

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent example of modernist architecture, featuring two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some cars visible on the road in the foreground. The text is overlaid on a semi-transparent dark brown band across the top and bottom of the image.

# **REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ANO Nº 01 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 02 - JUL/DEZ 2016**

**ISSN 2595-5667**

**Rio de Janeiro  
2016**

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.  
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.  
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.  
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.  
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.  
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.  
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

### Avaliadores desta Edição:

- |   |  |
|---|--|
| Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.        |
| Sra. Andreia Cristina Rocha Gomes, UFF. | Prof. Ms. João Paulo Spornl, USP.            |
| Sra. Ariane Sherman Vieira, UFMG.       | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.    |
| Sr. Ciro Di Benatti Galvão.             | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Sr. Daniel Capecchi Nunes, UFJF.        | Prof. Ms. Mariana Bueno Resende, UFMG.       |
| Sr. Eduardo Manuel Val, UFF.            | Prof. Dr. Phillip Gil França, PUC-RS.        |
| Profa. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE.    | Prof. Ms. Thiago Bastos, UFRJ.               |

### Diagramação e Layout:

- Sr. Emerson Moura, UFJF.

# SUMÁRIO

<i>Apresentação</i> .....	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
 <i>Concursos públicos e a tormentosa questão do exame psicotécnico como condição para ingresso no serviço público</i> .....	007
Henrique Ribeiro Cardoso e Liliane Santos Araújo	
 <i>As escolas de governo na profissionalização da burocracia brasileira</i> .....	032
Alex Cavalcante Alves	
 <i>Discricionariedade e controle na tutela do patrimônio histórico e cultural: reserva da administração na escolha entre interesses públicos concorrentes e os limites da intervenção dos poderes judiciário e legislativo</i> .....	060
Patricia Ferreira Baptista	
 <i>Desapropriação indireta por instituição de áreas ambientais: um estudo crítico à luz da tese dos direitos de Ronald Dworkin</i> .....	077
Lilian de Brito Santos, Iago dos Santos Moura-Melo e Ricardo Afonso-Rocha	
 <i>Contributos para o estabelecimento de critérios de resoluções de conflitos de competência legislativa em matéria de licitação e contratos administrativos</i> .....	106
Victor Amorim	
 <i>O aplicativo uber: um estudo de caso baseado nos princípios e fundamentos da ordem econômica na constituição federal de 88</i> .....	128
Paulo Samico Junior	
 <i>Compras públicas como instrumento para o desenvolvimento econômico nacional: novidades e questionamentos oriundos das alterações promovidas pela Lei n.º 12.349/2010</i> .....	156
Gustavo Henrique Sperandio Roxo	
 <i>Governança corporativa e medidas de prevenção contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da lei nº 13.303/2016</i> .....	176
Cristiana Fortini e Ariane Shermam	
 <i>Transformações do Direito Administrativo</i> .....	188
Maria Sylvia Zanella Di Pietro	
 <i>El efecto irradiante de los derechos fundamentales en el proceso administrativo</i> .....	216
Alexander Espinoza Rausseo	

**CONTRIBUTOS PARA O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE  
RESOLUÇÕES DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM  
MATÉRIA DE LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**CONTRIBUTIONS FOR ESTABLISHING CRITERIA FOR CONFLICT  
RESOLUTIONS OF LEGISLATIVE POWERS ON BIDDING AND  
ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

**VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM**

*Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de  
Direito Público (IDB). Professor do Curso de Pós-  
Graduação em Direito do Instituto de Direito Público  
(IDB). Analista Legislativo do Senado Federal e  
Advogado.*

**RESUMO:** Com base na técnica de repartição vertical de competência, a Constituição Federal, no art. 22, XXVII, preconiza que caberá à União definir as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, permitindo, por outro lado, aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Atualmente, é a Lei nº 8.666, de 1993, editada pela União, que cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Contudo, com esteio na diferenciação entre “lei nacional” e “lei federal”, tem-se que a Lei nº 8.666/93, apresenta não só “normas gerais” – que ostentam âmbito nacional – como também normas de cunho “específico”. A despeito da inexistência de um critério preciso para a caracterização de “norma geral” e “norma específica”, é possível depreender, a partir da análise jurisprudencial e doutrinária, que enquadrarem-se como “normas gerais” os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório no Brasil. Com efeito, a regulamentação das condições de participação no certame e demais nuances relativas ao procedimento licitatório poderão constituir objeto de normatização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que respeitadas as normas gerais fixadas por lei da União e o limites traçados quanto ao núcleo essencial dos princípios inerentes à atividade licitatória.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licitação; competência; federação; normas gerais

**ABSTRACT:** Based on the technique of vertical allocation of competence, the Federal Constitution, in art. 22, XXVII, recommends that it be up to the Union to define the general rules on bidding and administrative contracts, allowing, on the other hand, other federal entities to legislate on specific rules according to their particularities. Currently, it is Law No. 8,666 of 1993, published by the Union, which has the role of defining the general rules on bids and administrative contracts. However, with the distinction between "national law" and "federal law", Law No. 8.666 / 93 presents not only "general rules" - which have a national scope - but also "specific" rules. In spite of the lack of a precise criterion for the characterization of "general rule" and "specific rule", it is possible to deduce, from the jurisprudential and doctrinal analysis, that the principles, fundamentals and Guidelines for the bidding regime in Brazil. In fact, the regulation of the conditions for participation in the contest and other nuances related to the bidding procedure may be subject to regulation by the States, Federal District and Municipalities, provided that the general rules established by the law of the Union are respected and the limits established for the essential nucleus Of the principles inherent to the bidding activity.

**KEYWORDS:** Bidding; competence; federation; General rules

## 1. INTRODUÇÃO

Em razão do imbricado sistema de distribuição de competências legislativas entres os entes federados instituído pela Constituição Federal de 1988, desponta a necessidade de uma análise da problemática atinente à delimitação da atuação da cada ente nas matérias de competência normativa concorrente.

