

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO**

**MARIELI PATTA STÜRMER**

**QUAL O LIMITE PARA A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 ÀS EMPRESAS  
ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA APÓS A EDIÇÃO DA  
EMENDA Nº 19/98?**

Porto Alegre

2005

MARIELI PATTA STÜRMER

**QUAL O LIMITE PARA A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 ÀS EMPRESAS  
ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA APÓS A EDIÇÃO DA  
EMENDA Nº 19/98?**

Monografia apresentada com o objetivo de aproveitamento no curso de especialização em Direito do Estado, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Itiberê de Oliveira Rodrigues

Porto Alegre

2005

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. Dr. José Carlos Ferraz Henemann

Vice-Reitor: Prof. Pedro Cezar Dutra Fonseca

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFRGS

Coordenador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cláudia Lima Marques

Vice-Coordenador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Junior

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Coordenador: Dr. Cezar Saldanha

Dados de Catalogação e Publicação (CIP)

S936q Stürmer, Marieli Patta

Qual o Limite Para a Aplicação da Lei Nº 8.666/93 às Estatais Exploradoras de Atividade Econômica Após a Edição da Emenda Nº 19/98?/ por Marieli Patta Stürmer. Porto Alegre, 2005.  
31 f.

Orientação: Professor Itiberê de Oliveira Rodrigues.

1 Licitações 2 Contratos 3 Lei nº8.666/93  
I. Rodrigues, Itiberê de Oliveira II. Título.

CDU 351.712  
CDD 341.3527

## ***DEDICATÓRIAS***

Ao meu esposo Plínio e minhas filhas  
Caroline e Clarissa pela paciência e dedicação.

## RESUMO

Este estudo busca um exame acerca do regime jurídico das Empresas Estatais, exploradoras de atividade econômica, em face das alterações substanciais que ocorreram posteriormente à edição da emenda constitucional nº 19/98. Após uma pesquisa da legislação constitucional e infra-constitucional e através de uma interpretação sistemática, é de se concluir que as disposições constitucionais acerca do tema, são, desde já, aplicáveis a essas entidades integrantes da administração indireta, ainda que não exista a lei ordinária que irá dispor sobre as suas licitações e contratos.

**Palavras-chave:** Licitações. Contrato. Emenda nº19/98.

## **ABSTRACT**

This study it searches an examination concerning the legal regimen of the State-owned companies, exploring of economic activity, in face of the substantial alterations that had later occurred to the edition of the constitutional emendation nº 19/98. After a research of the constitutional and unconstitutional legislation and through a systematic interpretation, is of if concluding that the disposals constitutional concerning the subject, is, since already, applicable to these integrant entities of the indirect administration, still that the usual law does not exist that will go to make use on its licitations and contracts.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>2 A LICITAÇÃO E AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>2</b>
<b>2.1 AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS ANTERIORES E POSTERIORES À EMENDA Nº 19/98 ACERCA DAS EMPRESAS ESTATAIS .....</b>	<b>2</b>
<b>2.2 A LEI Nº 8.666/93 E AS REGRAS ACERCA DAS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA.....</b>	<b>7</b>
<b>3 O SISTEMA JURÍDICO EM QUE ESTÁ INSERIDA A LEI Nº 8.666/93.....</b>	<b>11</b>
<b>3.1 AS LEIS PREEXISTENTES À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>11</b>
<b>3.2 OS LIMITES PARA A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 APÓS A EMENDA Nº 19/98.....</b>	<b>16</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>23</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca um estudo de interesse permanente junto ao tema licitações, especialmente no que concerne às Empresas estatais exploradoras de atividade econômica, sendo ele objeto de divergência entre os que o estudam.

A discussão acerca da obrigatoriedade, ou não, de licitação para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, era objeto de inúmeros trabalhos por aqueles que se dedicam ao tema.

A Constituição de 1988, entretanto, pôs fim a qualquer controvérsia que pudesse ainda existir, determinando que a Administração Indireta, onde se inserem estas Empresas estatais, está obrigada a licitar, obedecendo a todos os princípios a que também está sujeita a Administração direta.

Entretanto, se esta questão restou aplacada, definitivamente pela Constituição de 1988 outras dúvidas ainda remanescem, especialmente, no que tange às normas que devem ser seguidas por essas entidades, na condução de seus processos licitatórios, após a emenda nº 19/98.

A pesquisa não tem a pretensão de esgotar todos os questionamentos que envolvem este tema, mas busca, através de uma abordagem teórica, partindo da interpretação das normas constitucionais e infra-constitucionais, hoje em vigor, desvelar alguns meandros desta que é uma matéria de interesse para os que labutam na área das licitações e contratos.



