

**CONCORRÊNCIA PÚBLICA — LOCAÇÃO DE BENS PATRIMONIAIS
DO ESTADO — CONTRATO ADMINISTRATIVO — SOCIEDADE
DE ECONOMIA MISTA — MANDADO DE SEGURANÇA**

— As sociedades de economia mista, sendo pessoas jurídicas de direito privado, não funcionam como partes integrantes do Poder Executivo, nem estão sujeitas ao poder hierárquico de seu chefe.

— A finalidade da concorrência pública é limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público.

— Para caracterizar o contrato como administrativo, é preciso que além de ser parte dêle, uma entidade pública, se destine à gestão de um serviço público.

— O abuso de poder se confunde com a ilegalidade.

PARECER

I — O Estado de Minas Gerais, mediante contrato de locação, cedeu a Termas de Lindóia S. A., por tempo determinado e retribuição certa, o uso e gozo dos imóveis de sua propriedade denominados "Palace Hotel", "Palace Cassino" e Lavanderia de Poços de Caldas (situados em Poços de Caldas), "Grogotá Hotel" (em Barbacena), "Grande Hotel" (em Ouro Preto) e "Hotel de Turismo" (em Diamantina).

O instrumento do contrato foi firmado em 1.º de outubro de 1960, por agente capaz, conforme a remissão feita, em seu preâmbulo, a textos legais e atos administrativos, bem como às autoridades incumbidas de sua celebração; contém a descrição e a destinação dos imóveis e dos móveis nêles utilizados e menciona tôdas as obrigações legais e usuais do locador e do locatário (prazos, aluguéis, seguros, ônus fiscais, obras, inventário

de bens, fiscalização, caução, multas, rescisão).

A escolha da locadora resultou de concorrência pública, regularmente processada, com publicação oficial de editais (27-4-60) e demais atos pertinentes, inclusive do texto assinado, afinal, pelas partes contratantes (12-10-60).

Com o registro, em 7 de dezembro de 1960, sob n.º 376, no Tribunal de Contas, (decisão mantida, em grau de recurso, interposto por concorrente vencido na licitação), o contrato tornou-se ato jurídico perfeito, ficando definitivamente constituídas as obrigações recíprocas e bilaterais.

II — A transferência do contrato foi expressamente prevista. Somente depois de autorizada, previamente e por escrito pelo locador, poderia a locatária fazer a cessão; mas, se viesse a ser constituída uma sociedade de economia mista (conforme projeto de lei que então já tramitava na Assembléia Legislativa), e a ela fossem incorporados, pelo Estado, os bens, objeto da locação, considerar-se-ia, automaticamente, transferido o contrato à nova pessoa jurídica, "com todos os direitos, ônus e vantagens atribuídos a ambas as partes, a partir da data da incorporação" (cláusulas 7.ª e 8.ª).

A entrega dos bens locados operou-se normalmente, exceto quanto aos situados em Poços de Caldas. Para havê-los, intentou a locatária uma ação cominatória, com êxito feliz nos termos da sentença, do MM. Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias, de Belo Horizonte, datada de 30-6-62, confirmada por acórdão de 15-4-63, da 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, na Apelação n.º 21.673, ora em execução, com penhora julgada subsistente e condenação de pagamento de quantia certa, cominada à base de Cr\$ 20.000 diários, no período de 20-11-61 a 20-1-64, acrescida de honorários de advogado e despesas judiciais, conforme nova sentença, de 23-5-64.

III — Mas a previsão contratual, da constituição de uma sociedade de economia mista, com versão, pelo Estado locador, dos bens dados em locação, para a realização de seu capital social, ocorreu por força da lei estadual n.º 2.268, de 26 de dezembro de 1960, que autorizou o Govêrno a promover a organização de uma sociedade por ações, de economia mista, com a participação do Estado em seu capital, à base de 60%, pelo menos, observado o dec.-lei federal n.º 2.627, de 1940, e o disposto no diploma estadual.

A sociedade, que recebeu a denominação de "Águas Minerais de Minas Gerais S. A. - Hidrominas" atribuiu a lei local a exploração e industrialização dos recursos hidrominerais do Estado, bem como o fomento e desenvolvimento do turismo.

Para constituição do capital social o Estado ficou autorizado a dispor, além de recursos orçamentários, dos bens móveis e imóveis de sua propriedade vinculados às estâncias hidrominerais e ao turismo, inclusive os referentes aos contratos de concessões de exploração dessas estâncias, compra e venda de águas minerais e arrendamento de hotéis (arts. 11 e 12).