O critério de distribuição de competência do tipo vertical pressupõe a existência de um critério para a conciliação de interesses entre os entes, sendo conferida à União a prerrogativa de editar normas gerais em relação às matérias especificamente indicadas pela Constituição.

Tais normas gerais deverão ser observadas pelos demais entes federativos quando da edição de suas respectivas leis tendentes à complementar as disposições gerais advindas da União.

Diante de tal realidade e considerando a previsão do art. 22, XXVII, da CF, que confere à União a competência de editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, é necessária a realização de acurado estudo para se identificar, a partir da atual lei nacional que dispõe sobre o assunto (Lei nº 8.666/93), as normas de cunho geral, de modo que, dessa forma, sejam delimitados os espaços normativos passíveis de serem preenchidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

## II. O SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ESTABELECIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A forma federativa de Estado prescinde da concatenação de diversos requisitos que lhe possibilitam a existência.

O Estado Federal apresenta uma complexa estrutura organizacional, tanto no aspecto jurídico, quanto no aspecto político.

Diante da autonomia dos entes que compõem a Federação e, conseqüentemente, da pluralidade de ordenamentos jurídicos coexistente, mostra-se necessária a organização e estruturação do Poder Central e Regional de modo a evitar eventuais conflitos e sobreposições de competências.

Federação implica igualdade jurídica entre a União e os Estados, traduzida num documento (constitucional) rígido, cuja principal

função é discriminar competência de cada qual, de modo a não ensejar violação da autonomia recíproca por qualquer das partes<sup>45</sup>.

Em sede de conclusão preliminar, assenta-se ser a repartição de competência requisito essencial para a manutenção da forma federativa de Estado.

Não há dúvida de que a manutenção da autonomia dos entes federados perpassa, necessariamente, pela adequada estruturação de um sistema de repartição de competências, com vistas a garantir o equilíbrio e a harmonia.

Cabe à Constituição Federal o papel de assegurar a coexistência entre os múltiplos ordenamentos jurídicos existentes: o da própria Federação, que é central, e dos Estados-Membros, que são parciais.

Com efeito, é assente que a existência da Federação pressupõe um sistema constitucional de repartição das competências atribuídas aos entes autônomos, cabendo à Constituição disciplinar os critérios de distribuição.

Tem-se que competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são, assim, as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

Consoante JOSÉ AFONSO DA SILVA, *in verbis*:

Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções<sup>46</sup>.

A necessidade de manutenção de um sistema de equilíbrio e harmonia entre os entes federativos traduz a enorme relevância do sistema de repartição de competências para a existência do Estado Federado.

Nas palavras de UADI LAMMÊGO BULOS

Competências federativas são parcelas de poder atribuídas, pela soberania do Estado Federal, aos entes políticos, permitindo-lhes tomar decisões, no exercício regular de suas atividades, dentro do círculo pré-traçado pela Constituição da República [...] O exercício harmônico dessas atribuições é responsável pela manutenção do pacto

---

<sup>45</sup> ATALIBA, Geraldo. Princípio Federal, Rigidez Constitucional e Poder Judiciário. In: *Estudos de Direito Tributário*, São Paulo, 3, p. 9 e 10, 1980, p. 9.

<sup>46</sup> In *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 477.

federativo, pois uma entidade não pode adentrar o campo reservado à outra, praticando invasão de competências<sup>47</sup>.

Com base, primordialmente, na experiência federalista norte-americana, ao longo do tempo, foram sendo desenvolvidas diversas “técnicas” de distribuição de competência entre os entes que compõem a Federação<sup>48</sup>.

Mostra-se como técnica mais utilizada pelos países ocidentais a *repartição vertical*, por meio da qual é permitida a coordenação e a complementação de atribuições por parte dos entes constitucionais. Abrange a *competência comum*, em que todas as pessoas da Federação podem atuar em determinadas esferas ao mesmo tempo, preferencialmente de maneira coordenada, além da *competência concorrente*, em que as normas de caráter geral são definidas pela União, podendo os demais entes federativos, dentro do mesmo campo material, dispor sobre as regras pertinentes aos interesses regionais ou locais.

A aplicação da técnica da repartição vertical funda-se no critério da *predominância do interesse*, segundo o qual as matérias de *interesse nacional* são normatizadas pela União, as de *interesse regional* pelos Estados, ficando os Municípios encarregados dos assuntos de *interesse local*.

Por sua vez, é notória a ausência de consenso jurisprudencial ou doutrinário a respeito do entendimento do termo “normas gerais” utilizado no texto constitucional, conforme anota JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *in verbis*:

A formulação de um conceito de normas gerais, como salientamos, não é tarefa das mais fáceis. A doutrina se tem debatido com esse tema e os resultados não são muito úteis. Podemos reunir sucintamente a construção jurídica do conceito de normas gerais a partir das qualidades que uma norma jurídica deve apresentar para ser considerada como tal: sua natureza principiológica ou diretiva (normas-diretrizes), a “fundamentalidade” ou “essencialidade” do objeto de sua disciplina para o sistema jurídico-constitucional, seu amplo alcance subjetivo, de modo a contemplar todos os entes públicos (norma de caráter nacional), e também objetivo, a disciplinar todas as situações ou institutos jurídicos de mesma espécie (norma uniforme) e, enfim, sua eficácia indireta para os cidadãos ou imediatamente vinculante apenas ao legislador estadual (norma de norma).

Segundo o Ministro Carlos Velloso, fundado em Alice Borges, tais normas seriam identificadas como normas nacionais, de caráter mais genérico e abstrato do que apresentam as normas jurídicas em geral e, notadamente, aquelas normas locais. Todavia esse índice mais

---

<sup>47</sup> In *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 764.