## **2 A LICITAÇÃO E AS EMPRESAS ESTATAIS EXPLORADORAS DE ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **2.1 As disposições constitucionais anteriores e posteriores à emenda nº 19/98 acerca das Empresas estatais**

Empresa Estatal é a sociedade civil ou comercial, cujo controle acionário pertence ao Estado. Compreende, entre outras, as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista<sup>1</sup>.

A Constituição de 1988 apresentou normas que dispõem acerca dessas empresas em diversos dispositivos, inclusive, sobre licitação. A licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração Pública busca selecionar a proposta mais vantajosa a ser contratada. Traduz-se em uma sucessão de atos administrativos, oportunizando a participação de interessados, em condições de igualdade<sup>2</sup>.

No que aqui interessa tratar, estabelecia a Constituição de 1988, no art. 22, a competência da União Federal para legislar sobre normas gerais de licitações e contratação em todas as modalidades para a Administração Pública direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

As Empresas estatais (federais) integram a Administração indireta federal, nos termos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 4º, II. Por via da interpretação sistemática do art. 37, XIX c/c art. 173, CF 1988 pode-se chegar à mesma conclusão em relação às empresas estatais estaduais, distritais e municipais.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Ed. Atlas, 2004, 17 ed., p.381.

<sup>2</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, 10 ed., p. 223.

No artigo 37, a Emenda 19 à Constituição de 1988 manteve a redação anterior estabelecendo que a Administração Pública direta e a indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além da obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, teria suas obras, compras e alienações contratadas através do processo de licitação, nos termos da lei. Acrescentou apenas a necessidade de obediência ao princípio da eficiência.

Assim, toda a entidade da Administração pública, seja ela direta ou indireta, está submetida, nos termos da Constituição de 1988, ao processo licitatório, o que afasta, definitivamente, qualquer dúvida acerca da obrigação de licitar imposta a essas entidades.

Preliminarmente, para fins deste estudo, é preciso distinguir aquelas Empresas estatais que realizam atividade econômica, daquelas que prestam serviço público, o que se mostra relevante, a fim de identificar o regime jurídico a que estão submetidas cada uma delas.

Tal distinção revelou-se, mais nitidamente após a emenda 19/98, estabelecendo a Constituição de 1988 a permissão para exploração de atividade econômica pelo Estado, somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

No art. 175, estabeleceu a Constituição que: "Incumbe ao Poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Segundo o artigo 173, § 1º da Constituição de 1988, a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, sujeitando-se estas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. Da leitura da Constituição verifica-se a existência de dois regimes distintos:

um de direito público, quando se tratar de prestação de serviços públicos e outro, predominantemente, de direito privado, quando o Estado exercer através das empresas estatais, a exploração de atividade econômica. Tais mudanças nas disposições relativas às Empresas estatais não podem ser ignoradas pelos intérpretes, situação que analisaremos oportunamente.

Muito embora, desde a Constituição de 1967, emenda nº 1 de 1969, no art. 170, § 2º as empresas públicas e as sociedades de economia mista já estivessem submetidas ao regime de direito privado, quando destinadas à exploração de atividade econômica (Decreto-lei nº 200, art. 5º, II e III), foi na redação da Constituição, após a emenda nº 19/98, que se verificou a distinção nítida entre o regime jurídico aplicado àquelas que exploram atividade econômica e o regime jurídico para as que prestam serviços públicos.

O regime jurídico a ser aplicado às Empresas estatais a que se refere o art. 173, § 1º é, portanto, predominantemente, de direito privado. Logo, quando o Estado exerce a atividade econômica deve obediência às normas de direito privado como regra, e ao direito público como exceção. De outro lado, desempenhando a Empresa estatal um serviço público, submete-se ao regime jurídico dos contratos administrativos previsto na lei 8.666/93<sup>3</sup>.

A emenda nº 19/98 trouxe substanciais alterações, no que tange às licitações e contratações realizadas por empresas públicas e sociedades de economia mista, quando estas explorem atividade econômica. O art. 22, XXVII da Constituição de 1988, anteriormente à emenda nº 19/98 estabelecia, indistintamente, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para a administração direta e indireta. Hoje o preceito ali contido, não deixa qualquer dúvida, acerca da diferenciação que se estabelece entre a legislação que deve reger as licitações da Administração direta,

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Atlas, 2004, 17ed., p.382.

autárquica e fundacional e, ainda, a das empresas estatais que prestam serviços públicos e aquela que deve reger as licitações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

A análise sistemática dos dispositivos constitucionais acerca da matéria relativa às licitações leva a inferir que a Administração direta, autárquica e fundacional, bem como as empresas públicas prestadoras de serviços públicos, terão suas contratações através de licitações, nos termos do art. 37, XXI e as empresas estatais que explorem atividade econômica, em que pese não dispensadas de realizar licitações, devem obediência apenas aos princípios que regem a Administração pública, ditados pelo referido artigo 37, caput, nos termos do disposto no art. 173, § 1º, III.

