



Sarah Bria de Camargo

**A COMPETÊNCIA DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E
MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO À
LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação da Professora
Marina Cardoso.**

SÃO PAULO

2014

Resumo: Segundo o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos. Contudo, a falta de definição constitucional sobre o conceito de normas gerais, aliada à indefinição de quaisquer critérios para compreensão deste conceito abstrato, traz algumas incertezas quanto à real extensão das competências da União e dos demais entes federativos – notadamente, Estados, Distrito Federal e Municípios - para disciplinar essas matérias. Diante dessa incerteza, o objetivo do presente trabalho é investigar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa distribuição de competência, de modo a tentar identificar possíveis parâmetros que possam ser considerados para a interpretação da competência reservada a cada ente federativo para a disciplina das licitações e contratação.

Acórdãos citados: ADI 927 MC; ADI 1746 MC; ADI 1824 MC; ADI 1668 MC; ADI 2338 MC; ADI 3059 MC; ADI 2665; ADI 3670; RE 547063; RE 423560; ADI 2416; ADI 1746; ADI 2444.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; competência; licitação; contratos administrativos; norma geral; norma específica.

Abreviaturas:

ADI: Ação direta de inconstitucionalidade

ADI-MC: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade

CE: Constituição Estadual

CF: Constituição Federal

MC: Medida cautelar

Min: Ministro

PC do B: Partido Comunista do Brasil

PT: Partido dos Trabalhadores

RE: Recurso extraordinário

Rel: Relator

STF: Supremo Tribunal Federal

TCE: Tribunal de Contas do Estado

ÍNDICE:

1. Introdução	5
1.1. Problema de pesquisa: perguntas e hipóteses.....	9
2. Metodologia.....	11
2.1. Índice de acórdãos analisados por ordem cronológica	13
3. Como o STF decide nos casos envolvendo normas gerais de licitação e contratação?	14
3.1. ADI-MC 927	14
3.2. ADI-MC 3059	18
3.3. ADI-MC 1668	20
3.4. ADI 2416.....	28
3.5. RE 547063.....	32
3.6. ADI-MC 1824	34
3.7. ADI 3670.....	36
3.8. RE 423560.....	37
3.9. ADI-MC 2338 e ADI 2665.....	40
3.10. ADI 2444	44
3.11. ADI-MC 1746 e ADI 1746	45
4. Considerações finais	48
5. Bibliografia	50

1. Introdução

Diferentemente da Constituição anterior¹, silente a respeito da atribuição da competência para legislar sobre licitação e contratação, a Constituição Federal de 1988 (CF) menciona, expressamente, que compete privativamente, à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública, nos termos de seu art. art. 22, inciso XXVII:

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, § 1º, III.

Observa-se que, nos demais incisos do art. 22, a Constituição lista diversos temas sobre os quais compete à União legislar, conferindo-lhe competência total para disciplinar sobre esses assuntos - como, por exemplo, direito civil, desapropriação, regime de portos, trânsito e transporte, entre outros. Isto quer dizer que, em se tratando destas matérias, é atribuição da União editar normas gerais e específicas, esgotando a disciplina legislativa dos respectivos temas.

Entretanto, com relação à temática das licitações e contratações, o texto constitucional faz menção à competência da União para legislar, unicamente, sobre normas gerais², o que gera a compreensão de que Estados e Distrito Federal também têm atribuição para disciplinar esta matéria, desde que o espaço desta atuação se situe dentro do campo das normas não gerais, portanto, específicas. É dizer, por dedução do art. 22,

¹ Pela falta de definição na Constituição de 1967 sobre a quem cabia legislar sobre licitação e contratos administrativos, criou-se “duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, c e §2º, [CF/67]); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação” (DI PIETRO, p. 371). A Constituição de 1988, assim, findou esta discussão, passando a tratar, especificamente, sobre competência em matéria de licitação.

² Isso também ocorre com o inciso XXI do art. 22, que trata sobre organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares. Contudo, para esta pesquisa, apenas tem relevância o inciso XXVII do mesmo artigo.

XXVII, no que diz respeito ao tema das licitações e contratações públicas, entende-se que as regras que não possuem esse caráter geral, poderão ser disciplinadas, especificamente, por cada ente federativo, incluindo-se a União, sendo aplicáveis às respectivas licitações e contratações realizadas por cada qual.

Seguindo esta lógica, é importante reforçar a ideia de que a União tem competência para editar normas gerais, aplicáveis a todas as licitações e contratos, e, assim como os demais entes federativos, tem atribuição para editar normas específicas, que serão direcionadas apenas às suas licitações e contratos. Desta forma, tem-se que a União pode editar normas gerais, de âmbito nacional, impondo-se a todos os demais entes, e normas específicas, de âmbito federal, aplicando-se apenas a ela mesma. Assim surge a lei federal nº 8.666/93³, que disciplina procedimento licitatório e se autodenomina veiculadora de normas gerais sobre esta matéria.

Apesar do crivo constitucional, não há definição do que seja norma geral, tampouco há parâmetros que auxiliem na distinção entre norma geral e norma específica, o que acaba por possibilitar entendimentos e interpretações variadas a respeito do conteúdo da competência objeto da discussão.

Ao analisar o tema, a professora Fernanda Menezes de Almeida chega a sustentar que o legislador constituinte teria sido atécnico, ao elencar, nas hipóteses de competência privativa da União, a edição de normas gerais sobre licitação e contratação com a Administração Pública. Isso porque, no caso das competências privativas, segundo alega a autora, a regra é que "o poder competente fica autorizado a normatizar todos os aspectos, gerais e específicos, das matérias submetidas às suas competências"⁴ – como se verifica nos demais incisos previstos no art. 22 da Constituição. Por outro lado, no que tange à competência legislativa concorrente, a regra "é a de que à União cabe editar normas gerais, ficando aos Estados, o Distrito Federal e o Município com a legislação

³ 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.

⁴ ALMEIDA, Fernanda Menezes de. Competência na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2013. 6ª edição, p. 113.

suplementar”⁵.

Desse modo, apesar de a competência para legislar sobre licitação e contratação estar elencada no art. 22, da CF, portanto no rol de competência privativa da União, o seu inciso XXVII, possui muita semelhança com a competência concorrente. Isto porque a competência atribuída à União para editar normas gerais não impede que os demais entes federativos tenham competência para editar normas específicas.

Neste sentido, o parágrafo único⁶ do art. 22 não se aplicaria ao inciso XXVII do caput do mesmo dispositivo, ou seja, não é necessária a edição de lei complementar que autorize os Estados a legislarem de forma complementar sobre licitação e contratos administrativos, uma vez que os demais entes já estão autorizados a legislar especificamente acerca do assunto, no que diz respeito aos aspectos específicos da temática de licitações e contratações públicas.

Superada esta questão e tendo ficado consolidado o entendimento de que a edição de normas sobre licitação e contratos, ainda que seja tema de competência privativa, possui “status” de competência concorrente, é preciso esclarecer, qual é o papel dos Municípios dentro do contexto da repartição de competências legislativas.