<sup>48</sup> Cf. BULOS, ob. cit., p. 765-768. SILVA, José Afonso da., ob. cit., p. 477-480.

elevado de generalidade só pode ser avaliado caso a caso, de acordo com as suas peculiaridades e a uma certa dose de discricionariedade judicial, exigindo, da mesma forma, uma apresentação casuística de um conceito que se vai perfilhando de maneira negativa. Assim, por exemplo, a União recebeu competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais dela própria, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 22, XXVII). Pois bem, no exercício dessa competência, ela terminou cometendo excessos. Os dispositivos da Lei n. 8.666/1993 que proibiam a doação de imóvel e a permuta de bem móvel, que não fossem para outro órgão da Administração Pública, bem como a imposição obrigatória de condição resolutiva às doações de imóveis – permitida a inalienabilidade, pelos donatários, dos bens doados – que, por entrarem em detalhamento na disciplina do assunto, fugiam do conceito de norma geral<sup>49</sup>.

É preciso reconhecer que, em várias situações, o interesse municipal pode prevalecer sobre o nacional, ou sobre o estadual, ou, então, o estadual sobre o nacional.

Tal avaliação perpassa pela concepção de “interesse público”, que nos dizeres de TOSHIO MUKAI:

Não pode ser medido apenas quantitativamente, visto que se trata de um conceito indeterminado e não matemático. E é de Georges Vedel o conceito mais preciso de interesse público, para quem ele **não é nem a soma dos interesses particulares, nem é alheio aos indivíduos que compõem a Nação: ‘é a composição entre diversos interesses particulares, sendo, quantitativamente, o interesse do maior número de pessoas, e, qualitativamente, podendo ser o de uma minoria cujo interesse, pelo seu valor humano, se considera superior aos interesses da maioria’.**

É também a linha de ensinamento de Celso Bastos, lembrada por Edgard Silveira Bueno Filho: ‘A verdade é que o interesse da coletividade local deve prevalecer sobre o geral, desde que dentro do parâmetro lembrado por Celso Bastos. Ou seja, se o bem afetado tem maior repercussão na necessidade local e menor na necessidade geral, deve prevalecer a proteção da primeira’<sup>50</sup>. [grifou-se]

De todo modo, tem-se que o parâmetro mais consentâneo com a lógica federativa para analisar eventual conflito de competência entre União e os demais entes da Federação é, de fato, o critério da *preponderância de interesses*, sendo, inadmissível que haja uma presunção absoluta de supremacia do interesse federal sobre os demais entes que compõem a federação brasileira.

Ora, a lógica da presunção acima criticada, ao determinar a preferência do interesse federal diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse envolvido,

---

<sup>49</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 639-640.

<sup>50</sup> MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 93.

independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.

Nesse sentido, vejamos as precisas palavras de GUSTAVO BINENBOJM, *verbis*:

... se o interesse público, por seu um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesse coletivos, feitos à luz de circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto, qual o sentido em falar num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, será obtida uma solução (isto é, o interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer<sup>51</sup>. [destaque no original]

Pugna-se, portanto, que a aferição da prevalência de interesse deve ser pautada em um processo hermenêutico de ponderação dos valores e interesses envolvidos no caso concreto, sendo rechaçada toda e qualquer presunção absoluta em que se preconize, *de per si*, uma ordem hierárquica entre os entes federativos.

### III. DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA DE LICITAÇÃO

No tocante à competência legislativa em matéria de licitação, dispõe a Constituição Federal no art. 22, XXVII, que compete privativamente à União dispor sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com esteio na referida previsão constitucional, lastreada no critério de repartição vertical de competência, caberá à União definir as normas gerais sobre o tema, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas

---

<sup>51</sup> In *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 102.

particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

Neste aspecto, cumpre anotar a importância de estabelecimento de um critério definidor do alcance da normatização da União no tocante à licitação e aos contratos administrativos.

Como dito, tal critério funda-se na distinção entre “normas gerais” e “normas específicas”. Com efeito, quando a União estabelece uma “norma geral”, tal diploma ostenta a condição de “lei nacional”, aplicável em todo o território, devendo ser observada indistintamente por todos os entes federativos. Noutra via, ao criar “norma específica” sobre o assunto, tal lei terá âmbito federal, só atingindo a própria União.

Quanto à distinção entre os conceitos de “lei nacional” e “lei federal”, vale transcrever ensinamento de GERALDO ATALIBA<sup>52</sup>:

- a) *lei nacional* – veicula normas gerais, é produto legislativo do Estado federal, transcende à esfera de qualquer pessoa política;
- b) *lei federal* – vincula todo aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas.

Atualmente, é a Lei nº 8.666, de 1993, editada pela União, que cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Contudo, com esteio na diferenciação entre “lei nacional” e “lei federal”, vale frisar que a Lei nº 8.666/93, apresenta não só “normas gerais” – que ostentam âmbito nacional – como também normas de cunho “específico”.

Resta claro que não foi intenção do legislador federal esgotar na Lei nº 8.666/93 toda a matéria atinente à licitação, suprimindo dos demais entes a necessidade de especificar a disciplina no tema de acordo com as suas particularidades.

No caso, o que desbordar da Lei nº 8.666/93 em caráter de “norma geral”, será de aplicação específica para a Administração Pública Federal. Caso contrário, se a Lei nº 8.666/93 limitasse a estabelecer apenas os princípios, as diretrizes e os fundamentos das licitações públicas, não haveria disciplinamento específico para os procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

---

<sup>52</sup> *apud* CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 56.

Faz-se, portanto, necessário o estabelecimento de *standarts* precisos quanto ao âmbito de aplicabilidade das normas que compõem a Lei nº 8.666/93 em relação à União, aos Estados, o Distrito Federal e aos Municípios.

Nesse diapasão, surge grande cizânia doutrinária<sup>53</sup> relativa à definição de quais regras são normas gerais e quais são normas específicas em matéria de licitação.

