

AINDA SOBRE A POSSIBILIDADE DE LEIS ESTADUAIS E MUNICIPAIS EM MATÉRIA DE LICITAÇÃO

José Eduardo Martins Cardozo¹

RESUMO: Diante da importância do processo licitatório para a administração e consolidação do Direito Administrativo, nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda, há que se questionar sobre a competência dos entes federados para a propositura de leis, a fim de regular seu procedimento. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é analisar a possibilidade do exercício de competência legislativa de leis estaduais e municipais pelos entes estaduais e municipais em matéria de licitação. A análise sugere que diante da inércia e deficiência da norma geral possa haver normas específicas disciplinadoras de matéria licitatória.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação; Lei 8.666/93; Competência legislativa; Leis Municipais e Estaduais em matéria de Licitação.

ABSTRACT: Considering the importance of the bidding process for the administration and the Administrative Law consolidation, as prescribed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, there is still to question about the competence of the federal entities to fill laws in order to normalize its procedure. In this sense, the aim of this paper is to analyze the possibility of the exercise of legislative competence by the state or municipal law entities in terms of bidding. This analysis suggests that, in front of inertia and failure of general law, there may be specific laws about bidding issues.

KEYWORDS: Bidding; Law 8.666/93; Legislative competence; Municipal and state law for bidding.

¹ Ex-Ministro da Justiça. Doutorando em Direito pela Universidade Salamanca/Espanha. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

1 LICITAÇÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como todas as Constituições, o texto da nossa vigente Constituição representou a síntese de todos os fatores reais que compunham o poder social existente no momento histórico da sua elaboração e da sua promulgação. Naquele momento buscava a sociedade brasileira romper com o autoritarismo e com o arbítrio do regime militar instituído pelo golpe de estado de 31.3.1964. Dentro dos marcos do modo de produção característico de uma sociedade capitalista, o desejo dominante era a construção de um Estado Democrático, respeitador da liberdade e assegurado de uma ampla esfera de direitos individuais, coletivos e sociais. A tônica do limite ao poder se sobrepunha, assim, à necessidade da afirmação de prerrogativas de conduta para os agentes estatais. Por isso, passou a ser conhecida como a *Constituição-cidadã*.

Esta dimensão axiológica pode ser captada sem dificuldade alguma pela simples leitura do seu texto. Afirmando a República Federativa do Brasil como um “Estado Democrático de Direito”, aponta como seus fundamentos “a soberania”, “a cidadania”, “a dignidade da pessoa humana”, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” e “o pluralismo político” (art. 1º). Estatui um extenso rol de direitos individuais e coletivos (art. 5º), que passaram a ser tratados não só como normas de *eficácia imediata* (art. 5º, § 1º) mas, ainda, como autênticas *cláusulas pétreas*, ou seja, como regras inatingíveis por emendas constitucionais, ou seja, por manifestações do denominado *Poder Constituinte Derivado* (art. 60, § 4º, IV). Chega, mesmo, em certos casos, a ser repetitiva, como no caso do princípio da igualdade ou isonomia, tratado simultaneamente em diversos artigos, sob diversos aspectos, como se buscasse o legislador constitucional se acautelar de eventuais descumprimentos futuros (v. art. 3º, IV; art. 4º, V; art. 5º, abertura; art. 5º, I; art. 5º, XLI; art. 12, § 2º; art. 37, I; art. 37, XXI; e art. 150, II).

No campo específico da atuação da Administração Pública, o espaço normativo explícito do nosso texto constitucional é fortemente ocupado por princípios e regras que pretendem assegurar a plena *indisponibilidade do interesse público*, deixando, assim, formalmente em segundo plano as prerrogativas de autoridade que

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

devem marcar a atuação dos nossos agentes públicos. É nessa perspectiva que no *caput* do seu art. 37 são afirmados como princípios gerais da Administração Pública os princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*² – todos, sem exceção, destinados a estabelecer limites e controles de conduta para o administrador público, e não privilégios para sua atuação em confronto com os interesses privados.