Pelo Decreto n.º 6.090, de 20-12-60, foi regulamentada a execução da lei n.º 2.268; no art. 6.º foram indicados os bens destinados à integralização das ações subscritas pelo Estado, entre os quais, os que tinham sido objeto do contrato de locação firmado, anteriormente, com Termas de Lindóia S.A., (em 1-10-60 e registrado no Tribunal de Contas, em 7-12-60).

A assembléia de constituição de "Águas Minerais de Minas S. A. - Hidrominas" realizou-se em 30 de junho de 1961, com a versão dos bens dados em locação, conforme a autorização legal e regulamentar, obedecidas as formalidades usuais quanto à sua avaliação, discriminação e conseqüente atribuição, ao Estado, das ações correspondentes ao seu valor.

Com o arquivamento, na Junta Comercial (n.º 115.079, em 18-7-1961) dos

respetivos estatutos e demais documentos constitutivos, a sociedade anônima “Águas Minerais de Minas Gerais S. A. - Hidrominas” passou a existir legalmente como pessoa jurídica de direito privado e, a publicação oficial desses atos, habilitou a nova sociedade a funcionar (Cód. Civil, art. 16 n.º II, *idem*, art. 18; Dec.-lei n.º 227, de 1940, art. 5.º; “Minas Gerais” — *Diário do Executivo*, de 23-7-61, *idem*, assembléias para aumento de capital, em 20-5-62).

A aquisição de personalidade jurídica própria, distinta da de seus incorporadores, permitiu que a “Águas Minerais de Minas Gerais S. A. - Hidrominas”, automaticamente, segundo a cláusula 8.ª do contrato de locação, substituisse o Estado na posição de locador e em todos os direitos e obrigações estabelecidas no mesmo contrato, firmado com Termas de Lindóia S. A., conforme a previsão legal (art. 12 da Lei estadual n.º 2.268, de 1960; art. 7.º do Decreto estadual n.º 6.090, de 1960).

A transferência ou cessão de contrato de locação pelo Estado à Hidrominas, que se operou, automaticamente, é fato notório e está reconhecida por decisão judicial. De fato, do acórdão exarado nos autos da ação cominatória, proposta para haver os imóveis situados em Poços de Caldas, consta a seguinte passagem: — “Ao constituir-se a sociedade Hidrominas, o Estado de Minas integralizou suas ações com o valor dos bens locados à autora e, por isto, teve o cuidado de transferir as obrigações contratuais para ela. O documento agora apresentado em razões de apelação (escritura de transferência de bens) ainda mais reforça a responsabilidade da Hidrominas como locadora, em substituição ao Estado de Minas. Recebeu, definitivamente, todos os bens, exceto o Palace Hotel que continua com o Estado, na qualidade de detentor. Ora, se assim é, a “Hidrominas” mesmo do Palace Hotel tem a posse, pela *cláusula constituti*. Também ela confessou que o imóvel está sob sua administração. Destarte, a ação procede

contra ela, como parte legítima na demanda”.

O acórdão da Egrégia 1.ª Câmara do Tribunal de Minas, é datado de 15 de abril de 1963 e sua execução corre contra a “Hidrominas”, como devedora solidária da cominação imposta e já liquidada, em quantia certa, por sentença de 23-5-64, que julgou subsistente a penhora que recaiu sobre os seus bens.

IV — Não obstante haver o Estado cedido e transferido à “Hidrominas” a locação e o contrato celebrado com Termas de Lindóia S. A. em 1.º de outubro de 1960, conforme a previsão legal, regulamentar e estatutária (*idem*, escritura pública de 30-12-61), situação jurídica esta que já foi reconhecida por decisões judiciais, o Exmo. Sr. Governador de Minas Gerais baixou o Decreto n.º 7.939, de 23 de outubro de 1964, cujo art. 1.º dispõe: — “Fica rescindido o contrato celebrado em 1.º de outubro de 1960, com “Termas de Lindóia S. A.”, a respeito dos bens constitutivos do “Palace Hotel”, “Palace Cassino” e “Lavanderia”, de Poços de Caldas, do “Grogotá Hotel”, de Barbacena, do “Grande Hotel”, de Ouro Preto e do “Hotel de Turismo”, de Diamantina.”