Preceitua FERNANDA MARINELA que “são normas gerais os preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, enfim, os critérios básicos conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria<sup>54</sup>”.

É oportuno salientar que a edição da Lei nº 8.666/93 não exauriu a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre licitação. Não há qualquer óbice para que a União discipline o assunto em outros diplomas normativos, como foi feito no caso da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), da Lei nº 8.248/1991 (aquisição de bens e serviços de informática), da Lei nº 12.232/2010 (contratação de serviços de publicidade), da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação) e da Lei nº 13.303/2016 (que estabelece o “Estatuto Jurídico da Empresa Pública”).

De todo modo, busca-se, nas linhas a seguir, o esboço de um mapeamento da qualificação das normas contidas na Lei nº 8.666/93 de acordo com as características de generalidade e especificidade e, por conseguinte, o estabelecimento do espaço de atuação normativa subsidiária dos Estados, Distrito Federal e Município no que tange ao disciplinamento dos procedimentos licitatórios realizados pelas suas respectivas entidades administrativas.

### **III.I. DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O ASSUNTO**

Inicialmente, é possível apontar a inexistência de consenso jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal no tocante à definição do conceito de “normas gerais”, o que dificulta a identificação do espaço de atuação normativa dos entes federativos em tal assunto.

---

<sup>53</sup> Nesse sentido, vide o tópico “Sistematização dos entendimentos doutrinários” na obra de CARMONA, ob. cit., p. 57-58.

<sup>54</sup> In *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2010, p. 316.

Sobre o tema, merece repercussão o entendimento sufragado pelo Pretório Excelso na apreciação da ADI nº 4.060/SC, em 25/02/2015:

[...]

1. **O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político,** um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)

2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.

3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, **revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988** [...]<sup>55</sup>

[grifou-se]

Restou consagrada a analogia feita pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto na Medida Cautelar na ADI nº 927/RS<sup>56</sup>, segundo o qual, a norma geral traz uma moldura do quadro a ser pintado pelos Estados, DF e Municípios. Tal analogia é bem desenvolvida por RAUL MACHADO HORTA, *in verbis*:

[...] a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. A lei estadual suplementar introduzirá a lei de normas gerais no ordenamento do Estado, mediante o preenchimento dos claros deixados pela lei de normas gerais, de forma a aperfeiçoá-la às peculiaridades locais. É manifesta a importância desse tipo de legislação em federação continental, como a brasileira, marcada pela diferenciação entre grandes e pequenos Estados, entre Estados industriais em fase de alto desenvolvimento e Estados agrários e de incipiente desenvolvimento industrial, entre Estados exportadores e Estados consumidores<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> ADI 4.060/SC. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 25/02/2015. Publicado em DJe 04/05/2015.

<sup>56</sup> ADI 927 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. J. em 03/11/1993, p. em DJ 11/11/1994, p. 30.635.

<sup>57</sup> *apud* CARMONA, ob. cit., p. 61.

Notadamente no que tange à competência legiferante em matéria de licitação, no julgamento da citada Medida Cautelar na ADI nº 927/RS, o STF reconhece que as normas de caráter específico contidas na Lei nº 8.666/93 são aplicáveis apenas à própria União, não vinculando os Estados e os Municípios que poderão dispor em contrário em suas respectivas legislações.

Destarte, as normas específicas contidas na Lei nº 8.666/93 seriam *constitucionais* em relação à União – por enquadrarem-se na qualidade de “lei federal” – e *inconstitucionais* em relação aos Estados e Municípios, que, nesse contexto, poderão dispor diversamente sobre os temas específicos.

Analisando o julgado pretoriano, consigna MARÇAL JUSTEN FILHO que:

[o] STF reputou constitucionais os arts. 1º e 118 da Lei nº 8.666 e a grande maioria dos dispositivos objeto de questionamento foi reconhecida como enquadrável no conceito de normas gerais. Mas se entendeu que algumas disposições legais não podiam ser assim qualificadas. Tais dispositivos foram reputados como normas exclusivamente federais. Ou seja, apenas apresentavam natureza vinculante no âmbito da União e de sua Administração direta e indireta<sup>58</sup>.

Na oportunidade do julgamento, vislumbrou-se a tentativa de definição do conceito de “norma geral”, não havendo, contudo, consenso.

Em seu voto, assentou o relator, Ministro Carlos Velloso:

[...] Penso que essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que 'norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências [...] Não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam [...] São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos.

A seu turno, o eminente Ministro relator, com o fito de subsidiar a fundamentação de seu voto e buscando apresentar uma linha de definição entre “norma geral” e “norma específica”, transcreveu as elucidativas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE

---

<sup>58</sup> In *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 19.

MELLO, que, dentre outras, reputa serem “normas específicas” aquelas concernentes à definição de valores, prazos e requisitos de publicidade (art. 21), a regulamentação sobre registros cadastrais (arts. 34 a 37), o arrolamento exaustivo de recursos cabíveis e os prazos de interposição (art. 109), o estabelecimento dos documentos exigíveis de licitantes (arts. 27 a 33), os casos de dispensa de licitação (art. 24) e a especificação dos tipos e o *iter* procedimental dos procedimentos licitatórios (art. 45).

Por outro lado, impõe transcrever o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO sobre os temas enquadráveis no conceito de “normas gerais”, *in verbis*:

[...] pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de:

- a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa;
- b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação;
- c) requisitos de participação em licitação;
- d) modalidade de licitação;
- e) tipo de licitação;
- f) regime jurídico da contratação administrativa<sup>59</sup>.

Em precedente destacável, o STF, no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 3.059<sup>60</sup>, consignou que a relativização ou flexibilização do princípio da isonomia, em tema de licitação pública, é matéria de competência legislativa da União, posto que relativa às diretrizes gerais.