Da leitura da Constituição, e partindo do pressuposto que o funcionamento da competência acerca de licitações e contratos opera de forma similar às matérias previstas como de competência concorrente, é possível perceber que os Municípios não foram mencionados pelo rol do art. 24, gerando dúvida quanto à possibilidade de esses entes editarem leis específicas sobre o tema. Contudo, apesar da ausência de manifestação constitucional neste sentido, fazendo uma interpretação sistemática da Constituição, parte da doutrina entende que os Municípios participam dessa repartição em decorrência do que está disposto no art. 30, I e II⁷. Esse,

⁵ Ibidem.

⁶ Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

⁷ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)

inclusive, também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸.

Fato é que a abrangência interpretativa da norma constitucional, ocasionada pela previsão de conceito indeterminado para delimitar a competência para legislar sobre licitações e contratações, gera maior probabilidade de interpretações caóticas a respeito, dificultando a exata compreensão do que foi desejado pelo legislador constituinte. Essa falta de clareza acarreta insegurança jurídica seja para o legislador, no momento da elaboração de novas leis sobre o assunto, seja para o próprio aplicador de tais normas, diante da ausência de campo normativo bem definido para sua atuação.

A título de exemplo, de modo a demonstrar as consequências práticas desta indefinição, faz-se referência à lei estadual nº 13.121/08⁹ (SP), que proporcionou a inversão das fases de habilitação dos licitantes e de julgamento de suas propostas. Pergunta-se: A ordem das fases é matéria para norma geral ou específica? Quais critérios devem ser utilizados para responder à primeira pergunta?

Sendo assim, ainda hoje, a falta de clareza constitucional sobre o assunto gera interpretações distintas acerca da extensão do conteúdo das normas gerais o que, conseqüentemente, acarreta dificuldades práticas na compreensão dos limites das competências de cada ente federativo acerca dessa temática.

Nota-se que nem mesmo a doutrina administrativista chega a um consenso a esse respeito. Alguns autores, como Alice Gonzalez Borges¹⁰, definem normas gerais como aquelas que fixam princípios e diretrizes, estabelecendo as bases necessárias para as leis que terão de sucedê-las. Outros, como Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹, argumentam que, além de estabelecerem princípios, as normas gerais seriam diretrizes nacionais, portanto, aplicáveis de maneira uniforme em todo o país. Além disso,

⁸ STF: ADI-MC 2338, Rel. Moreira Alves, j. 23/05/01.

⁹ Em face desta lei, foi interposta a ADI 4116, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, que ainda não foi julgada definitivamente.

¹⁰ BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional). Revista de Direito Público, n. 96, ano 24, p. 81-93 out./dez. 1990.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 29ª edição.

entende que essas normas devem estipular “padrões mínimos de defesa do interesse público concernente àquelas matérias em que tais padrões deveriam estar assegurados em todo o País, sob pena de ditos interesses ficarem à míngua de proteção” (MELLO, p. 539 e 540).

De maneira geral, apesar do empenho doutrinário para definir o que são normas gerais, o resultado mostra-se insuficiente, diante da diversidade de interpretações sobre o assunto e do questionável papel da doutrina para solucionar esse debate.

Diante da indefinição do termo “norma geral” e, conseqüentemente, da dificuldade de se afirmar a exata divisão de competências entre os entes da federação quanto à disciplina das licitações e contratações, destaca-se a importância de se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em vista do papel assumido pela Corte de intérprete-mor da Constituição Federal. Neste sentido, tem-se que o STF poderá afetar de maneira significativa os destinos das licitações federais, estaduais e municipais.

1.1. Problema de pesquisa: perguntas e hipóteses

O presente trabalho pretende, primeiramente, investigar se o tema ora em discussão já foi apreciado pelo STF e, em caso afirmativo, quais são os critérios que vem sendo utilizados pelo Tribunal para delimitar a competência dos entes federativos para disciplinar as licitações e contratações públicas. Busca-se, assim, obter respostas às seguintes indagações que nortearam a elaboração da análise realizada:

- a) O STF define o que são normas gerais e/ou específicas em matéria de licitação e contratação, delimitando a competência de cada ente federativo?
- b) Se a Corte não define o que são normas gerais e específicas, como vem demarcando a competência da União para editar normas gerais e específicas, e a competência dos demais entes federativos para editar normas específicas? O STF estabelece parâmetros em suas decisões? Quais os critérios utilizados para a solução dos casos

julgados?

- c) Na visão do Supremo, a União já teria esgotado sua competência para editar normas gerais sobre licitação e contratação após a publicação da lei nº 8.666/93? Isto é, são válidas normas gerais em matéria de licitação previstas em leis federais que não a lei nº 8.666/93?
- d) Se sim, quais são os efeitos desse posicionamento para a distribuição de competência aos demais entes?
- e) O Tribunal entende que todos os dispositivos contidos na lei nº 8.666/93 são normas gerais?

2. Metodologia

A fim de se compreender a jurisprudência do STF, a presente pesquisa propõe-se a analisar todos os acórdãos disponíveis no site do STF que envolvam algum tipo de discussão acerca da competência para legislar sobre licitação e contratação, com base no recorte temporal iniciado em 05 de outubro de 1988 (data de promulgação da Constituição Federal), até dia 10 de dezembro de 2014 (data de encerramento da seleção dos acórdãos).

Para identificação dos acórdãos, foram utilizadas duas fontes de busca principais, quais sejam: a) o campo "A Constituição e o Supremo", que contempla acórdãos paradigmáticos selecionados pela própria Corte com relação a cada dispositivo constitucional; e b) o campo "pesquisa livre", ambos disponíveis no sítio do STF¹².

O próximo passo foi a inserção de termos de busca no ícone "jurisprudência", através do campo "pesquisa livre", por meio do uso das seguintes palavras chaves:

Palavra-chave: competência e normas adj2 gerais e licitação. **Resultado:** 13 acórdãos (5 repetidos¹³ e 5 relevantes¹⁴)

Palavra-chave: competência e norma adj2 geral e licitação. **Resultado:** 17 acórdãos (8 repetidos¹⁵ e 1 relevante)

Palavra-chave: licitação e competência adj2 residual. **Resultado:** 0

Palavra-chave: licitação e competência adj2 complementar. **Resultado:** 0

Palavra-chave: licitação e competência adj2 suplementar. **Resultado:** 2 acórdãos (1 repetido)

¹² <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>

¹³ Por ser a primeira palavra-chave utilizada, consideram-se os acórdãos repetidos aqueles com relação à busca feita no campo "A Constituição e o Supremo".

¹⁴ Neste momento da pesquisa, antes da análise do inteiro teor dos acórdãos, considera-se como relevante qualquer acórdão cuja ementa mencione o tema da competência para legislar sobre licitação e contratação.

¹⁵ A partir daqui, consideram-se os acórdãos repetidos aqueles com relação à busca feita em ambos os campos, "A Constituição e o Supremo" e "pesquisa livre".