O texto rescisório é precedido de vários *consideranda*, que, em resumo, dizem o seguinte: — a firma locatária “não dispõe de idoneidade e capacidade financeira para cumprir as pesadas obrigações que assumiu”; a própria lei n.º 2.268, que autorizou a criação de “Hidrominas”, preceituou que o Estado pode “rescindir todos os contratos de que participe sejam de que natureza fôr, que tenham por objetivo a exploração de águas minerais, arrendamento de hotéis, fontes, parques e matas” (Lei n.º 2.268, art. 24; Decreto n.º 6.090, art. 28).

A “Hidrominas”, em notificação a Termas de Lindóia S. A., requerida em 15-12-64, declarou-se “inteiramente solidária com o decreto estadual n.º 7.939, de 23 de outubro último, que rescindiu

o contrato celebrado com a notificanda, em 1.º de outubro de 1960, ratificando-o e subscrevendo-o em todos os seus termos e para os fins de direito”.

V — Não se conformando com a rescisão da locação que mantinha com a “Hidrominas”, mas decretada pelo Estado de Minas Gerais, em novembro último, Termas de Lindóia S. A. impetrou mandado de segurança “contra o ato do Exmo. Sr. Governador, consubstanciado no Decreto nº 7.939, de 23 de outubro último”, que argüiu de “manifestamente ilegal” pelos motivos de fato e de direito que deduziu em minuciosa e bem elaborada petição inicial (Mandado de Segurança n.º 1.135, Relator, o Exmo. Sr. Desembargador José de Assis Santiago). O Exmo. Sr. Governador prestou informações, em 16-12-64, sustentando a juridicidade e a legitimidade do ato impugnado.

A consulente — Termas de Lindóia S. A. — ofereceu cópia da petição inicial do mandado de segurança, das informações governamentais, do contrato de locação, das peças extraídas dos autos da ação cominatória e notificação, já referidas, os textos da Lei nº 2.268 e dos Decretos ns. 6.090 e 7.939 mencionados, cópias fotostáticas de publicações oficiais das atas de constituição e de aumento do capital da Hidrominas e respectivos registros.

Após detido exame do caso e dos documentos que foram presentes, passo a emitir meu parecer.

VI — Há três fases distintas, no caso da consulta, que merecem exame destacado, para elucidação das respostas finais: — a formação do contrato, a sua transferência à Hidrominas e sua posterior rescisão pelo Estado.

O contrato de locação firmado entre o Estado e Termas de Lindóia S. A. é ato jurídico perfeito; celebrado por agentes capazes, teve objeto lícito e obedeceu a forma prescrita em lei. Sendo o Estado parte contratante, foi submetido a

contrôle e registro, no Tribunal de Contas, como condição de sua validade e vigência. Com essa formalidade, praticada por um órgão independente do Executivo e fiscal de certos atos praticados por seus agentes, o contrato se aperfeiçoou e adquiriu eficácia, automaticamente.

A procedência da ação cominatória, julgada em ambas as instâncias, vale como afirmação do Poder Judiciário, não só da validade, como também da vigência do contrato de locação.

VII — Como ato jurídico válido foi o contrato transferido à Hidrominas, que substituiu o Estado como locador. Assim, enquanto era parte no contrato, o Estado constituiu a Hidrominas para substituir-se, por ela, na execução do que havia pactuado, exatamente porque entendia válido, vigente e eficaz o texto que seus agentes haviam firmado.

Foi, portanto, um contrato perfeito e acabado que o Estado transferiu à nova pessoa jurídica de direito privado por ele criada, segundo o mandamento legal.

Operada a transferência, o Estado deixou de ser parte contratante, passou à condição de terceiro, sem possibilidade jurídica de invocar o contrato, quer para repudiá-lo, quer para exigir de qualquer das partes sua execução.

A Hidrominas foi organizada como sociedade anônima. A circunstância de o Estado possuir a maioria das ações em que está dividido o seu capital, não altera a sua condição de *pessoa jurídica de direito privado*, sujeita à legislação própria das sociedades desse tipo.

É pacífico que o regime jurídico das sociedades de economia mista, “apesar de suas peculiaridades, é diverso do prescrito para as agências da administração centralizada, as autarquias ou entidades paraestatais”, conforme já tive oportunidade de comentar (Parecer, de 1952, como consultor-geral da República, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 30,

pág. 329; *Revista Forense*, vol. 145, pág. 99).

A consequência que se impõe, ante a natureza jurídica de empresa privada que as sociedades de economia mista conservam, a despeito da presença do Estado entre os seus acionistas, sustentei na mesma oportunidade é que: —

— “não funcionam elas como partes integrantes do Poder Executivo, sujeitas ao poder hierárquico ou funcional de seu Chefe. S. Exa. não se constitui em instância administrativa, ou degrau necessário, competente para conhecer e decidir dos assuntos que constituem a sua atividade legal ou estatutária” (Parecer cit., de 24-7-52).