Seguindo tal entendimento, a Suprema Corte na ADI nº 3.158<sup>61</sup> consignou que o art. 9º da Lei nº 8.666/93 que estabelece as hipóteses de impedimento de participação na licitação “é dotado de caráter geral, visto que confere concreção aos princípios da moralidade e da isonomia”.

Para o Pretório Excelso, portanto, a competência estadual e municipal tendente à “especificação” das normas gerais denota um caráter de “suplementação” normativa. Nesse sentido, destaca-se o voto do Ministro Ayres Britto no julgamento do mérito da ADI nº 3.059/RS<sup>62</sup>:

[...]

---

<sup>59</sup> Ob. cit., p. 16.

<sup>60</sup> ADI 3.059 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. Julgado em 15/04/2004, p. DJ 20/08/2004, p. 36.

<sup>61</sup> Rel. Min. Eros Grau. Publicado no DJ de 20/04/2005.

<sup>62</sup> ADI 3.059/RS. Tribunal Pleno. Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Julgado em 09/04/2015. Publicado em DJe 08/05/2015.

É de se questionar, então: as normas gerais de licitação e contratação, editadas pela União, têm por contraponto, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas ou normas suplementares?

**Resposta: a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza complementar.**

Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de “normas gerais” (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrando o princípio federativo.

[grifo no original]

Noutra senda, no tocante ao estabelecimento de regras de preferência para aquisição de produtos economicamente mais viáveis para a Administração, em decisão recente, no bojo do julgamento da ADI nº 3.059/RS, o Pretório Excelso, consignou que:

[...] a competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema.

A seguir a tendência do entendimento do STF sufragado na ADI nº 3.059/RS – em especial, a partir da leitura do voto do Ministro Ayres Britto – em consideração às diretrizes de tratamento diferenciado e critérios de preferência em licitações instituídas pelas leis federais nº 11.196/2005, 12.349/2010 e 13.146/2015, que promoveram alterações no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, é dado aos Estados e Municípios “suplementar” a legislação federal sobre tal temática, especificando-a.

Outrossim, a despeito da inexistência de um critério preciso para a caracterização de “norma geral” e “norma específica”, é possível depreender, a partir da análise jurisprudencial, que a Suprema Corte reputa enquadrar-se como “normas gerais” os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório no Brasil.

Com efeito, os Estados e Municípios poderão inovar naqueles aspectos específicos dos procedimentos licitatórios, desde que não haja infração direta ou indireta a preceito básico contido na Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante aos princípios estabelecidos no art. 3º.

Estabelecidas tais premissas jurisprudenciais e doutrinárias, passa-se no próximo tópico à aferição da caracterização das normas contidas na Lei nº 8.666/93.

### **III.II. CONTRIBUIÇÃO SOBRE O TEMA: MAPEAMENTO DA LEI Nº 8.666/93**

#### **III.II.I. NORMAS GERAIS**

Com esteio na jurisprudência do STF e na manifestação contida em estudos especializados, dúvida não há de que a Lei nº 8.666/93 dispõe não só sobre “normas gerais”, em atendimento ao art. 22, XXVII, da CF, mas, também, sobre “normas específicas”, sendo estas aplicáveis apenas no âmbito da União.

Em sendo claro tal ponto, há que se aprofundar na análise dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 no intento de apresentar um esboço de mapeamento que delimite com a maior clareza possível as normas de caráter específico para, desse modo, evidenciar o espaço de criação normativa a ser ocupada pelos Estados e pelos Municípios quando do disciplinamento dos procedimentos normativos realizados pelas suas respectivas entidades administrativas.

De plano, pode-se inferir que os princípios e as diretrizes gerais estabelecidas nos arts. 1º a 5º enquadram-se no conceito de “normas gerais”, sendo, pois, de observância obrigatória por todos os entes da Federação.

No tocante às modalidades de licitação, em atenção à redação do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, há que se considerar que o estabelecimento e a definição das modalidades é matéria de “norma geral” da União, motivo pelo qual, as modalidades instituídas na Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) e na Lei nº 10.520/2002 (pregão), devem ser obrigatoriamente observadas por todos os entes federativos.

Logo, não será admitida a criação de modalidade excepcional por lei do Estado ou do Município. Da mesma forma, com fulcro nos ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO, amplia-se a exclusividade legislativa da União em relação ao estabelecimento dos tipos de licitação (critérios de julgamento) no art. 45 da Lei nº 8.666/93.

Todavia, é necessário ponderar que a regulamentação do *iter* procedimental das licitações, por ser matéria enquadrada como “norma específica”, poderá ser disciplinada por lei estadual ou municipal de acordo com as particularidades de cada ente.

Afinal, não se pode olvidar que a Constituição de 1988, em seu art. 24, XI, estabelece ser concorrente a competência para legislar sobre “procedimentos em matéria processual”, o

que contemplaria, também, procedimentos administrativos<sup>63</sup>, como são considerados os “procedimentos licitatórios”, conforme consigna o próprio art. 4º da Lei nº 8.666/93<sup>64</sup>.

Nessa senda, há os casos de leis locais que estabelecem procedimento de realização das etapas do procedimento licitatório (habilitação e julgamento das propostas) diferenciados em face do consignado na Lei nº 8.666/93, o que convencionou-se denominar “inversão de inversão”.

Destaca-se, nesse sentido, previsão contida na Lei do Estado da Bahia nº 9.433/2005 (art. 78) e na Lei do Estado do Paraná nº 15.608/2007 (art. 40, II) determinando que o julgamento da habilitação seria posterior à escolha da proposta vencedora.

Sobre o assunto, assentou JUSTEN FILHO, *in verbis*:

Nos últimos anos, no entanto, verificou-se a tendência à produção de leis locais pertinentes a licitações, introduzindo inovações relevantes. A questão mais conhecida envolveu a alteração da ordem procedimental prevista na Lei nº 8.666. A primeira iniciativa nesse campo coube à Lei do Estado da Bahia, cuja inovação mais marcante residiu na previsão de que o julgamento da habilitação seria posterior à escolha da proposta vencedora (art. 78 da Lei nº 9.433/2005). Tal inovação também foi seguida na Lei do Estado do Paraná (Lei nº 15.608/2007) e na legislação de outros entes federativos. Essa solução foi reputada como válida pela maioria dos estudiosos e não foi declarada inválida pelo Poder Judiciário<sup>65</sup>.