Na nova redação, pós-emenda, estabelece o art. 22, XXVII, que compete à União legislar sobre normas gerais de licitação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. O art. 37, XXI da Constituição de 1988 não sofreu alteração substancial, no que se refere ao dever de licitar para toda a Administração indireta e, portanto, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou exercentes de atividade econômica.

Dispõe o mencionado artigo 37 da Constituição de 1988:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os

concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações.”(BRASIL, 2003, p.49)

Não se trata, entretanto, de incluir todas as empresas estatais na disposição do art. 173, situação que levaria a ignorar a distinção clara que a Constituição procurou manter quando da prestação de serviços públicos pelo Estado e quando da sua exploração de atividade econômica, como já referido anteriormente. Uma interpretação literal do art. 22, XXVII, pós-emenda nº 19/98, poderia levar a concluir que este dispositivo, deixando de referir ali as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, possibilitaria que estas viessem a editar suas próprias regras sem qualquer obediência à lei nº 8.666/93, o que não é correto afirmar<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, Dialética, 2004, 10 ed., p.19.

## **2.2 A Lei nº 8.666/93 e as regras acerca das Empresas estatais exploradoras de atividade econômica**

Uma breve incursão pelas normas que tratam da matéria na Lei nº 8.666/93, possibilitará observar que a leitura destes dispositivos não pode ser dissociada da nova orientação contida na Constituição de 1988, posteriormente à emenda nº 19/98. A lei nº 8.666/93, já no artigo primeiro, afirma estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos e subordinar ao seu regramento, além dos órgãos da Administração direta, empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O alcance desta disposição, após a emenda nº 19/98, não é idêntico ao que possuía antes das alterações, que não podem passar despercebidas pelo intérprete, sob pena de transgressão ao princípio da supremacia da Constituição de 1988. Em sua vigência, anteriormente à emenda 19, já era questionada tamanha abrangência da lei nº 8.666/93, que não permitia distinguir, perfeitamente, quais normas seriam gerais e quais seriam específicas.

Não se pode olvidar, já pela disposição constitucional contida no art. 22, XXVII, que a competência para editar normas gerais, não exclui a dos demais entes federativos para dispor sobre normas específicas. Mas o problema que aqui se põe é o de saber se, diante da nova redação constitucional, trazida pela emenda nº 19/98 é possível continuar aplicando, indistintamente, às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a mesma disciplina que se exige para aquelas empresas estatais que prestam serviço público e para as entidades da Administração direta e autárquica.

Parece que não, em face das novas disposições constitucionais que trazem um tratamento com feição totalmente diferenciada para umas e outras. Certamente, as dúvidas que hoje pairam acerca do tema serão totalmente dissipadas quando da edição do estatuto, mas até que o mesmo seja editado existe

um vácuo jurídico que precisa ser preenchido.

A lei infra-constitucional permitirá que as empresas estatais sejam submetidas a regras mais adequadas, tornando-se mais eficientes, tal como lhes exige a Constituição, em vista da adoção de procedimentos mais céleres, permitindo uma competição mais equilibrada com o setor privado<sup>5</sup>.

O parágrafo único do artigo primeiro da lei nº 8.666/93 afirma estarem subordinadas ao seu regime as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Convém também salientar o que dispõe o artigo 118 da lei nº 8.666/93, o qual estabelece que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da Administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto na Lei nº 8.666/93.

O artigo 119 da mencionada lei estabelece a possibilidade das sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União e pelas entidades referidas no art. 118 de editarem regulamentos próprios devidamente publicados, ficando, porém sujeitas às suas disposições.

Tais dispositivos, diante da nova redação do art. 22, XXVII e do art. 173, § 1º, III, pelo que é possível inferir do que até aqui foi examinado, deverão ter interpretação conforme a nova Ordem constitucional instaurada após a emenda nº 19/98, visto que, hoje, as empresas estatais que exploram atividade econômica não estão mais sujeitas integralmente às regras da Lei nº 8.666/93, senão aos princípios nela contidos que também devem orientar o agir desta subespécie de Empresas estatais.

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à lei de Licitações e contratos Administrativos**, São Paulo, Dialética, 2004, 10 ed., p.17.

O Pleno do Tribunal de Justiça ao julgar o incidente de inconstitucionalidade nº 596254557 considerou que o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, não se aplica àquelas empresas estatais que explorem atividade econômica, em face da necessidade de uma interpretação conforme a Constituição<sup>6</sup>.