A pretensão de classificar a Hidrominas como “empresa pública” é meramente acadêmica e nenhuma consequência jurídica teria. As entidades assim denominadas (empresas públicas) são também pessoas jurídicas de direito privado, segundo a legislação brasileira, como as sociedades de economia mista.

Bilac Pinto assim resumiu as suas características:

— “As características externas da empresa pública podem assim ser resumidas: — 1ª) — adota a forma das empresas comerciais comuns (sociedades por ações, sociedade de responsabilidade limitada) ou recebe do legislador estruturação específica; 2ª) a propriedade e a direção são exclusivamente governamentais; 3ª) têm personalidade jurídica de direito privado” (“O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas”, *Revista Forense*, vol. 146, pág. 9 e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 32, pág. 1).

(Ver a propósito Alfredo de Almeida Paiva, “As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 60, pág. 13; Arnold Wald, “As sociedades de

economia mista e as empresas públicas no direito comparado”, *Revista Forense*, vol. 152, pág. 510 e segs., Teófilo de Azeredo Santos, “As sociedades de economia mista no direito brasileiro, tese, 1964, com extensa bibliografia nacional e estrangeira, pág. 93 e segs.; R. Houin, “A administração das empresas públicas e as normas do direito comercial”, tradução, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 48, pág. 26 e segs.; Roger Pinto, “A empresa pública autônoma, de caráter econômico, em direito comparado”, tradução, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 57, pág. 483 e segs.; Francisco Vito e outros, “Il controllo dell'Impresa Pubblica”, Milano, 1960, 317 págs. e tradução, na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 60, pág. 414 e segs.; Claude Ducouloux, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Itali*, 1963, 283 págs.)

VIII — O Estado de Minas Gerais, além dos Bancos de que é acionista majoritário, foi autorizado a constituir, nos últimos anos, grande número de sociedades de economia mista (CAMIG, Lei n.º 1.716, de 1957; CONSEMG, Lei n.º 1.643, de 1957; CEMIG, Lei n.º 826, de 1951; COMAG, Lei n.º 2.842, de 1963; FERTISA, Lei n.º 1.007, de 1953; FRIMISA, Lei n.º 833; METANIG, Lei n.º 2.462; PRODEMIG, Lei n.º 2.830, de 1963; Fundo Especial de Participação e Expansão do Serviço Telefônico, Lei n.º 2.449, de 1961, além da Hidrominas, Lei n.º 2.268, de 1960, conforme a indicação de Teófilo de Azeredo Santos, em recente e preciosa monografia *As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*, 1964, pág. 32-33).

Tôdas essas sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado e como tal funcionam, sem que o Estado de Minas Gerais, como acionista majoritário, possa intrometer-se, como se fôra parte, na celebração, execução, ou rescisão dos contratos que mantém com outras pessoas naturais ou jurídicas.

IX — A lei estadual n.º 2.268, de 26-10-60, no art. 13, mandou *sobreestar*,

até a definitiva constituição da Hidrominas, os contratos e concorrências ainda não efetivados e relativos a bens com que o Estado devia integralizar seu capital na sociedade ou em suas subsidiárias.

O dispositivo citado, entretanto, não podia ter aplicação ao caso da consulta porque, *antes da data da lei*, tanto a concorrência como o contrato já estavam consumados, eram atos jurídicos perfeitos e acabados, inclusive com registro no Tribunal de Contas (7-12-60).

O art. 24 da mesma lei declarou, outrossim, que o Estado ficava autorizado "a rescindir todos os contratos de que *participe*, sejam de que natureza fôr, que tenham por objetivo a exploração de águas minerais, arrendamento de hotéis, fontes, parques e matas (*idem*, art. 28 do Decreto n.º 6.090, de 30-12-60). E essa faculdade foi invocada em um dos *consideranda* do Decreto n.º 7.939, de 23-10-64, que rescindiu o contrato da Hidrominas.

Mas a impropriedade é manifesta e o equívoco pode ser facilmente desfeito. A autorização para rescindir visou aos contratos "de que participe" o Estado. Participar de um contrato significa ser parte contratante. Na data da lei, porém, o Estado não era mais *parte no contrato de locação celebrado em 1960 com Termas de Lindóia S. A.* porque, desde que a Hidrominas adquiriu personalidade jurídica, com o arquivamento de seus atos constitutivos, em 18 de julho de 1961, a ela foi transferido, automaticamente, o contrato, e desde então substituiu o Estado na posição de locador.

