

APELAÇÃO CÍVEL Nº 4.781

8ª Câmara Cível

Apelantes : Codesan — Empresa de Desenvolvimento Urbano e Prefeitura Municipal de Niterói
Apelada : Construções Braseu S/A.
Relator : Des. Paulo Dourado de Gusmão

Empresa pública não está obrigada a fazer licitação, salvo determinação legal ou estatutária.

Substituição processual, por sucessão, em razão de fusão de empresas públicas, regida, por analogia, pelo artigo 43 do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4.781 em que são apelantes: 1º — CODESAN — Empresa de Desenvol-

COMENTÁRIO

O respeitável aresto da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça deste ESTADO, prolatado na Apelação Cível nº 4781, certa e inquestionavelmente inaugura, na respectiva área jurisprudencial, temática nova na referência, digna de ressaltar, de que a EMPRESA PÚBLICA NÃO ESTÁ OBRIGADA A FAZER LICITAÇÃO SEGUNDO O PROCESSO PRECONIZADO PELA SISTEMÁTICA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA, salvo é claro, se nos atos constitutivos próprios ou, no caso específico, houver mandamento de adoção dos pré-falados moldes.

Foi a hipótese julgada, na qual, uma empresa pública da órbita municipal, incorporada posteriormente por uma sociedade de economia mista, celebrara contrato de abertura de túnel com empresa particular em relação a cujo contrato, uma outra partícipe da concorrência, entendeu de alvejar a não-habilitação das demais, sob invocação de preceito contido em regulamento federal pertinente às licitações para execução de obras públicas.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

vimento Urbano, em substituição, por sucessão, da EDURB; 2º — Prefeitura Municipal de Niterói e apelada Construções Braseu S/A.

Acordam, à unanimidade, os Juizes da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, integrado neste o relatório de fls. 268/270 e o aditamento de fls. 286, em dar provimento às apelações para cassar a segurança concedida.

E assim decidem, quanto à substituição processual, por ter a CODESAN incorporado a EDURB, que ficou conseqüentemente extinta. Trata-se de substituição processual por sucessão, que independe de concordância da parte contrária, sendo a hipótese regida, por analogia, pelo artigo 43 do CPC, e não pelos artigos 41 § 1º e 42 do mesmo Código. Isto por se tratar de extinção, por incorporação, de pessoa jurídica, análoga juridicamente à morte da pessoa física, porquanto na fusão de empresas, como ensina TRABUCCHI (*Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1977, 22ª ed., pag. 387), há transferência total dos

Sob merecidíssimo aplauso, entendeu o Tribunal, reformando a sentença originária, que a aludida regulamentação de origem federal (Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973) não se aplicava — “*motu proprio*” — às relações obrigacionais entre a empresa pública municipal e as entidades particulares; bem assim que, no caso particular, nem os regulamentos internos da empresa pública (estatuto e regimento interno), nem o edital da concorrência realizada faziam qualquer referência ao decreto federal de molde a ser possível extrair-se a norma de sua livre adoção pela mesma empresa.

As seguras indicações doutrinárias contidas no texto do aresto, se não for demasiada a pretensão, acrescentar-se-ia:

1º) A sistemática jurídico-legal instituidora do processo administrativo das licitações (Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as modificações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969) excluiu, tácita mas taxativamente, as “empresas públicas” e as “sociedades de economia mista” da sujeição ao regramento administrativo específico. Veja-se que, o próprio Decreto-Lei no seu artigo 4º, itens I e II define e extrema os dois setores da Administração Pública, dizendo, *ab verbis* que:

“Artigo 4º — A Administração Federal, compreende:

I — a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria;

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

complexos jurídicos que constituem a sociedade incorporada, como se fosse *sucessio in universum*, "analogia all'eredità di una persona fisica". A constituição de nova sociedade, ou seja, de nova empresa pública, CODESAN, que incorporou a preexistente, EDURB, extinguindo-a, acarretou a sucessão pela incorporadora, CODESAN, de todas as relações jurídicas da sociedade extinta, EDURB.

A intervenção das Procuradorias estadual e municipal não é, *ope legis* processual, obrigatória em mandado de segurança e, *in casu*, o Município, que não deveria intervir, tendo em vista a natureza jurídica da extinta EDURB, não teve prejuízo processual, tendo prestado as informações de praxe com forma jurídica e recorrido, motivo por que foi rejeitada a preliminar de nulidade argüida pela Prefeitura.

Providos os recursos por não estar sujeita a apelante, a extinta EDURB e a sua sucessora, CODESAN, como empresas públicas, à legislação disciplinadora da licitação pública, aplicável somente à admi-

- a) autarquias;
- b) empresas públicas;
- c) sociedades de economia mista."

e, ao impor a sujeição ao regramento licitatório, excluiu, no artigo 125, as entidades referidas nas letras "b" e "c" do item II do seu artigo 4º, *in litteris*

"Artigo 125 — As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste título, e disposições complementares aprovadas em decreto."