Entendemos que não há qualquer vício em tal previsão, tendo em vista tratar-se de regulamentação específica apenas no tocante ao procedimento em si, mantendo-se a disciplina afeta às *modalidades e tipos* de licitação estabelecidos na Lei nº 8.666/93. Ressalte-se que os tipos de licitação previstos no art. 45 no Estatuto de Licitações (menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta) se referem aos critérios de julgamento das propostas a serem observados pela Comissão de Licitação.

---

<sup>63</sup> Nesse sentido, vide CARMONA, ob. cit., p. 80: “[...] se existem processo e procedimento também na esfera administrativa, independentemente do critério utilizado para apartá-los, há que se reconhecer a importância da distinção em função da competência legislativa na matéria: processo administrativo é de competência legislativa privativa da União (art. 22, I) e procedimentos administrativos é de competência concorrente entre União, Estados e DF (art. 24, XI), podendo o Município complementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, II, CF)”.

<sup>64</sup> Conforme JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 99-100: “o dispositivo acentua a natureza procedimental da licitação. Ratifica que os atos da licitação não são independentes entre si nem podem ser enfocados isoladamente. A licitação é uma série preordenada de atos. A Lei e o edital estabelecem a ordenação a ser observada. [...] Seria possível existir um procedimento sem processo? A resposta é positiva. Nada impede que o Direito subordine a validade de um ato unilateral à observância de certa ordenação predeterminada, ainda que não haja qualquer conflito de interesses. A própria licitação, especialmente na fase interna, fornece inúmeros exemplos. Assim, a abertura da fase externa da licitação pressupõe o desenvolvimento de uma série ordenada de atos administrativos, no âmbito exclusivo do Poder Público”.

<sup>65</sup> Ob. cit., p. 18.

Com efeito, ao inverter as fases do procedimento, não estará a lei estadual ou municipal subvertendo a lógica de aplicabilidade dos critérios de julgamento, estará, apenas, refletindo, sob a subserviência das diretrizes da Lei nº 8.666/93, uma opção do ente federado por um roteiro que, na sua ótica, otimiza o procedimento licitatório.

Em sendo assim, a regulamentação das condições de julgamento da proposta em si, por se tratar de tipo de licitação, não poderá ser alterado por lei que não seja da União, sob pena de desvirtuar os critérios já estabelecidos na Lei nº 8.666/93.

Para fins de ilustração, imaginemos uma previsão contida em lei estadual na qual seja estabelecido que, na licitação do tipo *menor preço*, a Comissão julgadora só poderá prosseguir à análise dos preços ofertados após a aferição das propostas cujos produtos relacionados atendam aos critérios mínimos de qualidade fixados no ato convocatório. Nessa situação hipotética, não haverá qualquer vício na norma estadual, uma vez que foi preservada a estrutura do critério de menor preço definido no art. 45 da Lei nº 8.666/93, afinal, a Administração deve buscar o *melhor preço*, entendido este como a conciliação de bens e serviços com requisitos mínimos de qualificação técnica (condições de aceitabilidade) e o *menor preço*<sup>66</sup>.

Porém, caso o ato normativo estadual estabeleça que, diante da situação de empate entre as propostas, será escolhida aquela que apresente as melhores condições técnicas de acordo com o edital, haverá vício por afronta à Lei nº 8.666/93.

Ainda quanto aos tipos de licitação, é oportuno consignar a compulsória observância pelos Estados e Municípios do disposto no art. 4º, inciso X, da Lei nº 10.520/02, que estabelece a obrigatoriedade da adoção do critério de menor preço no julgamento das propostas relativas aos procedimentos licitatórios regidos na modalidade pregão. Afinal, considerando que a definição das modalidades e tipos de licitações é afeta à lei da União, em havendo a vinculação de um tipo de licitação a determinada modalidade, tal opção legislativa deverá ser respeitada pelos demais entes.

Outrossim, no que tange aos critérios de preferência e de tratamento diferenciado em sede de licitações e contratos, por envolverem uma perspectiva de ponderação do legislador federal face ao princípio da isonomia e o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, os Estados e Municípios deverão se ater às hipóteses previstas nos §§ 2º e 5º da Lei nº 8.666/1993, sendo-lhes vedado instituir “novas” hipóteses de preferência que afetam diretamente o procedimento de julgamento e apreciação das propostas.

---

<sup>66</sup> Nesse sentido: TCU – Acórdão nº 904/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar.

Quanto às condições de habilitação fixadas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, impende, num primeiro momento, consignar que os requisitos habilitatórios externados pela norma refletem um juízo de ponderação feito pelo legislador federal como resultado da colisão entre o princípio da ampla participação e do interesse público, materializado na necessidade de uma contratação satisfatória pela Administração.

Desse modo, os arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 estabelecem as condições para o exercício do direito de licitar, de modo que a Administração só passará à análise da proposta dentre aqueles licitantes aos quais foi reconhecida a titularidade de tal direito.

Não obstante o reconhecimento da exaustividade do rol dos requisitos de habilitação estabelecidos pela Lei nº 8.666/93 pela doutrina<sup>67</sup> e jurisprudência, as hipóteses então elencadas são de cunho genérico, não afastando, pois, a viabilidade de fixação de requisitos específicos pelo ato convocatório dada a natureza e extensão do objeto a ser contratado.

Ademais, de acordo com entendimento do STJ<sup>68</sup> e TCU<sup>69</sup>, o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, de modo que não é obrigatória a exigência pela Administração de todos os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.666/93. Resta claro, assim, que o edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos<sup>70</sup>.