É com a mesma preocupação que são igualmente afirmados, de forma explícita, dentre outros, os princípios do *contraditório e da ampla defesa na atividade administrativa* (art. 5º, LV), do *concurso público para ingresso em cargos, empregos e funções públicas* (art. 37, II), da *liberdade de associação sindical ao servidor público* (art. 37, VI) e seu *direito de greve* (art. 37, VII), da *responsabilidade civil objetiva do Estado* (art. 37, § 6º); e, ainda, as *regras limitadoras da remuneração dos agentes públicos* (art. 37, XI, XII, XIII, XIV, XVI e XVII, e art. 39, § 4º³), as que *estabelecem a obrigação de autorização legislativa específica para a criação de entes da Administração indireta e empresas subsidiárias* (art. 37, XIX e XX) e, ainda, as que *criam possibilidades e instrumentos de controle jurisdicional sobre atos da Administração Pública* (art. 5º XXXV, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII e LXXIII, e art. 129).

Dentro deste mesmo espírito, também se ocupou o nosso legislador do *dever de licitar*, ou seja, do dever do Estado de realizar, antes de suas contratações, um procedimento administrativo que assegure a isonomia entre os interessados nesta contratação e a escolha da proposta mais vantajosa para os interesses públicos. Reconhecendo que a realização de procedimentos licitatórios, enquanto um pressuposto essencial para a satisfação de valores fundamentais da nossa ordem jurídica, deveria ter o *status* de princípio constitucional, veio o art. 37, XXI, da nossa Lei Maior a afirmar, tanto para os órgãos da Administração direta como da indireta, que,

² Observe-se que o *princípio da eficiência* não constava do texto original da Constituição, tendo sido nele introduzido pela Emenda Constitucional 19/1998.

³ Alguns destes dispositivos foram alterados ou introduzidos por emendas constitucionais, revelando em larga medida a dificuldade que tem representado o tratamento dos limites de ganhos para os agentes públicos, dentre nós.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

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, mediante as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Afirmava-se, assim, o dever de licitar como um princípio constitucional que obrigatoriamente incide sobre todos os órgãos e entes vinculados ao Poder Público, pouco importando sua natureza jurídica ou o fim para os quais houvessem sido criados.

De certo modo, a afirmação constitucional atendeu a uma tendência que já havia se apresentado anteriormente na nossa legislação infraconstitucional. Editado durante a vigência da Constituição Federal de 1967 e posteriormente recepcionado pela Carta de 1988, o Decreto-lei 2.300, de 21.11.1986. O quadro restou, contudo, alterado com a entrada em vigor da Lei 8.666, de 21.6.1993. Partindo das regras constitucionais estabelecidas no texto de 1988, o novo diploma legislativo disciplinador das normas gerais em matéria de licitações e de contratações do Poder Público veio a estabelecer importantes modificações no que tange à matéria *sub examine*, considerando-se exclusivamente os ditames firmados no texto constitucional de 1988, a Lei 8.666/1993 ampliou a dimensão *subjetiva* do dever de licitar. Se a Constituição Federal impunha este dever, como observado, apenas para a Administração direta e indireta (entenda-se pela expressão o conjunto formado por *autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais*⁴), este diploma infraconstitucional veio a alargá-lo, ao colocar também sob sua incidência quaisquer entes *controlados direta ou indiretamente pelo Poder Público*.⁵ Com isso, um universo de pessoas que

⁴ A definição legal de *Administração indireta* nos é dada pelo art. 4º do Decreto-lei 200/1967, que estabelece: “Art. 4º. A Administração Federal compreende: I – a Administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; II – a Administração indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas”.

⁵ Assim dispõe o art. 1º da Lei 8.666/1993, alargando, nos termos expostos, a dimensão subjetiva do dever de licitar tanto para a União como para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios:

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

constitucionalmente poderia restar liberto da realização de licitações, antes da celebração de seus contratos, ficou submetido a este tipo de controle.

Com isso, as duras regras legais relativas ao processamento das licitações impostas pela nova lei passaram a incidir indistintamente sobre todos os órgãos e pessoas jurídicas da Administração ou por ela controladas. Um autêntico *regime jurídico único* para os procedimentos licitatórios passou a vigorar em todo o país.⁶

Note-se, assim, que, se a tendência original da Constituição de 1988 era impor limites e controles mais rígidos à ação da Administração Pública em geral, foi esta ainda mais alargada com a edição da Lei 8.666/1993. Isto, com certeza, se deveu à crescente insatisfação da opinião pública com os permanentes escândalos e denúncias de corrupção que continuavam marcando a vida brasileira, mesmo após a entrada em vigor daquela Carta Constitucional. Mais controles, mais limites e menos discricionariedade passaram a ser impostos aos nossos administradores, numa busca incessante de probidade e de eliminação das nefastas formas de apropriação privada dos bens e dos recursos públicos.

“Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

“Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios” (grifos nossos).

Cumprir observar que esta tendência de alargar o dever de licitar para além da Administração indireta já poderia ser observada no próprio Decreto-lei 2.300/1986, uma vez que seu art. 86 também prescrevia que as “entidades controladas direta ou indiretamente pela União, e pelas entidades referidas no artigo anterior” (Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios), poderiam editar regulamentos próprios para fins de disciplinar procedimentos seletivos simplificados.

⁶ A expressão é de Marçal Justen Filho, que, ao comentar a situação da Administração indireta perante a nossa atual Lei de Licitações, afirma que “a Lei 8.666 determinou regime jurídico único para toda a Administração, sem qualquer distinção entre a Administração direta e indireta, ao impor a necessidade da licitação e a observância de princípios fundamentais”.

Como observaremos a seguir, julgamos apropriada a adoção da expressão “regime jurídico único” desde que adotada no exato sentido referido pelo autor acima referido. Trata-se de um mesmo regime a ser seguido pela Administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que concerne a uma definição única acerca da dimensão subjetiva e objetiva do dever de licitar (*quem deve licitar e o que deve ser licitado*, respectivamente), das exceções ao dever de licitar e dos princípios básicos que devem reger todas as licitações. Isto, todavia, não implica um *regime jurídico uniforme*, ou seja, que todos os entes administrativos devam sempre ter as mesmas regras regendo as licitações que realizam. É o que mais adiante se afirmará.

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

Como não poderia deixar de ser, porém, esta onda controladora começou, com o passar do tempo, primeiro a ser refreada, e depois combatida por intervenções legislativas concretas e pontuais. Pouco a pouco os controles estabelecidos pela Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional – não só no campo das licitações, mas em muitos outros – começaram a ser questionados, seja quanto à sua adequação aos fins maiores do Estado, seja também quanto ao seu próprio mérito.

Vários fatores contribuíram para isso. Dentre os principais, destacam-se alguns de natureza estritamente pragmática. E outros de essência puramente político-ideológica.

Quanto aos de natureza pragmática, colocam-se os naturais embaraços que rígidas regras no campo das licitações trazem às ações administrativas. Licitações sempre implicam custos para seu processamento e natural perda de agilidade para atos de contratação. Em um país cuja cultura administrativa foi forjada no arbítrio e na falta de planejamento, a afirmação de um amplo dever de licitar e de uma acentuada rigidez procedimental apresentam-se quase sempre como um trágico problema, de difícil superação para os nossos despreparados administradores. A inépcia, a má gestão e a falta de previsão passaram, assim, a ser encobertas por ferozes críticas à extrema “burocracia” propiciada pela nossa legislação em relação à atividade contratual do Poder Público. Deste modo, ao invés de se buscar a revisão tópica e recomendável de eventuais exageros propiciadores de um engessamento injustificado da máquina administrativa em certos campos da sua atuação, a “licitação” passou a ser vista globalmente como um “entreve” na busca de uma maior “eficiência” do Estado.

Já no plano político-ideológico, as críticas, apesar de partirem de outra causa, acabaram seguindo o mesmo rumo. Com o fortalecimento da visão *neoliberal* do Estado no período que se segue à derrocada dos regimes comunistas do Leste Europeu, o ideal de um Estado mínimo, cuja gestão tivesse por paradigma a atuação das empresas privadas, passou a ser defendido por muitos. Um Poder Público moderno e eficiente, dentro desta visão, exigia mais resultados e menos controles. Nesta linha de raciocínio, o receituário globalizado da reforma do Estado, defendido

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

como uma verdade inexorável pelos arautos dos “novos tempos”, passou a ter como pressuposto implícito a maquiavélica concepção de que os “fins” devem justificar os “meios”. A ideia de que um Estado Democrático de Direito é um Estado em que os meios são condicionantes diretos dos fins passou a ser esquecida, em prol de uma alardeada “modernidade”.