Tal entendimento vem ao encontro da Decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, ao julgar o processo Nº 000.214/1997-3, no qual a conclusão foi no sentido de que a Emenda nº 19/98, produziu alterações no art. 173, § 1º da Constituição, de tal forma que permite, inclusive, excepcionar as Empresas Estatais que explorem atividade econômica da incidência da Lei nº 8.666/93, observando seus regulamentos quando os serviços a serem contratados constituam atividade-fim. Esse foi o entendimento do TCU, concluindo que se a licitação vier a causar prejuízos para a consecução dos objetivos da Empresa Estatal, afetando a agilidade em sua atividade-fim poderá ser, inclusive, afastada a obrigatoriedade de licitação. No referido julgamento consta longa análise acerca da situação das Empresas Estatais após a Emenda nº 19/98, referindo que se deve conferir a elas maior agilidade, em face do regime de competição que lhes é imposto, sendo confirmado entendimento de que as Empresas Estatais não devem estar submetidas na integralidade aos comandos da Lei nº 8.666/93 sempre que estes representem empecilho à realização de sua atividade-fim<sup>7</sup>.

O STF já manifestou entendimento de que os arts. 1º e 118 da Lei nº 8.666/93 são constitucionais, quando do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, não invalidando o que aqui afirmamos, vez que naquele julgamento restou esclarecido que a constiucionalidade daquelas normas para aplicação pela União, não retirou a possibilidade de os Estados

---

<sup>6</sup> Tribunal Pleno do TJRS Incidente de Inconstitucionalidade nº596254557, Proponente 5ª Câmara Cível do TJRS, 16 de novembro de 1998, Relator (vencido) Eliseu Gomes Torres.

<sup>7</sup> Tribunal de Contas da União, AC 0624-20/03, Pesquisa Virtual realizada em 19.01.05.



legislarem com autonomia<sup>8</sup>.

O exame acerca da aplicabilidade das regras da Lei nº 8.666/93, às empresas estatais, posteriormente à emenda nº 19/98, deve levar em conta, também, a matéria de competência contida na Constituição de 1988. E isto não apenas com relação às empresas estatais, mas mesmo no próprio âmbito da Administração direta dos Estados e dos Municípios. Ocorre que o art. 22, XXVII da Constituição, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação. Assim, tratando-se de competência privativa para legislar sobre estas normas gerais, possível o exercício da competência legislativa suplementar na matéria pelos Estados e Municípios, tal como prevista nos arts. 24, § 2º e art. 30, II da Constituição de 1988.

Pretender aplicar, hoje, totalmente as regras da lei nº 8.666/93 às Empresas estatais exploradoras de atividade econômica é subverter o princípio da Supremacia constitucional, situação que examinaremos a seguir.

---

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, Dialética, 2004, 10 ed., p.14.

### 3 O SISTEMA JURÍDICO EM QUE ESTÁ INSERIDA A LEI Nº 8.666/93

#### 3.1 As Leis Preexistentes à Nova Ordem Constitucional e a Eficácia das Normas Constitucionais

A Lei 8.666/93 entrou em vigor já na vigência da Constituição de 1988. Esta alçou ao nível constitucional normas de conteúdo administrativo que antes eram apenas objeto das leis infraconstitucionais. Desta forma surgiu uma teoria geral do Direito Constitucional Administrativo e, com esta, uma evolução da interpretação pelo Poder Judiciário<sup>9</sup>.

Em 1998, entretanto, foi editada a Emenda constitucional nº 19/98 que alterou a Constituição e, substancialmente, também, as disposições, antes contidas em leis ordinárias, especialmente da Lei 8.666/93. Assim, a análise das disposições de direito administrativo devem ser analisadas de acordo com os princípios e regras insculpidos na Constituição de 1988. No que diz respeito à vigência das disposições contidas na Lei nº 8.666/93, há que analisá-las sob o manto da Constituição.

A Constituição de 1988 é uma constituição rígida, o que importa para determinar, entre outras coisas, a eficácia e a supremacia de suas normas, bem como a distinção entre estas e as normas complementares e ordinárias<sup>10</sup>. Quando uma lei nova entra em vigor, pode expressamente declarar a revogação de lei anterior. Trata-se de revogação expressa.

---

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2004, p.27.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, São Paulo, Malheiros, 2004, 6 ed.,p.40.

Entretanto, há situações em que a lei, embora silente acerca das normas anteriores, mostra-se com elas incompatível. E aí, tem-se a revogação tácita. No caso de a lei nova regular, de modo integral, a matéria contida na lei anterior, resulta aquela ab-rogada, o que significa que aquele sistema anterior foi abandonado. Da mesma forma quando o princípio fundamental da lei anterior e da posterior apresentam contradição<sup>11</sup>.