Palavra-chave: licitação e competência adj2 supletiva. **Resultado:** 2 acórdãos (nenhum resultado relevante)

Palavra-chave: licitação e normas adj2 gerais. **Resultado:** 14 acórdãos (7 repetidos e 1 relevante)

Palavra-chave: licitação e norma adj2 geral. **Resultado:** 20 acórdãos (10 repetidos e 1 relevante)

Palavra-chave: licitação e normas adj2 específicas. **Resultado:** 1 acórdão repetido

Palavra-chave: licitação e norma adj2 específica. **Resultado:** 6 acórdãos (2 repetidos)

Palavra-chave: normas adj2 gerais adj3 licitação e União. **Resultado:** 6 acórdãos (4 repetidos)

Palavra-chave: norma adj2 geral adj3 licitação e União. **Resultado:** 9 acórdãos (7 repetidos)

Palavra-chave: invasão adj 3 competência e União e licitação. **Resultado:** 7 acórdãos (5 repetidos)

Palavra-chave: invasão adj 3 competência e licitação. **Resultado:** 10 acórdãos (5 repetidos)

Palavra-chave: licitação e 22. **Resultado:** 51 acórdãos (10 repetidos e 4 relevantes)

Palavra-chave: 22 e XXVII. **Resultado:** 9 acórdãos (7 repetidos e 2 relevantes)

Palavra-chave: licitação e competência. **Resultado:** 113 acórdãos (13 repetidos e 1 relevante)

Como primeiro resultado da busca realizada por meio dessas palavras-chave, obtive 20 acórdãos. Como a presente pesquisa pretende exaurir o assunto no STF, a princípio, foram selecionados todos os casos que tratavam do tema, observando os termos de busca na ementa e indexação, excluindo, neste momento, apenas o que não tinham pertinência temática, isto é, aqueles acórdãos que, apenas com a leitura da ementa,

percebe-se que não tratavam do tema e os que, apesar de se encaixarem no tema, foram extintos sem julgamento de mérito ou que não foram conhecidos por falta de prequestionamento. Posteriormente, com a leitura do inteiro teor da decisão, foram excluídos mais acórdãos que não tinham pertinência temática e os que apenas citavam o dispositivo constitucional, normalmente na indexação, mas sem tratar do tema com profundidade¹⁶.

Importante ressaltar que a análise das decisões será feita levando em consideração apenas os dispositivos que têm afinidade temática com esta pesquisa. Isto é, se em um mesmo caso estiverem sendo impugnados dispositivos com fundamentos diferentes ao da competência legiferante dos entes, eles serão desconsiderados.

2.1. Índice de acórdãos analisados por ordem cronológica

ADI 927 MC

ADI 1746 MC

ADI 1824 MC

ADI 1668 MC

ADI 2338 MC

ADI 3059 MC

ADI 2665

ADI 3670

RE 547063

RE 423560

ADI 2416

ADI 1746

ADI 2444

¹⁶ ADI-MC 929; ADI-MC 933; ADI-MC 2405; RE 466705; ADI 2990; ADI 4167; ADI 2886.

3. Como o STF decide nos casos envolvendo normas gerais de licitação e contratação?

Como visto acima, apesar de a Constituição Federal distribuir a competência para legislar sobre licitação e contratação entre os entes federativos, ela não define o que são normas gerais e específicas, gerando dificuldades interpretativas por se tratarem de termos abstratos. Além disso, por não apontar critério adicional que traga maior clareza conceitual que a Constituição, a doutrina mostra-se insuficiente para solucionar este problema. Assim, mostra-se útil uma análise da jurisprudência do STF com relação a este tema, pois a ele, quando provocado, caberá a tarefa de indicar e desenhar com clareza quais são os limites de atuação de cada ente.

A seguir, será apresentada a análise das decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, buscando verificar como a Corte trabalha suas decisões diante da indefinição deixada pelo texto constitucional. Busca-se entender qual a compreensão detida para a expressão "normal geral" prevista no art. 22, XXVII, da CF, e se o STF traz, em suas decisões acerca do tema, possíveis critérios ou parâmetros que possam ser replicados na interpretação da competência reservada aos entes da federação para disciplina do tema das licitações e contratações.

3.1. ADI-MC 927

A primeira decisão identificada, que envolve a discussão sobre a competência legislativa para licitar e contratar, foi a ADI-MC 927¹⁷, na qual é arguida a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei nº 8.666/93. O Governador do Rio Grande do Sul, autor da ação, sustenta que a lei, ao pretender regular o art. 37, XXI¹⁸, da CF, teria estendido aos

¹⁷ STF: ADI 927 MC, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03/11/93.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Estados e Municípios o regime por ela instituído, extrapolando a competência constitucional trazida no art. 22, XXVII.

O requerente alega que o artigo 17, I, *b* e *c*; II, *a* e *b*; e §1º¹⁹ da lei geral de licitações prevê regras inconstitucionais de doação e permuta para todos os entes da Administração. Tais dispositivos permitem a doação e a permuta exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração, sendo vedada a particular, além de estabelecerem que o imóvel seja destinado ao serviço público, no caso de permuta, e que o imóvel seja utilizado para fins de uso de interesse social, no caso de doação.

O Min. Rel. Carlos Velloso, inicia seu voto definindo o que seria norma geral. Para ele, o referido conceito “tem o sentido de diretriz, de princípio geral (...), seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências”. Em seguida, para reforçar seu entendimento, cita a professora Alice Gonzalez, que entende que:

normas gerais, leis nacionais, são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que normas locais (...), determinam parâmetros (...) estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas. São normas

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.

¹⁹ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)

c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica (sic), relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

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, básico (p. 47).

No que diz respeito ao art. 17, I, *b*; II, *b*, sustenta que a lei interpreta de forma errônea a autonomia dos entes federativos por entender que normas que interfiram no poder de disposição dos bens de cada ente, diminuindo sua liberdade, seriam consideradas normas específicas. Tal vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens afetaria ou impediria a implementação de alguns programas de habitação de interesse público como, por exemplo, assentamentos urbanos, já que não seria permitida a doação à particular. Portanto, por se tratarem de normas específicas, seriam válidas apenas para a União, sendo inconstitucionais em relação aos Estados e Municípios. Com exceção do Min. Paulo Brossard que indeferiu a liminar para estudar com maior tranquilidade o art. 17, I, *b*, os demais ministros acordam que a permissão de doação ou permuta de bens apenas para órgãos da Administração seria norma específica, suspendendo a eficácia desses dispositivos.

Debates e divergências ocorrem, porém, com relação ao art. 17, I, *c*; II, *a*, nos quais a União estabelece condições à permuta e à doação: o imóvel teria que ser destinado ao serviço público e utilizado para fins de uso de interesse social, respectivamente.

Nestas hipóteses, o ministro-relator não vê excesso, pois sustenta que é razoável que seja exigida destinação ao serviço público e interesse social, sendo assim, tratando-se de normas gerais, aplicar-se-iam também aos demais entes.

Com relação a este ponto, o voto do ministro não ficou claro, pois o leitor do acórdão poderia entender tanto que o relator acredita que a invasão de competência por parte da União existe, mas é justificada, isto é, entender que a razoabilidade é um critério que permite que a União legisle sobre temas que não seria de sua competência, como também poderia extrair que não há invasão de competência e que a menção da "razoabilidade" cumpre função meramente retórica.