A Constituição-cidadã de 1988 e as leis que buscavam a efetivação dos seus princípios – como a Lei 8.666/1993 – passavam a ser, então, um natural óbice aos incontidos desejos dos pragmáticos e dos adeptos do modelo de Estado Neoliberal. Mudanças passaram a ser reclamadas. Algumas foram feitas. Outras ainda esperam novos dias para que possam ser efetivadas, se é que ainda o serão.⁷

Dentre as muitas que foram levadas a efeito, deve ser destacada a empreendida pela Emenda Constitucional 19/1998, responsável pela denominada *Reforma Administrativa*. Partindo de um mal disfarçado ideário *neoliberal*, e acolhendo razões dos pragmáticos, buscou eliminar mecanismos de controle originalmente albergados, de modo explícito ou implícito, pelo texto original da nossa Lei Maior. E, como não poderia deixar de ser, “inovou” no campo das licitações. Embora tenha deixado intocado o princípio da licitação, na forma com que foi consagrado no art. 37, XXI,⁸ introduziu importantes mudanças – muitas vezes atabalhoadas, e lapidadas em má técnica redacional – na regra que tratava da competência para legislar em matéria de licitações (art. 22, XXVII).

⁷ Vêm, nos últimos tempos, perdendo espaço e força em todo o mundo as convicções neoliberais. O manto de modernidade e de pureza ideológica de que eram revestidas em larga medida já foi retirado. Expostas, agora, à crítica e ao debate aberto, têm ensejado manifestações contrárias que muito as enfraqueceram. Até mesmo seus maiores adeptos e defensores têm, nos últimos tempos, ensaiado recuos. Não se sabe se estratégicos ou definitivos.

⁸ De fato, o *caput* do art. 37 foi alterado pela Emenda Constitucional 19/1998 – o que, em tese, poderia ter implicado uma modificação do conteúdo do inciso XXI em comento, uma vez que é impossível, em boa hermenêutica, interpretar o inciso em dissonância com a cabeça do artigo. Todavia, é de ser observado que, a nosso ver, as mudanças introduzidas não propiciaram uma alteração de sentido do princípio da licitação. De fato, a nova redação apenas retirou do texto a expressão (Administração Pública) “fundacional” (o que, em si, não guarda relevância alguma, uma vez que as denominadas fundações governamentais, como sabido, integram, dentre nós, o conceito científico e legal de Administração indireta, cuja menção remanesceu intocada no *caput* do artigo) e incluiu a “eficiência” como um princípio geral da Administração Pública Brasileira (o que também, por si só, em nada afeta a definição do princípio da licitação firmada no aludido inciso XXI). Daí termos falado que o art. 37, XXI, na forma em que foi consagrado originalmente no nosso texto constitucional, permanece até hoje intocado.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

Diante das crescentes dificuldades que o tema apresenta em nosso país, buscar racionalidade e harmonia sistêmica em regras que vigem sem terem sido pensadas e aprovadas como um sistema normativo racional e harmônico não é tarefa simples. Principalmente quando expressam visões de mundo e do Estado contraditórias, em conflito, e onde normas novas tentam eliminar antigas, sem afirmar claramente que pretendem fazê-lo, partindo de uma realidade confusa que marcha ora à esquerda, ora à direita, e ora desgovernada, por caminhos em que não se consegue vislumbrar o norte da sua partida ou o cume da sua chegada. Este o desafio que temos diante de nós, não apenas no presente estudo, mas talvez em todos os que versam sobre os diferentes institutos do *direito administrativo econômico* da atualidade.

Mas é nisso que reside – como parece ter sempre residido – o fascínio maior da contraditória arte daqueles que se dedicam ao estudo e à interpretação das leis, e que faz dos juristas, em certos momentos, verdadeiros artífices da história do seu tempo e, em outros, seres pueris e metafísicos alienados da realidade do poder que dita as regras reais do mundo em que vivem, e que passam ao largo dos seus retóricos ensinamentos doutrinários.