Não participando mais do contrato de locação, não podia o Estado invocar aquele texto legal que autorizava rescisões.

O Estado, como acionista, já então era *parte*, de outro contrato, o de constituição de sociedade por ações denominada Hidrominas, com os direitos que os esta-

tutos lhe conferiram. Entre êstes, é claro, não está e nem poderia estar o de rescindir contratos da sociedade anônima *com terceiros*.

Em que situação de descrédito ficariam as sociedades de economia mista, inclusive as de natureza bancária, quanto à fé e execução de seus contratos, se o Estado de Minas Gerais, seu acionista majoritário se arrogasse o direito de rescindi-los, por autoridade própria? A simples enunciação da hipótese mostra o seu absurdo e inverossimilhança. Mas, em última análise, foi o que acaba de fazer o Exmo. Sr. Governador, em relação ao contrato de locação vigente entre Termas de Lindóia S. A. e Hidrominas.

Não sendo mais o Estado *parte* no contrato cuja rescisão decretou, o ato do Exmo. Sr. Governador constitui manifesto *abuso de poder e flagrante ilegalidade*.

E juridicamente mais insustentável ainda se apresenta o decreto rescisório quando procura motivação em fatos pretéritos (inidoneidade e incapacidade financeiras) e que sòmente poderiam ser apreciados por ocasião do acôrdo de vontades e sua consolidação em instrumento escrito, submetido ao contrôle e aprovação do Tribunal de Contas.

X — Algumas das afirmações contidas nos *consideranda* do decreto rescisório (n.º 7.939, de 1964) merecem reparo quanto às conseqüências de ordem jurídica.

A primeira se refere à escolha do contratante que se teria verificado às pressas e às vésperas da criação da Hidrominas, ato que suscita "dúvidas ponderáveis no atinente às suas inspirações".

Como ficou dito na exposição do caso, a seleção dos proponentes se fêz com base em concorrência pública, processo tradicional em nosso direito administrativo (Cód. Contabilidade Pública da União, decreto n.º 4.536, de 28-1-1922; Decreto n.º 15.783, de 8-11-1922).

A finalidade da concorrência pública é precisamente a de, mediante publicidade adequada, limitar o arbítrio, restringir o âmbito das opções, cercear a livre escolha dos candidatos, tornar objetivos os requisitos das propostas a fim de impedir soluções pessoais e que não sejam inspiradas no interesse público.

A noção de que a concorrência é o processo que visa a cercear o arbítrio e o favoritismo é pacífica entre nós. (Antônio Cláudio de Lima Vieira — “A concorrência pública e os limites do poder discricionário da administração”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 61, pág. 389; Fernando Henrique Mendes de Almeida, “Concorrência Pública”, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 62, pág. 340, idem, *Natureza Jurídica da Concorrência Pública*, Tese, 1941; Tavares de Lyra Filho, *Contratos Administrativos*, 1941, pág. 112, e segs., Seabra Fagundes, parecer, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 22, pág. 369 e seguintes; Miguel Reale, parecer, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 57, pág. 460 e segs.).

Themístocles B. Cavalcanti opina no mesmo sentido: —

— “Por conseguinte, o regime das concorrências é o quem melhores condições oferece para a satisfação das necessidades do Estado. É o princípio, aliás, consagrado pelas nossas leis e praxes administrativas” (*Tratado de Dir. Administrativo*, 1942, vol. II, pág. 404).

Ruben Rosa, com a erudição e proficiência de sempre, assim votou no Tribunal de Contas da União: —

— “Concorrência é o processo legal e técnico por meio do qual a Administração pública aufere as melhores condições” na prestação de serviços, na realização de fornecimentos, na execução de obras, na alienação de bens, etc.” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 30, pág. 301).

André de Laubadère, em alentada obra sobre os contratos administrativos, dis-

sertando sobre a escolha do contratante, mostra que o regime jurídico da adjudicação pública obedece aos princípios da publicidade, livre acesso dos concorrentes e igualdade entre eles, porque: —

— “L'adjudication est destinée à protéger les intérêts financiers de l'administration en permettant à celle-ci de conclure le contrat avec le particulier disposé à accepter des conditions de prix les plus favorables pour la collectivité publique” (*Contrats Administratifs*, Tome premier, págs. 263-264, 1956).

P. Duez e G. Debeyre também acentuam o caráter da concorrência ou adjudicação pública, como processo para a escolha dos contratantes:—

— “... par ce procédé on retire aux agents administratifs le libre choix du contractant pour leur imposer des formalités qui conduiront à la détermination forcée du fournisseur.