Daí se vê que a "mens legis" da exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista salta aos olhos, e a razão jurídica dessa exclusão alça força constitucional maior ante a sua perfeita conformidade com o princípio insculpido no artigo 170, § 2º da Carta Máxima que preconiza a aplicação dos princípios do Direito Privado — vale dizer, por definição não-administrativos — às empresas públicas e sociedades de economia mista nas suas relações trabalhistas e obrigacionais.

Ora, se a norma hierarquicamente superior (art. 170, § 2º da Constituição) era o "bill" de indenidade das empresas públicas e sociedades de economia mista em relação aos vínculos administrativos que versassem matéria obrigacional, claramente se deduz, nos termos da legislação ordinária (Decreto-Lei nº 200, de 1967 e suas modificações), a perfeita conformidade com a diretriz maior, pois, está, no

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

nistração direta e autárquica. Isto porque a empresa pública tem personalidade de direito privado, desenvolve atividade econômica, estando submetida exclusivamente ao direito comercial, salvo limitações estabelecidas pela lei ou pelo seu estatuto. Na França o *affaire Renault*, empresa privada transformada em empresa pública por motivos sociais e econômicos, reforça a tese de a empresa pública não estar submetida às regras do direito público. Tem a empresa pública autonomia de decisão, natureza econômica e sua atividade exercida com continuidade, não estando subordinada ao controle do Estado. Tem flexibilidade e elasticidade, como toda empresa privada, em suas decisões. O controle do Estado é exercido indiretamente seja nas assembléias em que detém a maioria das ações, seja na nomeação da diretoria ou seja na concessão de recursos. Seria contraditório que a lei desse a natureza de direito privado à empresa pública e, ao mesmo tempo, lhe tirasse a flexibilidade e elasticidade que necessita ter suas decisões, submetendo-a a controles rígidos e a formalismos, que lhe retirassem a autonomia em-

mesmo corpo jurídico-legal, o posicionamento de tais entidades dentro da Administração Pública, e, a regra da sujeição ao processo administrativo das licitações, confinada à Administração Direta, que define, e, a só uma das entidades-tipo da Administração Indireta: as autarquias.

A exclusão pois, das empresas públicas e das sociedades de economia mista é, assim, por todos os títulos patente.

2º) A inaplicação dos dispositivos do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973 também é uma redundância lógica, seja de respeito à autonomia ainda que relativa das entidades menores (Municípios), seja do seu próprio texto.

Com efeito, estranhíssima seria a aplicação do ato regulamentar federal à órbita diversa da própria administração federal, a menos que a lei regulamentada tivesse a mesma extensão; não tem. O texto legal regulamentado é, às exatas, o instituído pelos "artigos 125 *usque* 144 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967" que, como já se viu (*supra*) não colhe extensão para além das Administrações Diretas e autárquicas. Lê-se no introito do referido regulamento federal:

"O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o artigo 81, itens III e V da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 125 e 144 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, decreta:"

Veja-se também que o comentado Decreto nº 73.140, de 1973, em termos de extensão de incidência, contém dois preceitos diversos, sendo o primeiro na posi-

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

presarjal, impedindo-a de tomar a decisão que julgar de sua conveniência. Por isso, seja por força da legislação especial que disciplina o regime da licitação pública, que a ela não se destina expressamente, seja por sua natureza, finalidade e razão de ser, não está obrigada a empresa pública a observar esse regime. Aliás, é a lição de HELY LOPES MEIRELLES ("Licitação e sociedade de economia mista", na *Revista de Direito Público*, vol. 30, pág. 51, e *Licitação e Contrato Administrativo*, SP, 1977, 3ª ed., página 111), bem como de FRANCISCO CAMPOS (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 72, pág. 385), CAIO TÁCITO (*Idem*, vol. 113, pág. 350), ARNOLDO WALD (*Idem*, vol. 118, pág. 453 e *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, RJ., vol. 26, 1972), ROBERTO PARAISO ROCHA, douto Procurador Geral do Estado (*Revista de Direito da Procuradoria Geral*, vol. 31, 1977) e de ORLANDO CARLOS GANDOLFO ("Licitação e empresa pública", na *Revista de Direito Público*, vol. 72, 1975).

ção convinável à técnica legislativa, inserido logo no vestibulo de suas "disposições preliminares", conforme se lê no artigo 1º, *verbis*

"Artigo 1º — 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."

Não é possível ser mais claro e defensável em toda a linha, o exercício do poder regulamentar de que se investe o Chefe do Poder Executivo, minudenciando o regramento das licitações de obras e serviços de engenharia a ser adotado:

- a — pela Administração Federal,
- b — restritamente, Direta e Autárquica.

Tanto quanto na letra da Lei, cujos balizamentos o ato regulamentar TEM QUE RESPEITAR, as sociedades de economia mista e empresas públicas estão de fora do seu campo de incidência.