Destarte, como a fixação das condições de habilitação estão necessariamente relacionadas com os contornos estabelecidos pelo legislador federal a respeito do princípio da ampla participação em sede de licitações públicas, entende-se que é vedado aos Estados e Municípios fixar requisitos abstratos que potencializem a dificuldade de participação nos certames, restringindo, assim, a competição.

Será, todavia, admissível que a legislação estadual ou municipal apenas discrimine de maneira mais precisa do rol dos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, instituindo detalhes quanto à forma de apresentação dos documentos ali relacionados, desde que não impliquem em ampliação indireta das restrições ora constantes do Estatuto Federal de Licitações.

O mesmo raciocínio aplica-se às condições de validade da proposta estabelecidas no art. 48 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que poderão implicar na desclassificação dos licitantes e sua conseqüente exclusão do certame.

Adiante, convém analisar se as normas contidas na Lei nº 8.666/93 concernentes aos recursos são de observância obrigatória para os demais entes federativos.

---

<sup>67</sup> Nesse sentido: JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 400.

<sup>68</sup> REsp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11/06/2002.

<sup>69</sup> Acórdão nº 991/2006, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira.

<sup>70</sup> Cf. JUSTEN FILHO, ob.cit., p. 401.

A análise de tal questão deve partir, necessariamente, da premissa de que é assegurado ao cidadão o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF) e as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF). Logo, a interposição de recurso em relação às decisões das Comissões de Licitação é direito inafastável do licitante. Da mesma maneira, em razão dos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, não poderá ser suprimida a garantia de qualquer cidadão em impugnar o ato convocatório (art. 41, §1º, Lei nº 8.666/93) e solicitar esclarecimentos (art. 40, VIII, Lei nº 8.666/93).

Especificamente, no tocante aos recursos, depreendem-se, a partir do art. 109 da Lei nº 8.666/93, regras de cunho geral e específico. Tem-se como regra geral o cabimento de recurso administrativo em relação a cada decisão da Comissão de Licitação proferida em cada etapa do procedimento licitatório: habilitação e julgamento. Logo, mesmo que a lei estadual ou municipal determine a inversão de fases, deverá ser assegurada ao licitante a oportunidade de interpor recurso em cada fase do certame.

Da mesma forma, devem ser preservadas as demais hipóteses de cabimento de recurso administrativo previstas nas alíneas “c”, “d”, “e” e “f”, do inciso I, do mencionado art. 109.

Ainda nesse sentido, os demais entes deverão observar o cabimento dos recursos previstos nos incisos II e III, quais sejam, a *representação* e o *pedido de reconsideração*.

No caso da modalidade pregão, a legislação estadual e municipal não poderá subverter a premissa de “fase recursal única” (unirrecorribilidade), instituída no art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/2002.

A seu turno, impende esclarecer que a disciplina atinente à forma de interposição e aos prazos dos recursos são matérias de ordem específica, motivo pelo qual, poderá haver disciplina própria por parte dos demais entes federativos.

É clarividente que a fixação dos prazos não poderá ser de tal forma que desvirtue ou esvazie o núcleo essencial do direito de petição, de modo que as condições materiais de defesa do licitante sejam praticamente inviabilizadas pelo exíguo prazo recursal ora previsto. Com esteio de tais considerações, pode-se concluir que os Estados e Municípios poderão fixar prazos de recursos diferentes daqueles previstos no art. 109 da Lei nº 8.666/93, desde que, no mínimo, respeitem os prazos então fixados na referida norma.

Por fim, não se pode deixar de analisar a questão atinente à previsão dos casos de dispensa e inexigibilidade previstos nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93: tratam-se de “norma geral” ou “norma específica”?

Partindo o pressuposto segundo o qual são normas gerais aquelas que estabelecem diretrizes a serem seguidas pelos legisladores estaduais e municipais, há que se reputar que os casos de dispensa e inexigibilidade, por constituírem situações excepcionais que afastam o dever da Administração Pública de realizar procedimento licitatório para contratar, são de previsão normativa privativa da União.

A bem da verdade, tal premissa é calcada na previsão contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, no ponto em que menciona a possibilidade de exceção à regra da licitação nos casos “especificados na legislação”.

**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 do cumprimento das obrigações.

Com esteio no entendimento do STF exarado na ADI nº 3.059 (MC), é possível concluir que toda e qualquer exceção a princípio básico inerente à matéria de licitação e contratos administrativos é matéria de competência legislativa da União. Destarte, por representar certa relativização do princípio da isonomia, as situações que admitem a não incidência do regime formal de licitação, deverão ser exaustivamente previstas em lei da União, não sendo possível a ampliação do rol de hipóteses por lei estadual ou municipal.

Por outro lado, é possível que os Estados e Municípios editem normas regulamentares com o fito de disciplinar o procedimento a ser adotado para as contratações diretas em seu âmbito<sup>71</sup>, desde que respeitadas as hipóteses de dispensa constantes no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

### III.II.II. NORMAS ESPECÍFICAS

Com fulcro nas premissas lançadas alhures, infere-se que os pormenores atinentes à regulamentação dos procedimentos licitatórios, desde que não afetem as estruturas

---

<sup>71</sup> Cf. JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 297.

principiológicas e as diretrizes lançadas pela Lei nº 8.666/93, poderão ser normatizados de maneira específica pelos Estados, Distrito Federal e Municípios naquilo que lhes for peculiar.