Com a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 19/1998, a regra do art. 22, XXVII, da nossa vigente Carta Constitucional confere ao estudioso algumas certezas. Ao dizer que à União compete privativamente legislar sobre “normas gerais” em matéria de “licitação e contratação”, deixou implícito que a competência legislativa sobre estas matérias é *concorrente*. Da mesma forma, confirma o entendimento acima sustentado, no sentido de que todos os entes da Administração direta e indireta estão constitucionalmente submetidos ao dever de licitar, em todos os entes federativos, na medida em que a todos, explicitamente, faz referência.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

2 COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS PARA EDITAR NORMAS EM MATÉRIA DE LICITAÇÃO

Com efeito, o que se questiona é quem pode editar leis em matéria de licitação? De acordo com a nossa Constituição, um Município ou um Estado podem disciplinar seus próprios procedimentos licitatórios, ou serão sempre obrigados a seguir as normas legislativas traçadas pela União acerca desta matéria?

O problema é tormentoso. Não é de hoje que juristas e estudiosos do direito divergem sobre aspectos essenciais da questão da competência para legislar em matéria de licitações.

Atualmente, como se sabe, a matéria se encontra disciplinada no artigo 22, XXVII, da nossa vigente Constituição da República. Segundo este dispositivo constitucional:

“Art. 22. Compete à União legislar privativamente sobre:
I — (...); XXVII - normas gerais de licitação 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.
XXVIII — (...). Parágrafo único. Lei Complementar poderá autorizar Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Uma leitura apressada deste dispositivo poderia nos fazer concluir que apenas a União teria competência para legislar sobre licitações, ressalvada a hipótese de que Estados viessem a receber extraordinariamente esta competência por meio de uma lei complementar federal. Deveras, este artigo fala em “competência privativa” da União, e no seu parágrafo único, parece condicionar a existência de uma eventual competência estadual, quanto à totalidade das matérias a que se refere, à edição de uma lei complementar. Não é, porém, o que efetivamente ocorre. Ao afirmar este dispositivo que compete à União privativamente editar normas “gerais” sobre licitações, está na verdade o legislador constitucional determinando que alguém se ocupe da competência para legislar sobre o “não-geral” acerca desta matéria, isto é, sobre o que é “particular” ou “específico” no campo dos procedimentos licitatórios.

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

Sendo assim, quem teria competência para legislar sobre essas “especificidades” em matéria de licitação? Obviamente, dentro de uma interpretação sistemática da nossa Carta Constitucional, quem tenha interesse em adaptar detalhes normativos e de processamento dos procedimentos licitatórios à sua própria realidade administrativa e local, a partir das linhas genéricas de definição do próprio instituto traçadas pela União.

Donde a melhor conclusão interpretativa a que se pode chegar em relação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal ser a de que *todos* os entes que integram a Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem competência para editar leis sobre “normas específicas” em matéria de licitação, independentemente de qualquer “lei complementar” que possa vir a outorgar essa possibilidade. Sempre, é claro, respeitando as “normas gerais” definidas *em lei* pela União.

Assiste, assim, inteira razão a Adilson de Abreu Dallari⁹ quando afirma que a competência para legislar sobre licitações “não deveria estar prevista no art. 22 da Constituição Federal, que cuida de competência privativa, pois a referência a normas gerais afasta automaticamente e logicamente a privatividade”. Essa matéria, o autor, “deveria figurar no art. 24, que cuida, exatamente, da competência da União para expedir normas gerais”.

Com efeito, não se pode, pela localização jurídica inapropriada de um único dispositivo constitucional, se ter por subvertida a lógica e a racionalidade de exegese que naturalmente decorre do exame sistemático de todo o texto da nossa Lei Maior. Nessa medida, é correto concluir-se que *Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para legislar concorrentemente com a União em matéria de licitações. Devem apenas obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à matéria e às “normas gerais” impostas pela União em legislação ordinária fundada no artigo 22, XXVII, da nossa Constituição.*

Todavia, em decorrência dessa afirmação, coloca-se como indispensável saber-se o que seriam propriamente “normas gerais”. Afinal, será o delineamento do conteúdo jurídico dessa expressão que nos permitirá saber com exatidão os

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 23.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

contornos da competência legislativa *privativa da União* em matéria de procedimentos licitatórios, no que concerne, obviamente, ao tratamento *administrativo* da matéria¹⁰.

A bem da verdade, é importante que se diga que datam de antigos textos constitucionais as disputas doutrinárias relativas ao exato sentido dessa expressão.

