prejudicando a boa marcha da empresa (essa lentidão teria comprometido a realização de diversas transações imobiliárias). Tais críticas não são desprovidas de fundamentos, sobretudo nos casos correntes em que o processo de aprovação exige a intervenção de diversas administrações. Porém, tratando-se de decisões importantes compreendendo a política geral da empresa, ou suscetível de exercer influência na política nacional, parece-nos difícil a renúncia a todo poder de tutela.

O problema se resume, pois, em tornar exeqüível, em vez de fazer desaparecer o sistema de autorização prévia, limitar a tutela às decisões realmente importantes e sobretudo tornar fáceis as formalidades de aprovação."

19. No mesmo sentido, M. T. de Carvalho Britto Davis, no seu *Tratado das sociedades de economia mista* (Rio de Janeiro, José Konfino, 1969, p. 479), invoca a lição idêntica que encontramos nos autores italianos, nos seguintes termos:

"Merecem assentada as seguintes palavras de Treves, que servem de advertência àquelas que tencionam sobrecarregar, excessivamente, as empresas estatais, de controles os mais diversos, que possam ocasionar transtornos à sua eficiência operacional. etc.

"L'espediente dell'ente pubblico economico e ancor di più quello della società comerciale esonerano l'amministrazione dal sistema rigido ed ingombrante di operazioni e di controlli, istituito nel passato nei confronti di servizi di natura differente, e antiquato ormai perfino per questi. Nessuna impresa commerciale potrebbe svilupparsi in tali condizioni con speranza di successo. È fuori dubbio il bisogno di maggiori elasticità, celerità e indipendenza."

20. No presente caso, justificar-se-ia, outrossim, a ausência de licitação pela peculiaridade do contrato. Trata-se de um *package deal,* ou seja, de um negócio complexo, abrangendo vários contratos que incluem a importação de equipamentos, a realização de obras, o financiamento e a assistência técnica, o todo constituindo uma unidade integrada e indivisível. A peculiaridade da hipótese explica, pois, o seu não-enquadramento nos casos previstos pelo art. 125 do Decreto-lei nº 200, que se refere de modo específico aos contratos de compra, obras e serviços, não incluindo formas mais sofisticadas e elaboradas de contratação internacional, como a presente.

21. Não se enquadrando, pois, a situação das consulentes numa daquelas legalmente previstas para a incidência imperativa da licitação, a mesma não se impõe, ocorrendo até uma impossibilidade material de concorrência, em virtude das qualidades especiais e da experiência própria que, na matéria, têm as consulentes, constituindo um consórcio de empresas *tradings* japo*nesas,* sem similar no resto do mundo. A montagem integrada da *trading* é um fenômeno puramente japonês e as empresas que pretendem realizar a obra e o seu financiamento reúnem as maiores companhias de comércio do Japão. Diante da tradição própria e da experiência acumulada das consulentes e do fornecimento integrado de obras, financiamentos e serviços, torna-se inviável, diante da urgência de solução, encontrar uma fórmula integrada que comporte a concorrência.

22. Situação análoga já conheceu a administração brasileira, na vigência do atual texto constitucional, no caso dos corredores de exportação, em que a solução adotada pelos órgãos federais foi no sentido de dispensar a licitação, constituindo importante e fecundo precedente administrativo para a presente proposta.

23. A importância da obra para a segurança nacional, a necessidade de realizá-la com a maior rapidez sob pena de ensejar incomensuráveis prejuízos para o País, a integração dos diversos serviços e do fornecimento de mercadorias, dinheiro e *know how* justificariam, se fosse o caso, a dispensa de licitação com base, respectivamente, nas alíneas *b, d* e *h* do § 2º do art. 126 do Decreto-lei nº 200 e incisos II, IV e VI do art. 8º do Decreto nº 73.140/73. Efetivamente, podemos concluir que a obra a ser realizada, nas modalidades previstas pelas consulentes

a) tem importância básica para a própria *segurança nacional* e o desenvolvimento do País (art. 126, § 2º, *b,* do Decreto-lei nº 200 e art. 8º, II do Decreto nº 73.140);

b) apresenta uma contratação com *empresas titulares de notório "know how" e com profunda especialização,* como ocorre, evidentemente, com as *tradings* japonesas (art. 126, § 2º, letra *d* do Decreto-lei nº 200 e art. 8º, inciso IV do Decreto nº 73.140/73);

c) exige *urgência,* sob pena de ocorrer um *lucro cessante* para o País, que importa em *dano para a União Federal* (art. 126, § 2º, letra *h* do Decreto-lei nº 200 e art. 8º, inciso VI do Decreto nº ..... 73.140/73).

24. Acresce que as consulentes pretendem garantir a efetivação das obras, nos prazos contratuais, mediante um *performance bond* que, evidentemente, só podem conceder na medida em que lhes seja dado escolher adequadamente os empreiteiros brasiliros que realizarão as obras do País, sob pena de se exigir garantia em favor

de pessoas indeterminadas, o que contraria a letra e o espírito da lei e o próprio bom senso.

25. Em conclusão, podemos responder que:

a) a empresa pública pode realizar contratação de obras e serviços sem licitação prévia;

b) no caso, a existência de um contrato complexo, abrangendo realização de obras, venda de equipamento, assistência técnica e financiamento, num *package deal* integrado, exclui a possibilidade material de ocorrência de licitação, como, aliás, bem decidiu o próprio Governo no caso dos corredores de exportação;

c) Atendendo-se à urgência da realização da obra, que envolve interesses básicos do desenvolvimento do País e da própria segurança nacional e à especialização das consulentes, neste tipo de trabalho, assim como as garantias gerais a serem dadas, seria dispensável a licitação mesmo se o contrato fosse realizado com entidade da administração direta.

É este o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1974. *Arnoldo Wald,* Advogado no Rio de Janeiro.

FUNDAÇÕES — NO DIREITO, NA ADMINISTRAÇÃO

Inúmeras questões, de vivo interesse e atualidade, são expostas e discutidas por Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro neste livro que é o mais completo tratado sobre as **fundações** em língua portuguesa. De grande utilidade para administradores, advogados, alunos de Faculdades de Direito, Economia e Escolas de Administração, a obra estuda também outras categorias de pessoas, tais como autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas.

À venda nas principais livrarias ou pelo reembolso postal. Pedidos para a Editora da Fundação Getulio Vargas, Praia de Botafogo, 188, Caixa Postal 21.120, ZC-05, Rio de Janeiro, GB.