As normas vigentes não perdem a sua validade simplesmente pelo fato de serem sucedidas por uma nova Constituição. Quando uma nova ordem jurídica é instaurada, encontra todo um sistema de normas válidas, situação em que se há de verificar a compatibilidade destas normas precedentes com a nova ordem vigente. Tratando-se de normas compatíveis com aquelas estabelecidas na nova Constituição, são essas lei recepcionadas porque continuam válidas. O ordenamento jurídico acolhe estas normas, tal como foram concebidas no sistema anterior, quando seu conteúdo está de acordo com a nova Constituição. A validade destas normas não encontra mais seu fundamento no ordenamento jurídico anterior, mas no novo<sup>12</sup>.

A recepção de normas infraconstitucionais compatíveis com a Constituição, a supremacia da Constituição e a invalidade das normas infraconstitucionais, incompatíveis com a nova ordem instaurada pela edição de uma emenda constitucional, são temas que não podem ser afastados deste estudo. O problema surge quando uma lei ordinária preexistente não está de acordo com a nova Ordem estabelecida.

---

<sup>11</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, Rio de Janeiro, Forense, 1984,9 ed., p.357.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, São Paulo, Malheiros, 2004, 6 ed., p219.

Em tal situação a lei não prevalece, na medida em que essa nova Ordem está amparada em novos princípios, o que determina, de plano, a falência da norma desconforme, não se tratando aí de revogação, mas de caducidade<sup>13</sup>.

É incontestável a supremacia da Constituição e somente as leis conformes a ela serão tidas como válidas, sendo fundamento de validade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico<sup>14</sup>. Assim, não parece existir qualquer dúvida da necessidade de ser afastada a aplicação de qualquer norma anterior que demonstre contrariedade com a norma constitucional superveniente.

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já decidiu inúmeras vezes acerca da impropriedade de efetuar um controle de constitucionalidade superveniente, o que vem ao encontro da posição doutrinária ora citada, pois não se trata de inconstitucionalidade, mas de derrogação do direito anterior incompatível. A derrogação das leis anteriores à Constituição e com ela incompatíveis, não é aquela decorrente de conflito entre duas leis de mesma hierarquia, mas resulta da caducidade conforme já assinalado anteriormente.

A par desta questão da invalidade das normas anteriores incompatíveis devemos tratar também da existência de normas constitucionais que requerem outra normal infraconstitucional a lhe complementar. Trata-se das normas constitucionais programáticas ou normas de eficácia limitada, classificação que inclui aquelas normas que dependem de necessário complemento através de uma lei ordinária. Não há que se falar em uma eficácia condicionada à produção de outra norma. Isto porque as normas constitucionais são todas obrigatórias e possuem o mesmo valor jurídico dos demais preceitos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**, São Paulo: Coimbra, 1996, Tomo II, 3 ed. p.287.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998, 6 ed., p. 52, 228, 234 e 236.

<sup>15</sup> CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. [s.l.] Almedina, 6 ed., p. 1162.

Não é aceitável que a inexistência de normas infraconstitucionais se traduza em bloqueio à aplicação da Constituição, invertendo-se a ordem que deveria orientar o intérprete na análise de situações concretas. Devemos, em face do princípio da supremacia da Constituição, analisar as normas de hierarquia inferior em face desta e, não, o inverso.

As normas constitucionais devem ter a sua aplicação imediata e, mesmo as normas constitucionais ditas programáticas, devem assim ser consideradas, pois como as demais normas da Constituição elas têm o caráter de invalidar o que lhes for incompatível. Atitude contrária a esta, impediria a efetivação do direito posto na Constituição e infringiria o já citado princípio da supremacia constitucional.

Para Miranda:

“Todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento[. . .] e “Nem isso é infirmado pelo caráter aberto das normas programáticas ou, em geral, das normas não exequíveis por si mesmas[. . .] e, ainda, “Todas as normas constitucionais devem ser tomadas como normas da Constituição atual, da Constituição que temos (conquanto com caráter prospectivo), e não como normas de uma Constituição futura, cuja execução não vincule, desta ou daquela maneira, os órgãos de poder e o legislador ordinário.” (MIRANDA, 1996, p.260-261)

O Direito Administrativo, a partir da Constituição de 1988, teve suas normas constitucionalizadas e a classificação das normas constitucionais passou a ter importância relativamente a elas. Exemplo clássico desta situação está presente na disposição contida no art. 173, § 1º da Constituição de 1988, que prevê o estabelecimento, por lei, do estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. A referida norma é classificada

como de aplicabilidade indireta ou de eficácia limitada, em virtude de sua incidência depender da edição de uma lei posterior, mas, considerando a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico, devemos interpretar a Constituição garantindo sua maior efetividade e eficiência.

