Normas gerais de licitação, união e o princípio da lealdade federativa

Por: Thiago Bueno de Oliveira

Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub; Pós graduado em Ordem Jurídica pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense Direito Público - IDP e Pós-graduado em Direito e Gestão dos Serviços Sociais Autônomos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Ex- Supervisor da Unidade de Compras e Licitações, Pregoeiro e Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil). Atual Gerente Executivo Administrativo da Apex-Brasil. Autor da obra: "O Caráter Regulatório das Licitações Públicas", com prefácio do Min. Benjamim Zymler. Professor Universitário.

Tema recorrente até os dias atuais, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação ainda tem causado certo *frisson* na comunidade jurídica, em especial, nos administrativistas, em razão da discussão sobre a extensão/alcance da lei federal regulamentadora do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal – Lei 8.666/93, ante o significado de "norma geral"; e da eventual usurpação por parte da União da autonomia constitucional das demais ordens federadas em elaborarem suas normas procedimentais, de forma a adequá-las às peculiaridades regionais e locais.

A nova ordem constitucional estabelecida pela Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, conforme se verifica pela simples leitura literal ao art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal. *In verbis:*

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> (...)
> XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Como se vê, depreende-se que caberia à União promulgar lei que dispusesse a respeito de normas gerais, cogentes não tão-somente à União, mas também aos Estados e Municípios[1]. Contudo, há de se revelar que não foi o que acabou acontecendo na prática com a edição da Lei 8.666/93[2], haja vista ter se divorciado do conteúdo jurídico das normas gerais.

Nesse sentido, para se poder sustentar validamente tal assertiva, cumpre imiscuir-se na busca da acepção da expressão: norma geral. Dessa forma, sobreleva notar que logo ao

[1] Cumpre ressaltar que a referida lei é classificada amplamente na doutrina como lei federal nacional ou transitiva federativa (classificação data por Sérgio Resende de Barros) ou como normas centrais (Raul Machado Horta).
[2] Lei regulamentadora do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988.

folhear as mais diversas obras[3] a respeito do tema, chega-se preliminarmente a ilação de que a doutrina compartilha de posições díspares no que tange às características das normas gerais, haja vista alguns limitarem o conteúdo ao âmbito dos princípios do instituto[4]; e outros ao âmbito da generalidade de sua aplicação[5].

Com efeito, verifica-se a necessidade de fixar critérios para se detectar, ao menos, as características comuns atinentes às normas gerais. Nesse toar, eclodem dois pontos quase universais, quais sejam: 1) Essencialidade da norma para disciplina do instituto; 2) Natureza uniformizadora das normas gerais, de forma a permitir sua utilização como *standards* jurídicos.

Quanto ao primeiro predicado, impende destacar nobre passagem histórica elucidada na obra de Toshio Mukai[6], que afirma ter sido o referido critério utilizado pela primeira vez por Geremia Broccoli[7], no aspecto da repartição dos ramos da atividade desenvolvida pela Administração Pública, ao argumento de que os supracitados ramos têm princípios e normas essenciais que são como o conteúdo final de cada uma das próprias atividades, as quais não poderiam existir se tais princípios ou normas faltassem.

Portanto, guardadas tais características, estariam os requisitos mínimos para classificação das normas como gerais preenchidos. Contudo, suplantadas tais ponderações, insurge as seguintes indagações: Sendo a Lei 8.666/93, o diploma legal destinado à regulamentar o comando constitucional referente à edição de normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cumpriu ela o seu dever? Ou seja, levando-se em consideração o regime federativo instituído na República Federativa do Brasil[8], onde a União, no tocante às normas gerais, exerce atividade coordenadora, traçando suas diretrizes, seria a Lei 8.666/93 inconstitucional?

---

[3] Consultar, por todos, dentre os nacionais, MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos.** 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 7ª ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2007. FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[4] Dentre outros autores nacionais que sustentam esse posicionamento está Jessé Torres Pereira Júnior, para quem: "É norma geral de licitação e contratação toda disposição da Lei 8.666/93 que se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados no art. 3º". JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[5] Compartilhando essa corrente está Alice Gonzalez Borges, cujo escólio consigna que: "administrativistas dos mais autorizados se alinham, em impressionante unanimidade, em torna da matéria, afirmando todos que, quanto às licitações e contratos administrativos, cabe apenas à União editar normas gerais e que, face à autonomia das demais ordens federadas para legislar sobre matéria administrativa, dispõem as mesmas de ampla liberdade para, respeitadas as aludidas normas gerais, disciplinarem a espécie, da maneira mais consentânea com suas peculiaridades e interesses próprios". BORGES, Alice Gonzales. **Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. Posicionamento corroborado por DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2006.

