

**A&C**

***Revista de Direito***

***Administrativo & Constitucional***

Visite nosso *site* na internet:

[www.jurua.com.br](http://www.jurua.com.br)

e-mail:

[editora@jurua.com.br](mailto:editora@jurua.com.br)

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0-xx-41) 352-1200

Fax: (0-xx-41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

**Atendimento exclusivo para livreiros:**

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Fone: (0-xx-11) 3991-2969

Fone/Fax: (0-xx-11) 878-0974 – CEP: 02.925-140

**Editor:** José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 5, 2000.

224 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito  
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00138

# AS LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS ESTATAIS EM FACE DA EC 19/98 (REFORMA ADMINISTRATIVA)

*Toshio Mukai*<sup>1</sup>

---

1. Tudo caminhava no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista, em geral, com a denominada Emenda Constitucional da Reforma Administrativa, passariam a ter suas licitações e contratações regidas por regulamento próprio e não mais por leis.

Com efeito, a última versão da Proposta de Emenda à Constituição 173-B, de 1995 (vinda do Poder Executivo) pretendia impor as seguintes alterações:

1) ao inc. XXVII do art. 22: restringia a incidência das normas gerais de licitação e contratação à administração pública direta, autárquica e fundacional, observado o inc. XXI do art. 37, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Essa redação ficou mantida na EC 19/98 na qual foi convertido o mencionado projeto de Emenda.

O art. 3º da Proposta previa a alteração de vários incisos do art. 37, inclusive o de n. XXI, que passaria a ter a seguinte redação:

*“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações da administração direta, autárquica e fundacional, serão contratados mediante processo*

---

(1) Mestre e Doutor em Direito (USP). Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

*de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes... (omissis)...”.*

O art. 3º da EC 19/98 não previu a alteração desse inc. XXI do art. 37, de modo que a redação que restou é a originária, ou seja, a da Constituição de 1988, que, como se sabe, não restringe a sua aplicação apenas à administração direta, autárquica e fundacional.

Por fim, tanto a Proposta de Emenda à Constituição 173-B, como a Emenda 19/98, contemplaram a seguinte redação para o art. 173, § 1º:

“Art. 22 – O § 1º do art. 173 da CF/88 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 173. ....

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;*

*II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.*

*III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.*

*IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal com a participação dos acionistas minoritários.*

*V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.*

2. Como se verifica, a EC 19/98 acabou separando as licitações e contratos da Administração Pública, direta, autárquica e fundacional de um lado, com um regime jurídico legal sobre o qual

incidem as normas gerais sobre licitações e contratos previstas na Lei 8.666/93; de outro, as licitações e contratos que seguirão apenas e tão-somente as leis respectivas da União (no caso das estatais federais) dos Estados (no caso das estatais estaduais) e dos Municípios (no caso das estatais municipais), com fulcro no art. 37, XXI, da Constituição; neste caso estão as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos (que estão incluídas na expressão “**administração indireta**” contemplada no *caput* do art. 37 da CF/88). Observe-se que a “lei” de que fala o inc. XXI, de acordo com o princípio federativo será lei da União, do Estado ou do Município, conforme se trate de licitação ou contrato federal, estadual ou municipal.

Ainda, um regime especial, previsto numa lei específica, deverá contemplar as regras para as licitações e contratos das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, nos termos do § 1º, III do art. 173 da CF/88 (com a nova redação dada pela Emenda 19/98).

Nesta última hipótese, há que se dirimir a seguinte questão: as licitações e contratações previstas para as empresas estatais que explorem atividades econômicas não poderiam ser disciplinadas em regulamentos próprios? Devem apenas obediência aos princípios da Administração Pública, sem terem que observar os princípios da licitação?

A primeira questão merece-nos resposta negativa. Se a disposição determina que (inc. III) as licitações e contratações observarão os princípios da Administração Pública (previstos no *caput* do art. 37), à evidência, sendo o primeiro e principal deles, o da legalidade, as empresas estatais que explorem atividades econômicas somente poderão efetuar suas licitações e contratações mediante autorizações específicas de lei formal, não de simples regulamento.

Quanto à segunda indagação, os princípios fundamentais da licitação: vinculação ao instrumento convocatório, igualdade, julgamento objetivo, decorrem, o primeiro, do princípio da legalidade, e os demais, dos princípios da impessoalidade, da moralidade e do da igualdade de todos perante a lei (CF/88, art. 5º, *caput*).

3. Observamos que a expressão “administração indireta” somente se aplica às empresas estatais que prestam serviços públicos, não se enquadrando ali aquelas que explorem atividades econômicas.

Com efeito, assevera CRETELLA JR.: “Assim, distinguimos a administração (a minúscula), entidade ‘gestora de serviços privados’, e a Administração (A maiúsculo), entidade ‘gestora de serviços públicos’. Desse modo, a empresa pública rotulada, formalmente, pelo texto legal, como **Administração indireta**, não no é, quando materialmente, desempenha serviços comerciais e industriais” (in **Administração Indireta Brasileira**, 3. ed., Forense, 1990, p. 98).

E mais adiante:

*“Mutatis Mutandi, o que se disse da empresa pública pode afirmar-se da sociedade de economia mista. Rotulada pela lei de entidade da Administração indireta, a sociedade de economia mista é modelo empresarial, regida pelo direito comercial, sob a forma de sociedade anônima.*

*‘Administração indireta será toda e qualquer sociedade de economia mista que, por exceção, desempenhar serviços públicos’*”. (ob. cit., p. 99).

Assim, a interpretação da parte final do inc. XXVII do art. 22, na redação que lhe foi dada pela Emenda 19/98, deve ser feita em consonância com a nova redação dada pela mesma Emenda ao § 1º do art. 173 da Constituição.

Se aqui apenas se tratam das empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas, quando o inc. XXVII do art. 22 se refere às “empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, essa referência está adstrita apenas àquelas empresas estatais que explorem atividades econômicas, dela excluídas aquelas que prestem serviços públicos.

Estas últimas, porque compõem a Administração indireta, estão abrangidas pelo disposto no art. 37, XXI, da CF/88.