Ao realizar a interpretação constitucional devemos considerar que a Constituição apresenta um diferencial relativamente aos demais textos jurídicos e, em razão disto, para esta tarefa, ao lado dos métodos de interpretação já conhecidos, devemos utilizar outros para a garantia da efetividade na aplicação de suas disposições<sup>16</sup>. Assim, como se retira da doutrina acima citada, não se pode interpretar a Constituição de forma a diminuir as finalidades ali estabelecidas, devendo interpretá-la de forma a extrair dela maior adequação à realidade<sup>17</sup>.

De outro lado, a interpretação das normas infraconstitucionais deve buscar uma compreensão de forma que se adaptem às disposições constitucionais. Não se trata de encontrar uma interpretação em conformidade com a Constituição quando estas normas forem contrárias a ela, pois neste caso estaremos diante de uma caducidade da norma, se anterior, ou inconstitucionalidade, se posterior. A interpretação, nestes termos, torna-se viável quando é possível verificar entre várias outras, aquela interpretação que retire da norma um sentido em conformidade com a Constituição.

---

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional Administrativo**, São Paulo, Atlas, 2004, p.56.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p.65.

### 3.2 Os Limites Para a Aplicação da Lei nº 8.666/93 Após a Emenda nº 19/98

Após o exame minucioso das diversas questões que envolvem o tema, a conclusão não pode ser outra, senão a de que a Lei nº 8.666/93, relativamente às empresas estatais exploradoras de atividade econômicas não pode mais ser aplicada, sob pena de afrontar o princípio da soberania das normas constitucionais frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

É preciso considerar que os artigos 1º, § único, art. 118 e 119 da lei nº 8.666/93 e demais dispositivos que estabeleçam a incidência do regime desta lei àquelas empresas estatais de que trata o art. 173, § 1º não podem mais ser lidos com esta abrangência desde a edição da Emenda nº 19/98. Também não é possível ignorar que as leis incompatíveis em conteúdo com a Constituição não têm mais validade, se contrárias a ela e não podem continuar a produzir efeitos no mundo jurídico<sup>18</sup>.

Como restou demonstrado, após a Emenda nº 19/98 há dois regimes jurídicos a serem obedecidos: um pela Administração direta, autárquica e fundacional, para as quais ainda restam aplicadas as normas gerais estabelecidas na lei nº 8.666/93 para a Administração indireta, incluídas aí as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviços públicos e, assegurada a possibilidade de Estados e Municípios virem a regular as normas específicas, com respeito ao princípio da federação; e outro, de acordo com o disposto no art. 173, § 1º, III, segundo o qual as empresas estatais, também integrantes da Administração indireta, que explorem atividade econômica, terão regras específicas, ainda que devam obedecer aos princípios da Administração Pública contemplados no art. 37, *caput*.

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís R., **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2004, p.28.

Por fim, também não é possível inferir que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos estarão submetidas ao estatuto especial, como também não se pode concluir pela sua não submissão às regras gerais da lei nº 8.666/93, conclusão que poderia decorrer de uma interpretação literal do art. 22, XXVII, CF 1988, por ter aquele dispositivo deixado de referir as empresas estatais prestadoras de serviços públicos. A conclusão de que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos estariam submetidas ao estatuto especial contraria as regras de interpretação, posto que ao intérprete não é dado substituir-se ao legislador, criando uma disposição legal inexistente na Constituição. De outro lado, concluir, através uma interpretação literal, que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, por estarem excluídas da redação do art. 22, XXVII, não estariam obrigadas às normas gerais da lei nº 8.666/93 levaria ao absurdo, pois não estando estas submetidas ao estatuto especial e nem àquelas normas gerais impostas às demais pessoas da Administração Pública, estariam livres para editar suas próprias regras. Portanto, a interpretação sistemática destas normas acerca da Administração Pública contidas nos arts. 22, XXVII, 37, XXI e 173, § 1º da Constituição de 1988 conduz à conclusão acerca da existência, hoje, de dois regimes jurídicos, o da lei nº 8.666/893 e aquele especial para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

Não se pode olvidar, também, que a Constituição de 1988 elegeu, como cláusula pétrea, a forma federativa de Estado, tal como estabelece o art. 60, § 4º, I, de tal forma que não se pode admitir no sistema jurídico brasileiro uma norma que pretenda abolí-la. Cumpre lembrar, ainda, a disposição contida no art. 18, *caput*, CF 1988, que estabelece a autonomia de cada unidade da federação, inexistindo hierarquia entre elas:

"A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição". (BRASIL, 2003, p.34)



Desta forma, se já antes da Emenda 19/98 não era de se admitir uma lei federal que impusesse todo o seu conteúdo específico como norma geral aos demais entes da federação, posteriormente a ela, tal conteúdo não encontra abrigo na nova ordem constitucional e a consequência é a não recepção de lei com esse conteúdo, caso não seja possível a interpretação conforme o novo texto constitucional, pois do contrário haveria afronta não só ao princípio da soberania como ao princípio federativo. Em face do princípio federativo e pela disposição do art. 22, XXVII, da Constituição, cremos que não está excluída a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, da Constituição, tanto que o §3º do referido dispositivo estabelece que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, podem os estados exercer a competência legislativa plena<sup>19</sup>. E quanto à competência específica para legislar sobre licitações e contratos, não resta qualquer dúvida que está assegurada a cada uma das unidades da federação, pois não se trata de competência exclusiva da União, mas privativa para editar normas gerais<sup>20</sup>.