Com entendimento oposto, o Min. Marco Aurélio, Sydney Sanches e Celso de Mello, entendem que a União não pode dispor de forma alguma sobre bens dos demais entes da federação, mesmo quando as exigências ou condições pareçam razoáveis, pois cada ente tem total liberdade para tratar do assunto. Afirmam que a “União, em matéria de doação, só tem competência para tratar do que ela própria possa fazer e não das que pretendam fazer os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (p. 64).

Assim, o Tribunal, por maioria, defere a cautelar quanto ao art. 17, I, c, vencidos o relator e os ministros que o acompanhavam, e não concede a liminar com relação ao art. 17, II, a, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches, Celso de Mello e Moreira Alves, que o deferia.

Já no que se refere ao § 1º, do art. 17, como consequência da declaração de inconstitucionalidade do art. 17, I, b, a que ele faz expressa referência, a Corte também concede a cautelar para suspender a eficácia desse dispositivo, vencido o ministro-relator que entendida que qualquer doação deve estar sempre subordinada ao interesse público e, por isso, tratar-se-ia de norma geral.

Para além da discussão da norma geral e específica, ao compreender que a União não pode dispor desta maneira sobre os bens dos Estados e Municípios, o STF se posiciona no sentido de que, inegavelmente, todos os entes federativos têm espaço de atuação quando se trata de elaboração de leis de licitação e contratação pública.

Outro ponto relevante neste julgamento diz respeito a como o STF trabalhou com o tema do interesse público. Como visto acima, todos os dispositivos impugnados foram suspensos, com exceção do art. 17, II, a, que estabelece que a doação de bens móveis deve ser feita para fins de uso de interesse social. Isto é, nesta situação, apesar de haver uma condição à doação, ficou entendido que se trata de norma geral, sendo aplicável a todos os entes da federação.

3.2. ADI-MC 3059

Trata-se da ADI-MC 3059 ²⁰, na qual é arguida a inconstitucionalidade dos artigos 1º a 4º²¹ da lei nº 11.871/2002, do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre a utilização de programas de computador no Estado.

No caso em tela, segundo o Partido da Frente Liberal, autor da ação, a lei estadual violaria, dentre outros dispositivos constitucionais, o art. 22, XXVII, da CF, pois restringiria a participação dos interessados nos

²⁰ STF: ADI 3059 MC, Rel. Carlos Britto, j. 15/04/2004.

²¹ Art. 1º - A administração pública direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado do Rio Grande do Sul, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Estado utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto a sua cessão, alteração e distribuição.

§ 1º - Entende-se por programa aberto aquele cuja licença de propriedade industrial ou intelectual não restrinja sob nenhum aspecto a sua cessão, distribuição, utilização ou alteração de suas características originais, assegurando ao usuário acesso irrestrito e sem custos adicionais ao seu código fonte, permitindo a alteração parcial ou total do programa para seu aperfeiçoamento ou adequação.

§ 2º - Para fins de caracterização do programa aberto, o código fonte deve ser o recurso preferencial utilizado pelo programador para modificar o programa, não sendo permitido ofuscar sua acessibilidade, nem tampouco introduzir qualquer forma intermediária como saída de um pré-processador ou tradutor.

§ 3º - Quando da aquisição de softwares proprietários, será dada preferência para aqueles que operem em ambiente multiplataforma, permitindo sua execução sem restrições em sistemas operacionais baseados em software livre.

§ 4º - A implantação da preferência prevista nesta Lei será feita de forma paulatina, baseada em estudos técnicos e de forma a não gerar perda de qualidade nos serviços prestados pelo Estado.

Art. 2º - As licenças de programas abertos a serem utilizados pelo Estado deverão, expressamente, permitir modificações e trabalhos derivados, assim como a livre distribuição destes nos mesmos termos da licença do programa original.

Parágrafo único - Não poderão ser utilizados programas cujas licenças:

I - impliquem em qualquer forma de discriminação a pessoas ou grupos;

II - sejam específicas para determinado produto impossibilitando que programas derivados deste tenham a mesma garantia de utilização, alteração e distribuição; e

III - restrinjam outros programas distribuídos conjuntamente.

Art. 3º - Será permitida a contratação e utilização de programas de computador com restrições proprietárias ou cujas licenças não estejam de acordo com esta Lei, nos seguintes casos:

I - quando o software analisado atender a contento o objetivo licitado ou contratado, com reconhecidas vantagens sobre os demais softwares concorrentes, caracterizando um melhor investimento para o setor público;

II - quando a utilização de programa livre e/ou com código fonte aberto causar incompatibilidade operacional com outros programas utilizados pela administração direta, indireta, autárquica e fundacional do Estado, ou órgãos autônomos e empresas sob o controle do mesmo.

Art. 4º - O Estado regulamentará as condições, prazos e formas em que se fará a transição, se necessária, dos atuais sistemas e programas de computador para aqueles previstos no art. 1º, quando significar redução de custos a curto e médio prazo, e orientará as licitações e contratações, realizadas a qualquer título, de programas de computador.

Parágrafo único - A falta de regulamentação não impedirá a licitação ou contratação de programas de computador na forma disposta nesta Lei.

certames promovidos pelos órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta do Estado, matéria esta que estaria dentro do âmbito de competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais, e não dentro da competência do Estado.

O Min. Carlos Britto, relator da ação, inicia seu voto com o entendimento de que norma geral é “lei ordinária que desdobra, debulha, desata, faz render, enfim, um comando nuclearmente constitucional, de sorte a conformar novas relações jurídicas sobre o mesmo assunto” (p. 130). A partir dessa conceituação, o ministro passa a afirmar que ao definir previamente que a Administração utilizaria preferencialmente os programas abertos em seus sistemas e equipamentos de informática, a lei teria impossibilitado a concorrência, excepcionando o caráter isonômico da licitação. Entende que o processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes é a regra constitucional, só podendo ser excepcionada por norma geral. Assim, o pedido liminar foi deferido, tendo os demais ministros seguido o relator.

Fato importante de ser notado é que o art. 1º da norma impugnada não se resume a descrever o que seria o programa de computador, ela tem caráter inovador, já que antecipa preferência por determinado produto, não permitindo a participação de todos os interessados no certame. Para esta discussão, não é relevante a qualidade específica do bem, se de superior qualidade, menor preço, ou ainda se de maior tecnologia, apenas interessa saber se a preferência criada pela lei é constitucional ou não.

Outro ponto relevante neste julgamento é que, com iguais características ao julgamento da medida cautelar anterior, a definição trazida pelo Supremo do que seria norma geral não clareia o que já prescreve o texto constitucional. Assim sendo, não fica claro como é que a definição de normas gerais como princípios se aplica em situações concretas, em que medida esta definição auxilia nos fundamentos das decisões, quanto ela efetivamente contribui para a construção de um entendimento da Corte, bem como qual o passo dado até a conclusão de cada voto.

Por outro lado, essa definição mais ampla do que seria norma geral talvez espelhe que a pretensão dos ministros é de analisar o caso concreto, avaliando se em uma determinada situação a União estaria invadindo a competência dos demais entes federativos, ou não, e vice-versa, ao invés de criar conceitos que possam criar dificuldades para solução de casos futuros.