À primeira vista, podemos destacar que as seguintes regras da Lei nº 8.666/93, por enquadrarem-se como “normas específicas” e, por serem aplicáveis apenas à Administração Pública Federal, poderão ser disciplinadas de maneira distinta pelos demais entes federativos:

- a) definição de valores, prazos e requisitos de publicidade dos editais e avisos (art. 21);
- b) *iter* procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação;
- c) regulamentação sobre registros cadastrais (arts. 34 a 37);
- d) forma e prazos de interposição dos recursos administrativos, desde que respeitados os limites mínimos traçados pelo art. 109 da Lei nº 8.666/93;
- e) procedimento e condições para alienação dos bens pertencentes à Administração dos Estados, DF e Municípios (arts. 17 a 19).
- f) acréscimos em relação ao conteúdo mínimo dos editais de licitação (art. 40).

No que pertine à disciplina do *iter* procedimental, será constitucional o estabelecimento pelos Estados e Municípios da “inversão de fases”, na qual se procede o exame da habilitação apenas dos licitantes vencedores na fase de julgamento das propostas.

Quantos às regras relativas aos prazos e requisitos de publicação dos avisos de licitações, aos demais entes é conferida a prerrogativa de estabelecerem prazos diferenciados de intervalo entre a publicação do aviso contendo o resumo do edital e a sessão de abertura do procedimento licitatório, desde que observados os prazos mínimos definidos no art. 21 da Lei nº 8.666/93 e art. 4º, inciso V, da Lei nº 10.520/2002, sob pena de malferimento do princípio da transparência, considerando que a fixação de prazo menor do que aquele reputado como razoável pelo legislador federal implica na afetação do núcleo essencial dos primados da publicidade e da ampla competitividade<sup>72</sup>.

Nessa seara, a legislação estadual ou municipal poderá esmiuçar as formalidades de modo a conferir maior objetividade dos critérios de divulgação dos avisos contendo os resumos dos editais de licitação<sup>73</sup>. Com efeito, mostra-se não só constitucional como louvável a previsão

---

<sup>72</sup> Note-se que a Lei do Município de São Paulo nº 13.278/2002, a despeito de reproduzir os prazos mínimos de divulgação constantes do art. 21 da Lei nº 8.666/93, estabelece em seu §3º do art. 17 que: “as publicações dos editais de concorrência e tomada de preços para a contratação de serviços e obras de menor complexidade poderão ter os prazos reduzidos para 20 (vinte) e 10 (dez) dias, respectivamente, a critério da autoridade competente para autorizar a abertura do procedimento licitatório, levando-se em conta a natureza do objeto a ser licitado, os requisitos para a formulação das propostas e as demais exigências do edital”. Em nosso entender, pelas razões expostas anteriormente, tal dispositivo é inconstitucional.

<sup>73</sup> Nesse sentido, o STF assentou no julgamento da ADI nº 2.444/RS, realizado em 06/11/2014: “1. O art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal atribuiu à União a competência para editar normas gerais de licitações e contratos. A legislação questionada não traz regramento geral de contratos administrativos, mas simplesmente determina a

então contida no art. 74 da revogada Lei nº 16.920/2010 do Estado de Goiás<sup>74</sup> no sentido de que os editais deverão ser disponibilizados, sempre que possível, em meio eletrônico de comunicação. Ademais, a referida lei goiana estabelecia, em seu art. 8º, inciso XLIII, o conceito de “jornal de grande circulação local”, assim considerado aquele que:

[...] possua tiragem diária e abrangência de distribuição em no mínimo 60% (sessenta por cento) dos municípios do Estado, estes com pelo menos o mesmo percentual de participação no total da população estadual, além de grande aceitação popular, atestadas, por certificador independente, de notório reconhecimento regional ou nacional.

Portanto, a regulamentação das condições de participação no certame e demais nuances relativas ao procedimento licitatório poderão constituir objeto de normatização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que respeitadas as normas gerais fixadas por lei da União e o limites traçados quanto ao núcleo essencial dos princípios inerentes à atividade licitatória.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o disposto no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, lastreado na técnica de repartição vertical de competência, caberá à União definir as normas gerais sobre o tema, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

Atualmente, é a Lei nº 8.666, de 1993, editada pela União, que cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Contudo, com esteio na diferenciação entre “lei nacional” e “lei federal”, vale frisar que a Lei nº 8.666/93, apresenta não só “normas gerais” – que ostentam âmbito nacional – como também normas de cunho “específico”.

---

publicação de dados básicos dos contratos de obras públicas realizadas em rodovias, portos e aeroportos. Sua incidência é pontual e restrita a contratos específicos da administração pública estadual, carecendo, nesse ponto, de teor de generalidade suficiente para caracterizá-la como “norma geral” [...] 3. A legislação estadual inspira-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público. Enquadra-se, portanto, nesse contexto de aprimoramento da necessária transparência das atividades administrativas, reafirmando e cumprindo o princípio constitucional da publicidade da administração pública (art. 37, caput, CF/88)".

<sup>74</sup> Revogada pela Lei Estadual nº 17.317/2011.

Consoante a doutrina especializada e a jurisprudência do STF, o que desbordar da Lei nº 8.666/93 em caráter de “norma geral”, será de aplicação específica para a Administração Pública Federal. Logo, as normas de caráter específico contidas na Lei nº 8.666/93 são aplicáveis apenas à própria União, não vinculando os Estados e os Municípios que poderão dispor em contrário em suas respectivas legislações.

A despeito da inexistência de um critério preciso para a caracterização de “norma geral” e “norma específica”, é possível depreender, a partir da análise jurisprudencial, que a Suprema Corte reputa enquadrarem-se como “normas gerais” os princípios, os fundamentos e as diretrizes conformadoras do regime licitatório no Brasil.

Com efeito, a regulamentação das condições de participação no certame e demais nuances relativas ao procedimento licitatório poderão constituir objeto de normatização pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, desde que respeitadas as normas gerais fixadas por lei da União e o limites traçados quanto ao núcleo essencial dos princípios inerentes à atividade licitatória.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Princípio Federal, Rigidez Constitucional e Poder Judiciário. In: *Estudos de Direito Tributário*, São Paulo, 3, p. 9 e 10, 1980.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Das normas gerais: alcance e extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2010.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.