— Empresa pública não está obrigada ao processo da licitação, salvo determinação legal ou estatutária.

— Em caso de fusão de empresas públicas, opera-se a substituição processual, aplicando-se, por analogia, o art. 43 do CPC.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CODESAN-EMURB e Prefeitura Municipal de Niterói *versus* C.B. S.A.
Apelação Cível n.º 4 781 — Relator: Sr. Desembargador
PAULO DOURADO GUSMÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 4 781 em que são apelantes: 1 CODESAN — Empresa de Desenvolvimento Urbano, em substituição, por sucessão, da EDURB; 2. Prefeitura Municipal de Niterói e apelada C.B. S.A.

Acordam, à unanimidade, os Juízes da 8.ª 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 art. 43 do CPC, e não pelos arts. 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 Trabucci (*Instituzioni di diritto civili.* 22. ed. Padova, 1977, p. 387), há transferência total dos complexos jurídicos que constituem a sociedade incorporada, como se fosse *sucessio in universum,* "analoga all'eridità di una persona física". A constituição de nova sociedade, ou seja, de nova empresa pública, CODESAN, que incorporou a preexistente, EDURB, extinguindo-a, acrretou 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 administração 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, a 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 em suas decisões, submetendo-a a controles rígidos e a formalismos, que lhe retirassem a autonomia empresarial, impedindo-a de tomar a decisão que julgasse 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. *Revista de Direito Público, 30*:51; *Licitação e contrato administrativo*. 3. ed. São Paulo, 1977. p. III), bem como de Francisco Campos (*Rev. de Dir. Administr., 72*:385), Caio Tácito (*RDA, 113:* 350), Arnoldo Wald (*RDA, 118*:453; *Revista de Direito da Procuradoria-Geral,* Rio de Janeiro, v. 26, 1972), Roberto Paraíso Rocha, douto Procurador-Geral do Estado (*Rev. de Dir. da Procuradoria-Geral,* v. 31, 1977) e Orlando Carlos Gandolfo (Licitação e empresa pública. *Rev. de Dir. Públ.,* v. 72, 1975).

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 nº 5 456 de 1968 e Decreto nº 73 140/73), 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 6 031/68) ou a da extinta GB (Decreto-lei nº 4 657/70), 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 73 140/73, 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.

Inexistindo no edital referência alguma ao Decreto nº 73 140/73, 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. — *Romeu Rodrigues Silva,* Presidente sem voto. — *Paulo Dourado de Gusmão,* Relator.