— “Par cette procédure le législateur a voulu éviter les collusiones entre administrateurs et fournisseurs, et ménager ainsi les derniers de l'Etat” (*Tratado de Droit Administrativo*, 1952, pág. 897).

Em obra recente Jean Lamarque (*Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs* — 1960) reafirma o mesmo princípio.

— “La procédure de l'adjudication a pour but de sauvegarder les intérêts financiers de l'administration en relevant le contractant dont les conditions de prix sont les plus favorables à la collectivité publique ... L'idée qui anime cette procédure, c'est la concurrence” (pág. 135).

Pierre Wigny informa que, no direito belga a concorrência é o regime legal para a locação dos imóveis dominicais (*Droit Administrativo*, 1953, pág. 269).

Aldo M. Sanduli, professor ordinário de Nápolis, informa que no direito italiano, “L'asta rappresenta la regola” e que “L'asta é una vera e propria procedura amministrativa” (*Manuale di*

Diritto Amministrativo, 1957, 4.^a ed., pág. 317).

Enrique Sayagués Laso, a propósito do direito uruguaio, diz também que o processo de licitação para a realização dos contratos administrativos é o mais utilizado (*Tratado de Derecho Administrativo*, (1953), vol. I, pág. 552).

Rafael Bielsa, depois de mencionar os trâmites e as vantagens do processo de escolha do contratante, mediante concorrência, adverte: —

— “Tôdas estas ventajas son de evidente importancia, tanto desde el ponto de vista economico financiero, como del administrativo en el sentido tecnico y moral” (*Derecho Administrativo*, 4.^a ed. 1947, tomo I, págs. 511-512).

Como se vê, a concorrência pública sempre foi e continua a ser um processo de seleção de contratantes, visando ao resguardo do interesse público, à limitação do arbítrio e do favoritismo dos agentes da administração.

O decreto governamental, no entanto, levanta suspeitas quanto ao processo da concorrência, como se a sua dispensa pudesse ter conduzido o Estado a melhor escolha de locatária para os seus bens; a afirmação, entretanto, não tem consequências jurídicas.

XI — Sobre a aferição de idoneidade do proponente, é questão a ser apurada previamente, segundo dispositivo legal, antes do estudo e da escolha do contratante, nas concorrências públicas.

Diz, com efeito, o art. 750 do Reg. Geral de Contabilidade Pub. (Dec. n.º 15.783, de 8-11-1922): —

— “Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concorrentes, serão as propostas abertas e lidas diante de todos os proponentes...”

No mesmo sentido é a orientação jurisprudencial e doutrinária (Ac. do T. A. de São Paulo, 4.^a Câmara, de 15-3-55, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 43,

pág. 302; Seabra Fagundes, parecer, *Rev. cit.*, vol. 22, pág. 367 e segs; Miguel Reale, parecer, *Rev. cit.*, vol. 57, pág. 460 e seguintes).

XII — Outra alegação do decreto rescisório que merece reparo é a de “não se tratar de um simples contrato de locação, regido pelo direito privado, mas, sim, de um contrato atípico e complexo, regido pelo direito público”, e que a tese contrária, de submissão do Estado ao direito privado, quando celebra determinados contratos, “não é sufragada pelos administrativistas e pelas decisões mais esclarecidas”.

A afirmação merece contradita.

A regra de que o contrato, como o referido na consulta, destinado a locação de bens patrimoniais do Estado, se rege pelas normas do direito comum é pacífica aqui e no estrangeiro; no caso, porém, quando sobreveio a rescisão, por ato governamental, o arrendamento já era de bens pertencentes a uma pessoa jurídica de direito privado porque o Estado deixara de ser proprietário dos bens e parte no contrato.

Antes e depois da regra estabelecida no art. 766 do Reg. Geral da Cont. Pub. da União, segundo o qual “os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acôrdo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo”, a orientação doutrinária e jurisprudencial não variou, salvo casos expressos em lei, como medidas de exceção, que não infringiram a norma geral.

Orosimbo Nonato em voto proferido no Supremo Tribunal Federal proclamou, como sendo a “opinião geralmente acreditada”, que: —

— “Quando o Estado pratica atos jurídicos regulados pelo direito civil, coloca-se no mesmo plano dos particulares (Mandado de Segurança n.º 1.794,

julgado em 8-10-52, Ac. in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 46, pág. 192-193).