De hábito, porém, têm os autores partido de uma mesma premissa, aceita, de comum acordo, pela própria obviedade de seus termos. Afirma-se que as denominadas “normas gerais” seriam uma espécie do gênero “norma jurídica”, e que por conseguinte devem ter como naturais antagonistas conceituais as normas “não-gerais”, ou seja, *as normas legais que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos da matéria que abordam, descendo a pormenores ou a detalhes*¹¹. Chegam, então, os estudiosos, a partir deste critério negativo, não sem acentuadas variações de grau na suas abordagens, à ideia de que por normas gerais se devem entender os princípios ou as diretrizes básicas que devem dar feição aos aspectos fundamentais da matéria que aborda¹².

Para não alongarmos sobremaneira essas breves reflexões, fiquemos por ora com este conceito básico. Ele nos permite ponderar que, em matéria de licitações, a União poderá editar *dois tipos de normas* destinadas a disciplinar os aspectos *administrativos* desse instituto. De uma certa perspectiva, poderá editar normas legais que definam *princípios e diretrizes básicas* para o instituto da licitação *em todo o país (normas gerais)*. Serão, de acordo com a célebre conceituação introduzida por Geraldo Ataliba em nosso direito¹³, verdadeiras normas “nacionais”. De outro ângulo, poderá fixar normas legais de *detalhamento*, responsáveis apenas por proceder a *meras especificações* em relação à configuração e ao processamento das licitações (*normas específicas*). Nesse caso, estas últimas

¹⁰ Evidentemente quanto ao tratamento penal das licitações, a matéria é de competência privativa da União, tanto quanto a regras gerais ou específicas, por força do artigo 22, I, da Constituição da República.

¹¹ V. a respeito as considerações de CARVALHO PINTO *apud* SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais de Direito Financeiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. v.37, Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1954. p.14.

¹² V., dentre outros, MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 9.ed., p.32.

¹³ ATALIBA, Geraldo. Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e autonomia de Estados e Municípios. In: **Revista de Direito Público**. v.10. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1969. p.49.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

normas — por não serem “gerais” no sentido jurídico próprio da expressão — deverão ser recebidas como exclusivamente “federais”, ou seja, como regras que se destinam *a disciplinar unicamente as licitações realizadas pela Administração Direta ou Indireta da União, e pelas demais pessoas que, por serem controladas direta ou indiretamente por esta, estão submetidas ao dever de licitar.*

Óbvio, nesta medida, que o exercício da competência legislativa da União em matéria de licitações, e sob a óptica do direito administrativo, pode apresentar, no que concerne ao âmbito da sua aplicação federativa, três espécies normativas diferentes: 1) as “normas gerais” que por determinação legal expressa devem ser aplicadas a todo o país (*normas gerais de âmbito nacional*); 2) as “normas gerais” que pela ausência de determinação legal ou por exclusão legal expressa devem disciplinar apenas e tão-somente as licitações realizadas em âmbito federal (*normas gerais de âmbito federal*); e 3) as “normas específicas” que só podem reger os procedimentos licitatórios realizados no âmbito da própria União (*normas específicas de âmbito federal*).

Como totalmente inadmitida pelo texto da nossa Lei Maior resta, por conseguinte, a imposição pela União de “normas específicas de âmbito nacional” para a disciplina dos aspectos administrativos dos procedimentos licitatórios. Tal produção normativa extravasaria, por inteiro, a competência estabelecida no artigo 22, XXVII, da nossa vigente Constituição Federal.

Essas considerações nos parecem ser de grande valia para o estudo do âmbito de aplicação federativa da lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Iniciemos por perguntar: a quem se aplica obrigatoriamente esta lei? Aplica-se apenas à União, ou por possuir apenas “normas gerais de âmbito nacional” se aplicaria também a Estados, Distrito Federal e Municípios? Será uma lei composta por normas “nacionais” ou simplesmente “federais”?

A leitura imediata do texto da Lei nº 8.666/93, normalmente, acaba por trazer ao intérprete a convicção de que está diante de um verdadeiro diploma legislativo do âmbito “nacional”. Afinal, diz o próprio artigo inaugural desta lei, *in verbis*, que:

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

“Art. 1^o. Esta lei estabelece *normas gerais* sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações *no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” (grifo nosso).