[6] MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

[7] BROCCOLI, Geremia. ***La codificazione del diritto amministrativo***. 1933, in apud, MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

[8] O Federalismo foi desenvolvido no Brasil, a partir da dissociação de um único ente soberano que espalhou sua soberania para formação da federação, implicando, com isso, no estabelecimento de um vínculo mais fraco entre os entes federativos, motivo pelo qual a doutrina classifica o federalismo no Brasil como sendo centrífugo ou por desagregação.

No campo jurisprudencial, interessante pontificar o voto do Ministro Carlos Ayres Britto em Ação Direta de Inconstitucionalidade na qual foi abordada, entre outras questões, a da invasão da competência legiferante reservada à União para produzir normas gerais. Senão vejamos:

> Pois o certo é que norma geral, em matéria de licitação, é a lei ordinária que desdobra, debulha, desata, faz render, enfim, um comando nuclearmente constitucional, de sorte a conformar novas relações jurídicas sobre o mesmo assunto. E é por esse necessário vínculo funcional com norma de lastro constitucional, seja ela um princípio, seja uma simples regra, que a norma geral de que falo é de aplicabilidade federativamente uniforme.[9]

É público e notório a dificuldade de se averiguar, dentre o volume de dispositivos sobre tal matéria sancionados pela União, quais os que seriam objetivamente definidos como normas gerais e quais, tendo ofendido a autonomia dos entes federativos, estariam eivados do vício da inconstitucionalidade.

O saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em sua obra intitulada de "Natureza Jurídica do Estado Federal", já afirmava categoricamente que em sede de normas gerais:

> A União, neste caso, não deve e não pode exceder-se no exercício das suas atribuições, entrando em pormenores e prescrevendo, quase completamente, sobre a matéria, pois desse modo viria anular a verdadeira competência dos Estados particulares.[10]

Nesse diapasão, é de bom alvitre mencionar o árduo trabalho desenvolvido por Toshio Mukai, sem a pretensão de esgotar o tema, em identificar ao longo da extensa Lei 8.666/93, quais os dispositivos potencialmente classificados como normas gerais, para assim, legitimar sua assertiva no sentido de que todas as disposições que não se possam enquadrar como normas gerais sejam consideradas absolutamente inconstitucionais.

Assim, levando-se em consideração os critérios anteriormente mencionados, chegou-se ao cenário abaixo exposto:

<u>I- Normas Gerais sobre licitações:</u>

1) Art. 2º - obrigatoriedade da licitação;
2) Art. 3º, §§ 1º e 2º - resguardam os princípios da licitação;
3) Art. 4º - direitos subjetivos à observância do procedimento legal;
4) Art. 5º - fixação dos valores em moeda nacional;
5) Art. 6º e incisos – normas uniformizadoras;
6) Art. 9º, incisos e parágrafos – visam concretizar o princípio da igualdade;
7) Art. 13 – norma uniformizadora;
8) Art. 14 - norma uniformizadora;
9) Art. 19 e incisos - normas uniformizadoras;
10) Art. 21 e incisos - normas uniformizadoras;
11) Art. 22 – definição das modalidades = normas uniformizadoras;

---

[9] ADI-MC 3059/RS. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Pleno. Julgado em 15/04/2004. DJ de 20/08/2004.

[10] MELLO. Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1937, p. 78.

12) Art. 23, incisos e parágrafos – definição de modalidades = normas uniformizadoras;
13) Art. 24 – casos de dispensa de licitação = normas essenciais;
14) Art. 25, incisos e parágrafos – casos de exigência de licitação = norma essencial;
15) Arts. 27 a 30 – condições para habilitação = visam resguardar os princípios da licitação;
16) Art. 31 - norma uniformizadora;
17) Art. 32 - norma uniformizadora;
18) Art. 38 e parágrafo único – normas do processo licitatório = norma essencial;
19) Art. 40 e parágrafos – normas essências, concretizadoras do princípio da legalidade;
20) Art. 41, §§ 1º a 4º - normas essenciais, concretizadoras do princípio da vinculação ao instrumento convocatório;
21) Art. 44, §§ 1º a 4º - normas essenciais;
22) Art. 45, parágrafos e incisos – normas uniformizadoras;
23) Art. 48 e incisos – normas uniformizadoras;
24) Art. 49 – norma essencial;
25) Art. 50 – normas uniformizadoras;
26) Art. 52 e parágrafos – normas essenciais;

II – Normas Gerais sobre contratos:

1) Art. 54 – regra geral de interpretação dos contratos administrativos (norma uniformizadora);
2) Art. 55 – cláusulas necessárias (norma essencial);
3) Art. 55, §§ 2º e 3º - normas uniformizadoras;
4) Art. 56, caput e parágrafos – garantias para execução contratual;
5) Art. 57, incisos e parágrafos;
6) Art. 58, incisos e parágrafos – privilégios da Administração (norma essencial);
7) Art. 61, parágrafo único – princípio da publicidade dos contratos e irretroatividade dos termos aditivos;
8) Art. 65, §§ 1º a 8º - aplicação das normas uniformizadoras sobre contratos (com exceção do § 7º - vetado);
9) Art. 65, § 6º - aplicação da teoria do fato do príncipe: norma essencial;
10) Art. 72 – condições de subcontratação: norma essencial;
11) Art. 78 – normas de índole discutível quanto a serem ou não normas gerais. A nós parecem ser normas gerais de caráter uniformizador.