Luís Antônio de Andrade, em erudito parecer emitido em 1957, a propósito de contratos de arrendamento de *bens do domínio privado do Estado*, invoca a opinião de autores nacionais e estrangeiros para concluir que eles se regem pelas normas do *direito comum*, por se tratar de “ato de gestão privada”, do poder público, tendo por objeto a utilização de bens patrimoniais e não de uso público (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 49, pág. 470 e segs.).

Lafayette e Rui Barbosa assim também opinaram, no princípio do século (*Revista Forense*, vol. 5, págs. 173-184).

Gaston Jèze, em obra clássica sobre a teoria geral dos contratos administrativos, depois de recordar que contrato visa a criar uma “situação jurídica individual”, divide em duas grandes categorias os contratos celebrados pela administração pública: — a primeira é a dos contratos concluídos com o propósito de assegurar o funcionamento de um serviço público “*et soumis à des règles spéciales*” (*regime juridique du droit public*) Ex.: *Marché de travaux publics, contrats administratifs proprement dits*; a segunda categoria, explica o mesmo autor, *in verbis*: —

— “2.º — *les contrats de droit civil*, conclus par l’administration en vue d’assurer le fonctionnement d’une service public, mais réglés par le droit privé (grifo original). Ex.: *certains marchés de fournitures, de louage de choses, de louage de services, vente, bail, etc.*”

E, em seguida, acrescenta: —

— “*Lorsque le contrat est conclu par l’administration avec un particulier, les règles concernant ce particulier* (grifo original) *sont celles du droit civil.*” (*Les Principes Generaux du Droit Administratif*, 3ª ed., 1934; *Theorie Generale des*

Contrats de l’Administration, Première Partie. Formation — Execution des contrats, pág. 3).

O conhecido mestre francês, cujo maior título científico, segundo G. Vedel, é o de ter sido o pai da teoria dos contratos administrativos (*Droit Administratif*, 1961, pág. 640), esclarece ainda que não basta, para caracterizá-lo como administrativo, que o contrato tenha como parte uma entidade pública; é necessário ainda que se destine à gestão de um serviço público. E, exemplificando, recusa aquela caracterização aos contratos celebrados para a exploração de bens patrimoniais ou dominicais do Estado, como os de locação de imóveis (ob. cit., pág. 566).

A. de Laubadère também inclui entre os contratos de direito comum as locações de bens do domínio privado do Estado que são regidos pelo direito comum: —

— “*En principe, ces locations constituent des contrats de droit commun comme concernant précisément la gestion du domaine privé*” (ob. cit., Tome I, pág. 119).

Fritz Fleiner também lembra que o Estado, para a gestão de grande número de suas tarefas, se serve dos mesmos instrumentos jurídicos que o Código Civil pôs à disposição das pessoas de direito privado e cita, entre outros, os contratos de compra e venda e de locação.

E acrescenta: —

— “*En este aspecto, obra como simples sujeto de Derecho privado*” (*Institutiones de Derecho Administrativo*, trad. da 8ª ed., 1933, pág. 39).

M. Waline, dissertando sobre a distinção entre os contratos de direito administrativo e os contratos de direito privado adverte: —

— “*La première condition, pour qu’il y ait contrat administratif, est que l’une des parties contractants soit une collectivité publique. Une jurisprudence cons-*

tante décide qu'un contrat entre personnes de droit privé ne saurait être naturellement; qu'un contrat de droit privé, même si l'autorité publique est intervenue pour presser les parties de s'accorder ou même pour suggérer certaines clauses, une certaine rédaction du contrat aux parties" (*Droit Administratif*, 9ª edição, 1963, pág. 565-566).

No mesmo sentido Jean Lamarque (*Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, 1960, pág. 58, nº 48, II; Dalloz, *Recpertoire du Droit Public et Administratif*, Tome I, (1948), pág. 556-557; M. A. Bercaitaz, *Teoria General de los Contratos Administrativos*, 1952, pág. 169 e e segs.; Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, 1944, pág. 729 e segs.).

A lição se aplica perfeitamente ao caso da consulta. Não é possível falar-se em contrato administrativo, quando o Estado de Minas não é mais parte nêle.

Não é preciso invocar outras autoridades para repudiar a qualificação de "contrato administrativo" ao que o Estado acaba de rescindir, depois de deixar de participar dêle, de ter sido substituído, como parte contratante, pela Hidrominas, entidade de direito privado.