A nova ordem constitucional inaugurada com a Emenda nº 19/98, por certo, pressupõe que algumas das normas previstas na lei nº 8.666/93, sejam interpretadas de forma a compatibilizar o seu texto com as disposições constitucionais.

No caso específico das normas da lei nº 8.666/93, o art. 119, que estabelecia a possibilidade de editar regulamentos próprios pelas entidades referidas no art. 118, foi apenas parcialmente recepcionado pela emenda constitucional nº 19/98, razão pela qual poderão estas entidades criar as suas próprias regras, respeitando os princípios da Administração pública, mas atendendo às suas especificidades a fim de adequar os procedimentos ao mercado tornando-se

---

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo, Malheiros, 2004, 23 ed., p. 502.

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, São Paulo, Dialética, 2004, 10 ed, p.13 e 14.

competitivas e, portanto, eficientes<sup>21</sup>. O texto, do art. 118 e do art. 119, deve ser interpretado de forma que não se mostre incompatível com as disposições constitucionais e isto é possível, na medida em que a administração indireta ali referida é composta por outras entidades que não exploram atividade econômica e é com relação a estas que se pode admitir a sujeição integral aos ditames daquela lei.

Se de um lado é absolutamente correto afirmar que uma lei nacional irá determinar as regras gerais para as licitações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, também resta fora de qualquer dúvida que estas entidades devem obediência apenas aos princípios da Administração Pública, não estando submetidas integralmente às regras da lei nº 8.666/93<sup>22</sup>. Ausente a legislação federal de normas gerais para as empresas estatais que explorem atividade econômica e, não se podendo atribuir eficácia negativa a dispositivos constitucionais vigentes após a emenda, resta concluir que estas empresas não estarão infringindo qualquer regra se editarem seus próprios regulamentos que garantam a observância dos princípios da Administração Pública.

O próprio art. 119 da Lei nº 8.666/93 já estabelece esta possibilidade, porém, posteriormente à emenda nº 19/98, não é de se admitir que tais regulamentos fiquem sujeitos às disposições da referida lei, pois ainda que inexistente o estatuto das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a inegável eficácia que se deve atribuir ao art. 173, § 1º da Constituição de 1988 que tem o poder de derogar a lei anterior com ele incompatível, restando clara a possibilidade de edição de regulamentos que, devidamente publicados, possibilitarão a essas empresas estatais apresentarem procedimentos mais simplificados e, por conseqüência, mais eficientes, atendendo assim aos objetivos colimados pela Constituição, o que propiciará a sua efetivação.

---

<sup>21</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, **Comentários à Lei de Licitações E Contratações da Administração Pública**, Rio de Janeiro, Renovar, 6 ed., p.30.

<sup>22</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo, Saraiva, 2003, 6 ed., p.68.

De qualquer forma, após a emenda constitucional nº 19/98, não se pode admitir a obrigatoriedade de aplicação incondicional da lei nº 8.666/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, senão relativamente àquelas regras que expressem princípios, aos quais estão também submetidas, a exemplo das demais pessoas da Administração Pública, por força do disposto no art. 37 da Constituição de 1988.

Após a Emenda nº 19/98, o art.1º, parágrafo único da lei 8.666/93 deve ser interpretado, de forma que essas empresas estatais possam realizar sua atividade econômica com agilidade e eficiência, tal como prevê a Constituição. A expedição de regulamentos que respeitem as peculiaridades de seus serviços possibilitará o atendimento da finalidade para a qual foram criadas.

Conforme se verifica por inúmeros acórdãos, o Supremo Tribunal Federal tem manifestado entendimento da não admissão da inconstitucionalidade superveniente, isto porque segundo aplicação da doutrina de Kelsen, não há recepção das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, que são por ela derogadas<sup>23</sup>. A conclusão, inafastável, diante destas decisões é de que as normas das leis anteriores, incompatíveis com a Constituição, não poderão ter aplicação, pois não foram por ela recebidas.