Destarte, depreende-se que a extensão/aplicabilidade dos comandos expostos nos art. 118 e 119 da Lei 8.666/93[11] é somente válida para todos os entes neles indicados,

[11] Art. 118. 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.
Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.
Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

partindo-se do pressuposto que as normas neles mencionadas se referem às normas gerais estabelecidas na lei.

Como se vê, todos os demais dispositivos não elencados acima regulam normas específicas que também deveriam ser de atribuição dos demais entes federativos, uma vez que a União, a pretexto de legislar sobre normas gerais, esgotou a matéria em termos totais[12].

Portanto, na medida em que a Lei 8.666/93 invade a competência deferida pela Constituição[13], e consequentemente contradita o princípio da autonomia federativa[14], passa ela a ser inconstitucional.

Todavia, devemos ser realistas e apenas apontar os vícios de inconstitucionalidade presente na norma, pois como salienta a Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha: "Não diz a inconstitucionalidade quem quer, mas quem pode"[15]. Consequentemente, até que seja expressamente declarada pelo Judiciário a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, é exigido o cumprimento de todos eles.

Agora, transcendendo para outro plano de análise em relação à celeuma legislativa produzida, pode-se identificar ao longe o surgimento de um instituto que, para a solução da problemática até aqui exposta, supera a dialética da declaração de inconstitucionalidade ou da aptidão material constitucional, pois contém um elevado nível de prevenção. Está a se falar do princípio da lealdade federativa.

Em sua essência, pode-se assegurar que se trata de um dos princípios setoriais da ordem constitucional federativa, oriundo de ideários extraídos do texto constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a título de orientação de suas decisões, mas que possui elevada carga normativa.

Sendo assim, por ser um princípio aberto a novas construções teóricas, práticas e dogmáticas, porque não aplicá-lo (princípio da lealdade federativa) em sede de produção normativa atinente à licitação? Efetivamente, poderia se alcançar um melhor resultado global, pois os entes federados poderiam melhor adaptar suas normas procedimentais às suas peculiaridades, revertendo tal esforço em uma melhor eficiência administrativa.

A outro giro, na tentativa de aplicação do referido princípio, não faria sentido afirmar que em razão dessa dificuldade em se identificar o que é norma geral e específica, seria muito mais leal por parte da União ter segregado uma lei apenas com normas gerais e outra com normas específicas, evitando essa condensação normativa? A resposta já se pode ser sorrateiramente verificada em decisões do STF prolatadas em ADI, como as ADI n.º 1351 e 1354, onde houve a determinação da supressão de determinados dispositivos ou a imposição da redução de texto.

Com efeito, por ser o Estado Federal descentralizado, devido aos diversos centros autônomos de difusão (produção normativa), e ao conteúdo obrigatório homogêneo a ser

---

[12] Bastante comum é ouvir nos meios acadêmicos que a saída para esse imbróglio legislativo é afirmar que nos dispositivos em que não se trata de norma geral, mas sim, específica, a extensão daqueles seria apenas para a União. Ou seja, seriam normas federais ou intransitivas. Portanto, existiriam 2 normas em uma só. Contudo, deve-se alertar que o comando constitucional expresso no art. 22, inciso XXVII legitimou à União a edição de normas gerais e nada mais. Assim, sendo a Lei 8.666/93 a norma regulamentadora do referido artigo constitucional, deveria abarcar somente as normas gerais.

[13] Competência de editar normas gerais, conforme art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988.

[14] Haja vista o esvaziamento completo da competência legislativa de Estado e Municípios sobre a matéria.

[15] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 120.

seguido, sem transposição de barreiras de competências, deve ele, no mínimo, respeito à lealdade federativa.

Em virtude do exposto e aderindo à tônica das diretrizes metodológicas do direito constitucional moderno, sufragamos com a idéia de que a solução jurídica da controvérsia em relação à edição de normas gerais em matéria de licitação e contratação por parte da União, ultrapassa a questão da aptidão material ou da produção legislativa, e alcança o viés principiológico do núcleo essencial da forma federativa.