Mas ainda que essa substituição não tivesse ocorrido, tendo tido o contrato como objeto, à época de sua celebração, a exploração de bens do domínio privado do Estado (e por isto mesmo puderam ser incorporados à sociedade anônima) não teve jamais aquela característica. O contrato sempre foi, desde o início, regido pelo direito comum, porque concernente à locação de bens do domínio patrimonial do Estado.

XIII — Havendo rescindido, mediante decreto executivo, um contrato de locação, de bens que não mais lhe pertenciam, porque legalmente alienados e que estava vigente entre duas pessoas jurídicas de direito privado, o Exmo. Sr. Governador cometeu abuso de poder, que se confunde com a ilegalidade, conforme noção corrente; o ato abusivo justifica o

cabimento e a procedência do Mandado de Segurança (Constituição, art. 141 § 24; Lei nº 1.533, de 31-12-51).

Luís Eulálio Vidigal sustenta: —

— "Não há necessidade de distinguir ilegalidade de abuso de poder, pois êste se compreende naquela" ("Mandado de Segurança", in *Revista Forense*, vol. 139, pág. 43-47).

Assim também doutrina Hely Lopes Meireles ("Os poderes do administrador público", in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 51, pág. 1 e segs.).

No direito francês domina a mesma tese, segundo o testemunho de Louis Dubois (da Faculdade de Direito de Poitiers) em monografia recente: —

— "*Aussi l'abus de droit ne constitue pas une catégorie distincte de l'illegalité — ou illicéité — mais une catégorie particulière au sein de l'illegalité"* (*La Théorie de l'Abus de Droit et la Jurisprudence Administrative*, Paris, 1962, pág. 444).

Raymond Goy (da Fac. de Direito de Montpellier) em trabalho publicado também em 1962, enuncia os mesmos conceitos:

— "*On conclut donc que l'abus du droit constitue un vice du but et des motifs, absence ou insuffisance, et qu'il peut être rattaché tout entier à l'illicéité"*. ("*L'abus du droit en droit administratif français*", in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, nº 1, 1962, pág. 16).

Virgilio Giorgianni expõe o direito italiano, em monografia editada em 1963, (*L'abuso del Diritto nella teoria della norma jurídica*, Giuffrè, Milano, à pág. 146 e seguintes) alude ao "parallelismo o l'essenziale identità nozionale di "abuso del diritto" e "sviamento di potere".

XIV — Conclusão: A exposição objetiva e coordenada dos fatos e as informações sôbre a orientação doutrinária e jurisprudencial, a propósito de várias

teses suscitadas na inicial do mandado de segurança e na resposta governamental, visam a deixar clara e inequívoca a posição da consulente, como vítima de ato ilegal e abusivo — o decreto n.º 7.939.

O Estado celebrou contrato para locação de bens de seu domínio privado, mediante concorrência pública, que é o processo tradicional de limitação do arbítrio dos agentes da administração, na escolha dos que, com ela contratam; êsse instrumento sofreu o contraste do Tribunal de Contas que o aprovou e registrou; estava em pleno vigor, conforme decidiu a justiça mineira, quando, segundo a previsão nêle mesmo inserida, operou-se a substituição do Estado locador, por uma sociedade por ações, de economia mista, pessoa jurídica de direito privado, que se tornara proprietária dos bens locados, por efeito de sua versão na constituição de seu capital social.

O Estado, no curso do tempo, deixou de ser proprietário e locador dos bens; deixou, enfim, de ser parte no contrato de locação: a Hidrominas é que passou a ser proprietária, locadora e parte contratante.

Como admitir-se que, operada a substituição do Estado, no contrato, por uma

pessoa jurídica de direito privado, ainda se fale em “contrato administrativo”, “poder de rescisão unilateral”, e outras situações jurídicas incompatíveis com a de um contrato cujo objeto é a exploração de bens do domínio privado, sendo, ambas as partes contratantes, pessoas jurídicas de direito privado?

O Estado, como terceiro, não tinha mais voz no contrato; não podia arvorar-se em parte contratante, para recuperar ou reviver uma posição da qual se demittira, voluntariamente, quando cuidou de organizar a Hidrominas e de transferir-lhe a condição de proprietária e de locadora dos bens arrendados à consulente, sendo pacífica sua caracterização como sociedade de capital (Hidrominas), de cunho privado, fora de qualquer subordinação hierárquica do Poder Executivo.

Ante o exposto, o caso é de mandado de segurança, para anulação do decreto rescisório e de seus pretensos efeitos; o abuso de poder e a ilegalidade são manifestos e merecem corretivo judicial de natureza urgente.

É o que me parece, S. M. J. — Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 1965. — *Carlos Medeiros Silva*.