Na mesma perspectiva, determina o seu artigo 118 que “os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da Administração Indireta deverão *adaptar* suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei” (grifo nosso).

A intenção do legislador, nesses dois dispositivos legais, parece indiscutivelmente clara: *pretende ele que todas as regras firmadas na Lei n^o 8.666/93 sejam aplicadas, indistintamente, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios*. Para tanto, para não se afastar da regra de competência estabelecida no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, afirma e pressupõe que todas as normas fixadas nesse particular diploma legislativo tenham a condição jurídica de verdadeiras “normas gerais”.

Não fez, pois, o nosso legislador infraconstitucional nenhuma distinção, explícita ou implícita, entre normas “nacionais” e “federais” que pudesse vir fixada no texto da Lei n^o 8.666/93. Ao contrário, assumiu *a priori* o entendimento de que todas as normas contidas nesta lei seriam “normas gerais”, e por conseguinte poderiam ser aplicáveis em princípio a todos os entes da Federação, na mesma dimensão e latitude, enquanto verdadeiras normas “nacionais”.

Nisso, importante lembrar, foi o atual diploma mais ousado que o Decreto-lei n^o 2.300/86, seu antecessor, ao impor que todas as suas normas possuiriam o caráter de verdadeiras “normas gerais de âmbito nacional”. De fato, embora acusado de inconstitucionalidade por muitos quando parecia ultrapassar os limites constitucionais que pressupunha adequados¹⁴, o Decreto-lei n^o 2.300/86 não tinha a

¹⁴ Sempre achamos que era inconstitucional, ao menos em parte, a regra contida no parágrafo único do art. 85 do revogado Decreto Lei n^o 2.300/86. Isto porque após o seu *caput* dizer que as suas normas gerais eram aplicáveis a Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, se afirmava ainda que estas entidades não poderiam: “a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação; b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos”. Segundo nos parecia, a imposição pela União aos demais entes da Federação das regras relativas aos limites de valor e aos prazos de publicidade e de recursos era inconstitucional, posto que não se tratava de verdadeiras “normas gerais”. Tal inconstitucionalidade se punha, portanto, tanto ao longo do período em que o Decreto-lei 2.300/86 foi vigente sob a égide

pretensão de se ver imposto *in totum* a todos os entes da Federação. Literalmente dispunha no seu art. 85 que apenas as suas “normas gerais” haveriam de ser aplicáveis “aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

Essa ousadia da Lei nº 8.666/93, todavia, não se coloca na condição de merecer quaisquer aplausos. Apenas, ao que nos parece, duras reprimendas jurídicas. Afinal, ao pretender o nosso legislador ver aplicada *in totum* a Lei nº 8.666/93 a todos os entes da Federação, incorreu em grave e pueril *inconstitucionalidade*.

Em bom entendimento jurídico, esse diploma legislativo, *substantivamente*, não se limita a estabelecer apenas “normas gerais”. Em larga medida, tal lei se encontra repleta de regras de detalhamento que buscam especificações e casuísmos normativos em muito distantes da condição de verdadeiros “princípios” ou de “delineamentos gerais” do tratamento administrativo do instituto da licitação¹⁵.

Deveras, fosse essa lei, na sua totalidade, aplicável a Estados, Distrito Federal e Municípios, não haveria mais espaço normativo vazio capaz de comportar leis de outros níveis da Federação que viessem a possuir regras ou preceitos inovadores na ordem jurídica, tantos são os detalhes, minúcias e particularidades legisladas pelo diploma em comento. Estaria, assim, definitivamente castrada, ao arrepio da Constituição Federal, a autonomia legislativa de Estados, Distrito Federal e Municípios quanto à disciplina dos procedimentos licitatórios, sob a óptica administrativa da matéria.

A tal ponto chegaria essa castração legislativa que — diga-se sem temor de equívoco — se poderia ter por extinta a necessidade da edição de leis próprias destes entes da Federação em matéria de licitações. Quando muito aos Governadores e Prefeitos, por meio de um simples Decreto, caberia apenas proceder, de forma subserviente e curvada ao “poder maior” da União, a uma mera

da Constituição Federal de 1967, como do que esteve sujeito aos comandos da Carta Constitucional de 1988.