Especificamente, o art. 1º, parágrafo único, o art 118 e o art.119 da lei nº 8.666/93 devem ser lidos, após a emenda nº 19/98, com restrição de sua aplicação às estatais exploradoras de atividade econômica. Ocorre que se a emenda 19/98 alterou os arts. 22, XXVII, 37, XXI e 173, § 1º, III, alterando significativamente o regime jurídico a ser aplicado a essas estatais, não podem prevalecer integralmente esses dispositivos sobre a Constituição.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 396386**, Relator Ministro Carlos Veloso, São Paulo, Julgado em: 29.06.2004. Publicado no Diário da Justiça em 13.08.2004, p.00285; **Ação Direta de Inconstitucionalidade 129**, Relator Ministro Francisco Rezek, São Paulo, Julgada em: 07.02.92. Publicada no Diário da Justiça em 28.08.92, p. 13450.

Neste sentido, o julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no incidente de inconstitucionalidade nº 596254557, já citado, em que se concluiu pela interpretação conforme a Constituição dos citados artigos da Lei nº 8.666/93. Isto não significa dizer que a Lei 8.666/93 não tem nenhuma aplicação, nem cabe falar em sua inconstitucionalidade, tal como já declarado pelo STF.

As entidades integrantes da Administração Pública possuem características que lhe são próprias, razão pela qual não há como exigir que os procedimentos licitatórios sejam padronizados. Tal exigência não decorre do texto constitucional e, no próprio art.119 da lei nº 8.666/93 está permitida a edição de regulamentos próprios, regra que existe desde o Decreto nº 2.300/86, art. 86.

De fato, como não se pode concluir que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estariam livres de qualquer norma, já que não estão submetidas ao disposto no art. 119, na sua íntegra, poderão expedir seus próprios regulamentos até que seja publicado o novo estatuto que virá no futuro regular as suas Licitações<sup>24</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>, no Recurso Especial Nº 80.061-PR (1995/0060916-9) em que é recorrente o Estado do Paraná e Recorrido o Banco do Estado do Paraná, julgado em 24 de agosto de 2004, reafirmou a obrigatoriedade de observar o regime das licitações pelas sociedades de economia mista, em que pese não tenha examinado o tema, considerando as disposições da emenda nº 19/98 e nem sua atividade econômica propriamente dita. Entretanto, o acórdão não invalida o que até aqui foi afirmado, visto que apenas reafirma a obrigatoriedade de licitar das economias mistas, a qual segundo entendimento ali esposado, emana da Constituição e, não da lei nº 8.666/93.

---

<sup>24</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo, Saraiva, 2003, 6 ed., p.69.

<sup>25</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 80.061-PR (1995/0060916-9)**, Relator Castro Meira, Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ, consulta dia 10/05/05.

## 4 CONCLUSÃO

Assim, após análise de todos os dispositivos constitucionais e infra-constitucionais que tratam do tema, há algumas conclusões que são inafastáveis, como a de que a Lei nº 8.666/93 não pode mais ser aplicada, incondicionalmente, às Empresas estatais que explorem atividade econômica, sob pena de negativa da Supremacia da Constituição. Não é possível justificar a obrigatoriedade de sua aplicação, pela ausência da lei que irá estabelecer o estatuto destas Empresas, porque a lei infra-constitucional somente tem amparo na Constituição.

Resta claro que as Empresas estatais podem expedir seus regulamentos próprios, hoje, não mais submetidos de forma integral à Lei nº 8.666/93, visto que a ressalva contida no art. 119 da referida lei não mais pode ser admitida em face das novas disposições constitucionais posteriores à Emenda nº 19/98.

Em que pese a grande dificuldade que cerca o tema “normas gerais”, após a emenda nº 19/98, não se pode deixar de questionar o alcance de todas as normas da lei nº 8.666/93, não somente em relação às empresas estatais federais mas, especialmente, em relação às não federais, em face do já referido princípio federativo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 129**, Relator Ministro Francisco Rezek, São Paulo, Julgada em: 07.02.92. Publicada no Diário da Justiça em 28.08.92, p. 13450.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário 396386**, Relator Ministro Carlos Veloso, São Paulo, Julgado em: 29.06.2004. Publicado no Diário da Justiça em 13.08.2004, p.00285

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. 6 ed.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. São Paulo: Saraiva, 2003. 6 ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. 17 ed.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004. 10 ed.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1998. 6 ed.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 9 ed.

MEIRA, Castro. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 80.061-PR (1995/0060916-9)**, Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ, consulta dia 10/05/05, 10:26.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. 10 ed.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1996. Tomo II, 3 ed.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

Pereira Junior, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 6 ed.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004. 6ed.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23ª ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 502.

TORRES, Eliseu Gomes. Tribunal Pleno do TJRS. **Incidente de Inconstitucionalidade nº 596254557**, Proponente 5ª Câmara Cível do TJRS, 16 de novembro de 1998.