Além disso, é possível que essa seja uma forma de evitar a diminuição do espaço de atuação dos Estados, Distrito Federal e Municípios deixando-os mais independentes para legislar a sua maneira, desde que repetidos os parâmetros e princípios extraídos das normas gerais. Isto porque a Corte poderia ter entendimento diverso e afirmar que tudo o que está contido na lei 8.666/93 é norma geral, dando à União a prerrogativa de delimitar seu próprio campo de atuação e conseqüentemente retirando uma parte significativa do poder dos demais entes de disciplinar a matéria²². Mas não foi esse o entendimento adotado pelo Supremo. Ao contrário, adotou uma definição ampla dos conceitos de norma geral e específica, possibilitando aos Estados, Distrito Federal e Municípios maior espaço de ação como, por exemplo, no caso analisado anteriormente, possibilitar que cada ente federativo tenha a capacidade de dispor de seus bens.

3.3. ADI-MC 1668

Outra decisão interessante para a discussão da competência dos entes para legislar acerca de licitação e contratos públicos é ADI-MC 1668²³, na qual são impugnados diversos dispositivos da lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações. No total, 29 dispositivos são atacados nesta ação, mas, para esta pesquisa, apenas são relevantes a impugnação dos arts. 22, II; art. 54, parágrafo único; art. 55; art. 56; art. 57; art. 58; art. 59; art. 89, no que se refere à expressão “as disposições desta lei e, especialmente” e incisos I a X; art. 91 e todas as remissões a ele feitas em outros

²² Para aprofundamento da questão, ler: SILVA, Virgílio Afonso da. Federalismo e articulação de competências no Brasil. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon (Orgs.). Administração pública: Coletânea. São Paulo: Unesp, p. 549-570.

²³ STF: ADI 1668 MC, Rel. Marco Aurélio, j. 20/08/1998.

dispositivos; art. 119, no que se refere à expressão “simplificado”, “nos termos por ela regulados”, e “ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91”; e art. 210.

Com relação ao art. 22, II²⁴, os autores da ação, PC do B e PT, discorrem sobre a impossibilidade de o Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações editar normas de licitação e contratação, pois a competência para legislar sobre este assunto está disposta no texto constitucional como sendo da União, e não de um órgão de agência reguladora.

O Min. Marco Aurélio, relator, afirma que a competência dada ao Conselho deve se limitar às peculiaridades dos serviços de telecomunicações, não sendo permitido afastar as normas gerais e específicas do sistema de licitação. Acompanhando esse entendimento, o Min. Nelson Jobim acrescenta que as normas expedidas pelo Conselho Diretor são normas específicas de licitação, considerando que o sistema de telecomunicações é “algo de tecnologia de ponta” (p.166). Desse modo, a Corte empresta ao artigo interpretação conforme, sem redução de texto, com o objetivo de consolidar o entendimento de que a competência do Conselho fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratos já existentes no ordenamento.

Esse mesmo padrão de análise é seguido para o art. 59²⁵, da lei nº 9.472/97. Os ministros emprestam interpretação conforme ao dispositivo, sem redução de texto, pois a contratação deve ser feita considerando-se como regra o processo licitatório estabelecido na lei nº 8.666/93, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Octavio Gallotti, Moreira Alves e Sydney Sanches, que o indeferiam, pois entenderam que a União pode editar normas específicas sobre o tema, desde que em conformidade com as normas gerais.

²⁴ Art. 22. Compete ao Conselho Diretor:

(...)

II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;

²⁵ Art. 59. A Agência poderá utilizar, mediante contrato, técnicos ou empresas especializadas, inclusive consultores independentes e auditores externos, para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para as atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.

Já no que concerne aos arts. 54, parágrafo único, 55, 56, 57 e 58²⁶, serão analisados em conjunto, pois apresentam relação recíproca. Pela leitura do art. 54, somente as obras e serviços de engenharia civil estariam sob o crivo da Lei Geral de Licitações. Para os demais casos, seriam utilizadas as modalidades “pregão” e “consulta”, introduzidas pela lei nº 9.472/97. Alegam os autores que as novas modalidades de licitação, criadas

²⁶ Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública.

Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Art. 55. A consulta e o pregão serão disciplinados pela Agência, observadas as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do procedimento licitatório é, por meio de disputa justa entre interessados, obter um contrato econômico, satisfatório e seguro para a Agência;

II - o instrumento convocatório identificará o objeto do certame, circunscreverá o universo de proponentes, estabelecerá critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato;

III - o objeto será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

IV - a qualificação, exigida indistintamente dos proponentes, deverá ser compatível e proporcional ao objeto, visando à garantia do cumprimento das futuras obrigações;

V - como condição de aceitação da proposta, o interessado declarará estar em situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social, fornecendo seus códigos de inscrição, exigida a comprovação como condição indispensável à assinatura do contrato;

VI - o julgamento observará os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, comparação objetiva e justo preço, sendo o empate resolvido por sorteio;

VII - as regras procedimentais assegurarão adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos razoáveis para o preparo de propostas, os direitos ao contraditório e ao recurso, bem como a transparência e fiscalização;

VIII - a habilitação e o julgamento das propostas poderão ser decididos em uma única fase, podendo a habilitação, no caso de pregão, ser verificada apenas em relação ao licitante vencedor;

IX - quando o vencedor não celebrar o contrato, serão chamados os demais participantes na ordem de classificação;

X - somente serão aceitos certificados de registro cadastral expedidos pela Agência, que terão validade por dois anos, devendo o cadastro estar sempre aberto à inscrição dos interessados.

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após a etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I - para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II - quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III - para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV - quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de consulta tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

pela lei, viriam a flexibilizar as contratações públicas, matéria esta que só poderia ser tratada por norma geral, o que não ocorreria no caso.

Nesta decisão, no que se refere aos dispositivos supracitados, o STF, por maioria apertada de 6 a 5, decidiu que a Lei Geral de Telecomunicações poderia sim criar modalidade de licitação. A Corte dividiu-se em duas linhas argumentativas: a primeira, conduzida pelo Min. Marco Aurélio, relator, entende que “ao dispor sobre as modalidades ‘consulta’ e ‘pregão’, [a lei] acaba por esvaziar a razão de ser da existência de uma norma geral, tal como prevista” na Constituição Federal” (p. 171). Isto porque, o art. 22, XXVII, da Carta Magna já estabelece que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, entendendo que cabe à norma geral tratar sobre o tema.

A partir da leitura do voto do relator, é possível extrair o entendimento de que, para ele, só seria possível a existência de uma única norma geral em matéria de licitação, que esgotaria todas as modalidades licitatórias, bem como só seria possível um único regime aplicável a todas as modalidades de licitação, ou seja, não poderiam ser criados regimes específicos para modalidades específicas. Assim, se o art. 22 da lei nº 8.666/93, Lei Geral de Licitações, traz cinco modalidades de licitação, nenhuma outra lei poderia criar nova modalidade. Essa exegese é seguida pelos Ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello, presidente à época.