¹⁵ É o caso, por exemplo, das normas que estabelecem a forma de publicação dos instrumentos convocatórios (art. 21), prazos e sua contagem (art. 21, § 3^o), forma de interposição e processamento dos recursos (art. 109), ao lado de muitas outras.

| | |
|---|--|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

“adaptação” dos rígidos ditames da Lei nº 8.666/93, sem a possibilidade de estabelecer nenhuma “inovação” jurídica propriamente dita.

Do ponto de vista doutrinário e científico, essa tese, a nosso ver, se apresenta como descabida e insustentável. A pretensão firmada nos artigos 1º e 118 da Lei nº 8.666/93 de que todas as suas regras devam ser aplicáveis indistintamente a todos os entes da Federação é — repita-se — manifestamente inconstitucional.

Lamentavelmente, porém, esse entendimento vem sendo ignorado. Não pela doutrina, que em larga medida o acolhe, mas pela prática administrativa cotidiana dos entes federativos de todo o país.

Sem qualquer discernimento da sua real posição na Federação brasileira, ou conhecimento de suas próprias competências, Estados e Municípios, salvo algumas exceções, vêm se limitando a obedecer à totalidade dos termos da Lei nº 8.666/93, sem buscar exercer a sua própria competência legislativa em matéria de licitações. No cotidiano, reclamam constantemente, e em altos brados, dos grilhões que esta legislação lhes impõe, e das intransponíveis dificuldades que propicia. Afirmam a urgente necessidade do processamento das suas licitações sofrerem adaptações às suas respectivas realidades locais. Cometem muitas vezes ilegalidades “conscientes” e até com alegados “bons propósitos”, com o objetivo de se safarem de situações indesejáveis do ponto de vista administrativo.

Mas, estranhamente, não utilizam dos poderes que a própria Constituição lhes defere para romper esses grilhões ou sanar as dificuldades. Não editam leis destinadas a disciplinar, por normas específicas adequadas às normas gerais de âmbito nacional estabelecidas na Lei nº 8.666/93, suas próprias licitações.

Talvez, isso se explique pelo fato de que a nossa cultura política administrativa seja impregnada pelo canceroso tecido gestado pela irradiação de uma mentalidade autoritária nos longos períodos de ditaduras a que estivemos submetidos. Sentimos a mão do poder central, o peso do seu imaginário chicote, e sem resistência alguma nos curvamos à sua obediência, mesmo quando as regras em vigor dizem que esse poder “de direito” não mais existe. Agimos, assim, como os aparvalhados servos recém-libertos de outrora, que reverenciavam e se curvavam a seus antigos “senhores”, apesar de não serem mais “escravos”.

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |

3 CONCLUSÃO

Sendo assim, cabe ao exegeta libertar-se dessa ideologia subserviente e de forma consciente, madura e científica, vir a proceder à real diferenciação da aplicabilidade federativa das normas da Lei nº 8.666/93. Na medida em que nela não podem existir "normas específicas de âmbito nacional" (sob pena de violarmos o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal), caberá a este diferenciar quais são as *normas que em seu texto devem ser tidas como aplicáveis única e exclusivamente à Administração Direta e Indireta Federal e às licitações realizadas pelas pessoas controladas direta ou indiretamente pela União, e as que se aplicam indistintamente a todos os entes da Federação.*

Aos administradores estaduais e municipais que resolverem sair da modorrenta postura inercial de apenas reclamar dos problemas que certas normas de detalhamento da Lei nº 8.666/93 trazem a seus órgãos administrativos, caberá exercer a competência aberta pela Constituição da República. Poderão encaminhar às suas Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais respectivas seus projetos de lei que tenham por objetivo a disciplina de seus próprios procedimentos licitatórios.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e autonomia de Estados e Municípios. In: **Revista de Direito Público**. v.10. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1969.

CARVALHO PINTO *apud* SOUZA, Rubens Gomes de. Normas Gerais de Direito Financeiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. v.37. Rio de Janeiro: FGV, jul./set. 1954.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

| | |
|---|--------------------------------|
| Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado – ISSN 2446-5658 Vol. 3 – nº 2 – Jul./Dez. de 2016 | Trabalho 09 Páginas 165-180 |
| Centro de Ensino Superior de São Gotardo – CESG | |
| http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/direitoconstitucional | periodicoscesg@gmail.com |