O outro preceito do infausto e mofino Decreto está deslocado para as "Disposições Finais", a cuja ilharga sobreveio pronta a crítica de inconstitucional (pelo desrespeito às autonomias estaduais e municipais) e de ilegal (pelo extravasamento das normas legislativas), no artigo 94, *verbis*:

"Artigo 94 — Nos termos do artigo 1º do Ato Institucional nº 8, de 2 de abril de 1969 e das Leis nº 5.456 de 20 de julho de 1969 e 5.721, de 26 de outubro de 1971, aplicam-se as disposições deste decreto aos Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias."

Ora, tanto a empresa pública extinta, por força de incorporação, EDURB, como a nova, CODESAN, sucessora daquela, têm personalidade de direito privado, sendo sociedade anônima de economia mista, regida exclusivamente pelo direito das sociedades. Os estatutos sociais de ambas, isto é, da extinta, EDURB, e da nova, CODESAN, não obrigam a observância do regime de licitação pública e a legislação que rege a matéria, seja a federal (Decreto-Lei nº 200/67, Lei 5456 de 1968 e Decreto nº 73140/73) seja a estadual, tanto a do atual ERJ (Decreto-Lei nº 237/75 e Decreto nº 362/75) como a do antigo ERJ (Lei nº 6031/68) ou a da extinta GB (Decreto E nº 4657/70), têm por destinatário exclusivamente a administração direta e autárquica, e não a empresa pública.

Conseqüentemente, seja por sua natureza jurídica e razão jurídico-econômica ou seja por força da legislação específica, a extinta EDURB, como a sua sucessora, a CODESAN, como empresas públicas, estão excluídas do regime de licitação pública. Os seus estatutos não a obrigam a respeitá-lo.

A v. sentença recorrida partiu do pressuposto de o edital estar sob a égide do Decreto nº 73140/73, apesar de, pelo art. 1º desse diploma legal, só a administração direta e autárquica estarem obrigadas a observá-lo e apesar de no edital não haver alusão alguma, ao citado decreto.

Verdade espantosa é que NENHUM dos preceitos, expressamente citados no minúculo, autoriza a suposta extensão que extravasa dos poderes constitucionais privativos da União de editar REGRAS GERAIS e não "particularizadas", sobre o assunto. Por economia de espaço e ante a menor pertinência para os fins deste comentário, deixa-se de transcrevê-los, mas, basta conferir. . .

Aqui, ao contento, seja suficiente reparar que, inobstantemente as desconformidades apontadas, ainda assim, o dispositivo na referência às entidades políticas ditas menores "e suas autarquias", CONFIRMA a posição sustentada pelo r. aresto, da EXCLUSÃO das empresas públicas e das sociedades de economia mista.

3º) Como nos estatutos da Apelante ou em quaisquer de seus atos de regramento interno, quer de aceção geral, quer da particular concorrência realizada, inexistissem referências à aplicação adotiva dos artigos 42 e 43 do malsinado regulamento federal, o Tribunal colegiado houve por bem em prover à Apelação, denequando, assim o "writ".

Inexistindo no edital referência alguma ao Decreto nº 73140/73, não estando a empresa extinta, EDURB, e a nova, CODESAN, como empresas públicas, obrigadas a se sujeitarem a esse decreto, ou seja, ao regime da licitação pública, não está, como conseqüência, a empresa pública apelante obrigada a observar o disposto nos arts. 42 e 43 desse diploma legal, não tendo, assim, a impetrante direito ao que pretende.

Foram estas as razões que levaram a Câmara, por unanimidade, a prover os recursos, para cassar a segurança deferida pela v. sentença recorrida.

Custas ex lege.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 1978.

Des. Romeu Rodrigues Silva
Presidente, sem voto

Des. Paulo Dourado de Gusmão
Relator

O importante de sublinhar é que o Acórdão transcrito consagra a tese de que, no ordenamento jurídico brasileiro, as empresas públicas e sociedades de economia mistas são livres para, em tema de vínculos obrigacionais, celebrá-los livremente segundo as regras do Direito Privado, ou, ainda, segundo tais ou quais dispositivos que, livremente ainda, edite ou adote.

Em 20/07/78.

Marcus Moraes
Procurador do Estado

PARECERES ADMINISTRATIVOS

PARECER Nº 3/78-MF

Mandado de Segurança — Intervenção da Procuradoria-Geral do Estado — Casos em que é obrigatória, facultativa e dispensável — Exegese do art. 228 do Código de Organização Judiciária.

proc.: E-14/004.306/78

SUMÁRIO

- I) Introdução.
- II) Audiência conjunta da PGE e da PGJ.
- III) Conceito de autoridade administrativa.
- IV) Atos políticos.
- V) Atos do Ministério Público.
- VI) Atos legislativos.
- VII) Atos judiciais (*lato sensu*).
- VIII) Atos jurisdicionais (*stricto sensu*).
- IX) Litígios entre os Poderes do Estado.
- X) Conclusões.

I INTRODUÇÃO

1. Dispõe o Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado (Res. nº 1/75 do TJRJ, c/red. da Res. nº 4/76):