Adotando linha vencedora, o Min. Nelson Jobim inicia seu voto afirmando que, com relação a este tema, a lei nº 8.666/93 “não tem nada de geral” (p. 175), pois não deixa espaço para os demais entes exercerem sua competência complementar. Sustenta o ministro que a Constituição não exigiu que o legislador editasse apenas uma única lei que estabeleça todas as modalidades de licitação e contratação e esclarece que é possível que outras leis federais, além da lei nº 8.666/93, contenham normas gerais de licitação e contratos. Desse modo, observa que, ainda que a Lei Geral de Telecomunicações seja norma específica, ela tem permissão constitucional para criar modalidade de licitação porque é lei federal, assim como a lei nº 8.666/93.

Apesar dessa divergência, todos os ministros concordam que lei regional, estadual ou municipal, não pode criar modalidade de licitação, assunto que, na visão deles, só pode ser tratado por norma geral, portanto, por lei federal. Na verdade, observa-se que o voto do Min. Nelson Jobim, de certa forma, não é totalmente contrário ao voto do Min. Marco Aurélio. Eles partem do mesmo pressuposto, de que a Constituição obriga que modalidade de licitação seja tratada por lei federal, para chegarem a conclusões diferentes: o primeiro entende que qualquer lei federal, pode dispor sobre modalidades de licitação, enquanto o segundo sustenta que apenas uma única lei federal poderia tratar da matéria, no caso, a lei nº 8.666/93.

Interessante ressaltar que a lei nº 9.472/97, ainda que seja lei específica de telecomunicações, pôde tratar sobre matéria de norma geral. Isto é, o Supremo decidiu que uma única lei federal pode conter, ao mesmo tempo, norma geral e específica sobre licitações e contratos, o que se coaduna com o julgamento da ADI-MC 927, na qual ficou decidido que alguns dispositivos da lei nº 8.666/93 eram normas específicas, apesar de seu art. 22, que define modalidades de licitação, ter sido considerado veiculador de normas gerais na ADI-MC 1668. Neste sentido, os dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações não se estenderiam aos demais entes federativos, pois se trata de lei específica, salvo os artigos considerados como veiculadores de normas gerais pelos ministros.

Por outro lado, o fato de a Corte ter decidido que não há afronta à Constituição quando lei específica, desde que federal, cria novas modalidades de licitação, não deixa claro se qualquer lei federal, mesmo sem pertinência temática, pode tratar sobre o assunto de norma geral e, ainda, se lei federal pode dispor sobre qualquer assunto reservado à norma geral ou só sobre modalidade de licitação.

Vale notar, no que se refere a estes dispositivos, que o STF não tem um posicionamento tão bem definido, visto que a decisão foi tomada por maioria apertada, como dito acima. De todo modo, é possível extrair a ideia de que a lei nº 8.666/93 não esgotou a competência da União para editar normas gerais e que lei federal específica pode tratar sobre modalidade de

licitação, ainda que este seja tema para norma geral. Isto porque os conceitos de lei específica e norma específica não se confundem.

No tocante à expressão “as disposições desta lei e, especialmente” e incisos I a X, do art. 89²⁷, o dispositivo é interpretado a depender do posicionamento assumido pelos ministros quanto à constitucionalidade dos arts. 54 a 59. Assim, a parte dos ministros que entende que a lei nº 9.472/97 não poderia criar modalidade de licitação, sustenta que não há porque subsistir o texto do art. 89, já que ele discorre sobre o procedimento da consulta e pregão. Do mesmo modo, aqueles ministros que entendem que lei específica pode criar nova modalidade de licitação, afirmam que o art. 89 é constitucional. Portanto, como esta última corrente foi vencedora, a cautelar foi indeferida para o dispositivo em análise, vencidos os Ministros Relator Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Celso de Mello.

Em se tratando do art. 91²⁸, o Min. Rel. Marco Aurélio, entende que o tema da inexigibilidade é de importância maior, portanto, apenas pode ser

²⁷ Art. 89. A licitação será disciplinada pela Agência, observados os princípios constitucionais, as disposições desta Lei e, especialmente:

I - a finalidade do certame é, por meio de disputa entre os interessados, escolher quem possa executar, expandir e universalizar o serviço no regime público com eficiência, segurança e a tarifas razoáveis;

II - a minuta de instrumento convocatório será submetida a consulta pública prévia;

III - o instrumento convocatório identificará o serviço objeto do certame e as condições de sua prestação, expansão e universalização, definirá o universo de proponentes, estabelecerá fatores e critérios para aceitação e julgamento de propostas, regulará o procedimento, determinará a quantidade de fases e seus objetivos, indicará as sanções aplicáveis e fixará as cláusulas do contrato de concessão;

IV - as qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, bem como as garantias da proposta e do contrato, exigidas indistintamente dos proponentes, deverão ser compatíveis com o objeto e proporcionais a sua natureza e dimensão;

V - o interessado deverá comprovar situação regular perante as Fazendas Públicas e a Seguridade Social;

VI - a participação de consórcio, que se constituirá em empresa antes da outorga da concessão, será sempre admitida;

VII - o julgamento atenderá aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório e comparação objetiva;

VIII - os fatores de julgamento poderão ser, isolada ou conjuntamente, os de menor tarifa, maior oferta pela outorga, melhor qualidade dos serviços e melhor atendimento da demanda, respeitado sempre o princípio da objetividade;

IX - o empate será resolvido por sorteio;

X - as regras procedimentais assegurarão a adequada divulgação do instrumento convocatório, prazos compatíveis com o preparo de propostas e os direitos ao contraditório, ao recurso e à ampla defesa.

²⁸ Art. 91. A licitação será inexigível quando, mediante processo administrativo conduzido pela Agência, a disputa for considerada inviável ou desnecessária.

§ 1º Considera-se inviável a disputa quando apenas um interessado puder realizar o serviço, nas condições estipuladas.

tratada por norma geral, não se conformando com o instituto da desnecessidade, contida no dispositivo. Esse entendimento apresenta consistência se comparado com o voto proferido pelo ministro nos demais artigos impugnados nesta ADI. Como visto anteriormente, para ele, só é possível a existência de uma única lei federal que veicule normas gerais, a lei nº 8.666/93. Portanto, afirma que há a necessidade de se observar os preceitos trazidos por esta lei, "sendo que as hipóteses de inexigibilidade estão nela previstas em dispositivos²⁹ que as exaurem" (p. 204).

Adotando corrente vencedora, o Min. Nelson Jobim inicia a divergência sustentando que o art. 25, da Lei Geral de Licitações, apenas exemplifica três casos de inexigibilidade de licitação, pois usa a palavra "em especial". Afirma o ministro que, em se tratando de inexigibilidade, a lei nº 8.666/93 "é ampla, abstrata e está sujeita a definição da própria autoridade administrativa" (p.206), diferentemente do que ocorre com a lei nº 9.472/97, que de antemão define o que é inviabilidade de competição para em seguida exigir o procedimento administrativo que garanta essa inviabilidade. Portanto, a lei nº 9.472/97 seria mais restritiva nos casos de inexigibilidade do que a lei nº 8.666/93, que contém texto aberto. Desse modo, indefere a liminar. Essa exegese é seguida pelos demais ministros, com exceção do Min. Marco Aurélio, que a deferia.

§ 2º Considera-se desnecessária a disputa nos casos em que se admita a exploração do serviço por todos os interessados que atendam às condições requeridas.

§ 3º O procedimento para verificação da inexigibilidade compreenderá chamamento público para apurar o número de interessados.

²⁹ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Neste julgamento, apesar de o ministro relator se manifestar no sentido de que inexigibilidade de licitação é assunto para norma geral, não fica claro qual o posicionamento da corrente vencedora formada pelos demais ministros.

O art. 91, da lei nº 9.472/97, é norma específica, pois discorre sobre processo administrativo conduzido pela própria agência reguladora, logo, não é possível que esse dispositivo seja aplicado de maneira uniforme em todo país. Neste sentido, não fica claro como é que o Min. Nelson Jobim e seus pares entendem a inexigibilidade de licitação.

Uma primeira interpretação possível é a de que inexigibilidade pode ser tratada por norma específica, isto é, todos os entes poderiam dispor sobre o tema. Entretanto, não parece que esse seja a melhor interpretação dos votos, pois, nota-se que os ministros enxergam a importância da matéria, tanto é que o Min. Nelson Jobim afirma que não é desejável que a autoridade administrativa fique aberta para um conceito de "inviabilidade de competição".

Uma segunda interpretação é a de que os ministros afirmam que inexigibilidade é matéria de competência de norma geral, mas que o art. 25, da lei nº 8.666/93, traria um rol exemplificativo, portanto, qualquer lei federal poderia tratar do tema, pois seria considerada norma geral. O problema dessa interpretação é que haveria uma grande discricionariedade por parte da Administração Federal para decidir quando há inviabilidade de competição, e, a partir de seus votos, não parece que os ministros tenham este entendimento.

Outra visão possível é a de que os ministros entendam que inexigibilidade de competição é tema para norma geral, mas que, neste caso, por ser a lei nº 9.472/97 mais restritiva do que a lei nº 8.666/93, é possível que seja tratada por norma específica. Neste sentido, a lei nº 9.472/97, mesmo contendo norma específica para inexigibilidade, não afrontaria a Constituição, pois ela tornaria mais difícil a desigualdade entre licitantes, se aproximando da ideia da CF de que licitar é a regra. Assim, o art. 91 seria uma exceção à regra, permitindo que uma norma federal, portanto, não nacional, discorra sobre um assunto de competência de

norma geral. Ainda que não seja possível afirmar com exatidão, essa parece ser a melhor interpretação a partir da leitura dos votos vencedores.

Com relação ao art. 119³⁰, o Tribunal, por unanimidade, concedeu a cautelar por entender que o procedimento licitatório deve respeitar a lei nº 8.666/93. As normas gerais de licitação e contratação são cogentes e a agência não poderia se esquivar dessas exigências legais.

Por fim, em se tratando do art. 210³¹, o Min. Marco Aurélio, concede a cautelar, pois o dispositivo “afasta, de forma plena, o campo de aplicação das normas gerais, previstas na Carta da República” (p. 214).

Com linha argumentativa oposta, o Min. Nelson Jobim sustenta que seria dispensável a referência feita pelo art. 210. Isto porque a lei nº 8.666/93 tem seu âmbito restrito às normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, contratadas com particulares; a lei nº 8.987/95 trata especificamente de serviços públicos, excluindo telecomunicações e; a lei nº 9.074/95 trata de diversos temas como vias férreas, estações aduaneiras, exploração de obras, serviços federais de barragens e eclusas, etc. Dessa forma, essas leis têm universos específicos de incidência, que não incluem os serviços de telecomunicações. “A Lei Geral de Telecomunicações disciplinou, de forma completa e exaustiva, as concessões, permissões e autorizações relativas aos serviços de que trata” (p.236). Por isso, indefere a cautelar e é seguido pelos demais ministros, com exceção do relator, que a concedia.

3.4. ADI 2416

A lei nº 8.666/93 surge para regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Por isso, antes de começar a discorrer sobre a

³⁰ Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

³¹ Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações.

decisão, cumpre ressaltar que para casos que envolvam dispensa ou inexigibilidade de licitação, os ministros, normalmente, interpretam o art. 22, XXVII, da Constituição em conformidade com o art. 37, XXI, da Carta. Isto porque o processo de licitação em bases igualitárias é a regra constitucional, por isso, a relativização ou flexibilização do princípio isonômico da licitação é matéria de norma geral, feita por lei federal, já que o art. 37, XXI, da CF, se inicia com a locução “ressalvados os casos especificados na legislação”.

Com relação à dispensa de licitação, a afirmativa de que cabe apenas à lei federal legislar sobre o tema é citada em vários acórdãos³². Para os ministros, o rol do art. 24³³, da lei nº 8.666/93 é taxativo, justamente porque, como dito acima, a regra é a obrigatoriedade da licitação, não podendo a Administração dispensá-la quando assim lhe convier. Além disso, “à lei federal é vedado criar hipótese de afastamento de licitação aplicável apenas a um dos entes federativos (no caso, à União)”³⁴. Isto acontece justamente porque a matéria de dispensa é tratada por norma geral, portanto aplicável a todos os entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e Município, indistintamente.

Por sua vez, com relação à inexigibilidade de licitação, o entendimento da Corte não se mostra tão bem consolidado, conforme se verá a seguir.

Trata-se de ADI 2416³⁵, proposta em face de diversos dispositivos³⁶ da lei distrital nº 2.689/01³⁷, dentre os quais, apenas são relevantes para

³² De maneira mais superficial, vide voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI-MC 927, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 03/11/1993. Para maior aprofundamento, veja ADI-MC 1824, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. em 10/06/1998, RE 423560, Rel. Joaquim Barbosa, julg. em 29/05/2012 e, principalmente, ADI 2416, Rel. Eros Grau; Rel. p/ acórdão Ricardo Lewandowski, julg. em 12/12/2012.

³³ Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

³⁴ ADI 2416, voto do Min. Carlos Britto, p. 29.

³⁵ STF: ADI 2416, Rel. Eros Grau; Rel. p/ acórdão Ricardo Lewandowski, j. 12/12/2012.

³⁶ Art. 2º A Companhia Imobiliária de Brasília – TERRACAP, com a participação da Secretaria de Estado de Assuntos Fundiários e da Secretaria de Estado de Agricultura e Abastecimento, promoverá, nos termos desta Lei, a alienação do imóvel rural sob a forma de venda direta ou mediante licitação, na modalidade de concorrência pública.

§ 1º Poderá adquirir o domínio aquele que, sendo arrendatário ou concessionário rural, estiver produzindo em terras rurais do Distrito Federal, levando-as a cumprir a sua função social, dispensada a licitação, mediante o pagamento do valor da terra nua, acrescido das despesas de vistoria e das taxas de administração, calculados na forma prevista nesta Lei.

(...)

Art. 10. A alienação das terras públicas rurais do Distrito Federal será efetuada por:

esta pesquisa as seguintes expressões: “venda direta ou mediante”, no caput do art. 2º; “dispensada a licitação”, no § 1º do art. 2º; “venda direta ou”, no inc. I do art. 10; e “dispensada a licitação”, no § 2º do art. 11. A lei estabelece a alienação, sem licitação, de terras públicas rurais pertencentes à Companhia Imobiliária de Brasília (TERRACAP) aos que estiverem ocupando a terra e lá produzindo, cumprindo, assim, a função social da propriedade.

O Partido dos Trabalhadores, autor da ação, alega invasão de competência privativa da União, pois dispensa de licitação é matéria de norma geral. Em defesa, a Câmara Legislativa do Distrito Federal afirma que agiu em consonância com o art. 17, I, *g*³⁸, da lei nº 8.666/93, que preceitua que a licitação é dispensável “nos procedimentos de legitimação de posse”. No caso em tela, com relação a estes dispositivos, a Corte, por maioria, declarou a sua constitucionalidade.

Formaram-se três posicionamentos. A primeira linha de argumentação, iniciada pelo Min. Rel. Eros Grau, defende que a lei distrital teria usado de forma errônea o termo dispensa, pois, na verdade, há autêntica inexigibilidade de licitação decorrente da inviabilidade de competição, já que apenas quem estiver produzindo na terra é que pode

I - venda direta ou licitação;

(...)

Art. 11. A regularização e legitimação da ocupação prevista nesta Lei visam a atender ao ocupante da área de até 150 ha (cento e cinquenta hectares) que efetivamente ocupe terras rurais, tornando-as produtivas com o seu trabalho e o de sua família, preenchidos os seguintes requisitos:

(...)

§ 2º A legitimação da ocupação constituir-se-á em título para habilitação na aquisição do domínio, cujo instrumento conterá obrigatoriamente cláusula de inalienabilidade pelo prazo de dez anos, com o pagamento pelo valor da terra nua, acrescido das taxas de administração, medição e demarcação, dispensada a licitação.

³⁷ O inteiro teor da lei pode ser encontrado em: <http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaLegislacao!input.action>

³⁸ Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

adquirir sua propriedade. Ao que conclui que, por ser hipótese de inexigibilidade de licitação decorrente de situação de inviabilidade de competição, não cabe à norma geral ou específica regular a matéria de forma taxativa. Isto porque a inviabilidade de competição constitui um “evento do mundo do ser, não do mundo do dever-ser jurídico” (p. 12). Por isto, entende que o art. 25, da lei nº 8.666/93 dá apenas alguns exemplos de casos que envolvam inviabilidade de competição.

Neste sentido distingue ambos os conceitos, dispensa e inexigibilidade, afirmando que “na dispensa, a lei autoriza a Administração, excepcionalmente, contratar sem licitação. Atua, aí, a conveniência administrativa. (...) Já no que concerne aos casos de inexigibilidade de licitação, ao contrário, não incide o dever de licitar. A não realização da licitação decorre não de razão de conveniência administrativa, mas de inviabilidade de competição. Repito: lei não cria hipóteses de inexigibilidade. (...) Estas (...) constituem eventos do mundo do ser, não criações gestadas no mundo do dever-ser jurídico” (p. 12 e 13). Este entendimento foi acompanhado pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Carmen Lúcia, Cezar Peluso e Gilmar Mendes.

A segunda posição, iniciada pelo Min. Ricardo Lewandowski e acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, sustenta que dispensa de licitação, como ocorre no caso, é matéria de norma geral e, portanto, apenas lei federal poderia tratar do assunto. Com relação ao art. 17, I, g, da lei nº 8.666/93, afirma que essa alínea foi inserida posteriormente a edição da lei distrital, de modo que não se tem contemplada a situação jurídica que a lei federal veio a prever. Assim, julga procedente a ação para declarar os dispositivos inconstitucionais.

A terceira corrente, iniciada pelo Min. Carlos Britto, entende que na hipótese dos autos trata-se de dispensa. Isto porque não há inviabilidade de competição, pois é possível haver outros interessados que também possam desempenhar a finalidade a que se destina a alienação. “Prova disso é que, se o possessor deixar de pagar o preço da terra (...), o imóvel será ofertado a outros interessados mediante licitação” (p. 24). Sendo caso de dispensa de licitação, só lei federal poderia tratar do assunto. Posteriormente, o ministro passa a analisar o art. 17, I, g, da lei nº 8.666/93, e demonstra

que, mesmo que a alínea *g* tenha sido acrescentada posteriormente à edição da lei distrital, essa hipótese de dispensa já existia desde 1976 em leis esparsas, sendo incluída na lei nº 8.666/93 apenas “para fins expletivos ou de melhor sistematização normativa” (p. 27). Desse modo, a lei distrital apenas replicaria a dispensa já estabelecida anteriormente em leis federais. Assim, julga improcedente a ação quanto a esses artigos, no que é acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Apesar de essa discussão se mostrar interessante, vale chamar a atenção para a enorme dificuldade que os ministros tiveram para caracterizar a situação como dispensa ou inexigibilidade, tendo ficado entendido pela maioria, Ministros Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello, Carlos Britto, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, que se tratava de dispensa.

Além disso, apesar de todos os ministros concordarem que dispensa é matéria para norma geral, o posicionamento da Corte não é tão consolidado quanto à inexigibilidade. Isto porque os seis ministros que entenderam que estavam diante de um caso de dispensa, não externalizaram seu entendimento a respeito da inexigibilidade e os demais ministros, que entenderam que se tratava de inexigibilidade, afirmaram que este tema não é matéria de norma geral ou específica, sendo situação de fato.

3.5. RE 547063

Caso também importante é o RE 547063³⁹, interposto contra decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que aplicou multa ao requerente, amparado em resolução editada pelo próprio TCE, por não haver encaminhado à Corte de Contas cópia de edital de licitação e, por conseguinte, haver realizado a licitação sem que o plenário tivesse proferido decisão definitiva sobre o tema, em controle prévio dos atos administrativos do Poder Executivo.

³⁹ STF: RE 547063, Rel. Menezes de Direito, j. 07/10/2008.

O recorrente alega que o art. 113, §2º⁴⁰, da lei 8.666/93 não obriga a remessa de cópia de edital ao Tribunal de Contas, apenas possibilita o controle prévio mediante expressa solicitação do TCE, o que não teria ocorrido. Além disso, afirma que não teria descumprido orientação do Tribunal, considerando que seguiu parecer normativo emitido pela Procuradoria do Estado, e, como tal, vinculante a toda a Administração.

O Tribunal de Justiça do Estado denegou a ordem por entender que houve descumprimento do art. 113, §2º da lei nº 8.666/93, não havendo escusa de cumprimento a pretexto de cumprir orientação do Procurador do Estado. O Superior Tribunal de Justiça seguiu com o mesmo entendimento.

Já no STF, o caso obteve um desfecho diferente. Para o Min. Menezes Direito, relator da ação, "sendo da competência da União legislar privativamente sobre as regras gerais do procedimento de licitação e havendo lei federal que estabelece que o controle prévio será efetuado mediante solicitação expressa" (p. 645), não há que se falar em controle prévio automático. Neste sentido, a resolução editada pelo TCE teria invadido a competência privativa da União, sendo assim, a multa imposta não teria razão de existir.

Com entendimento isolado na Corte, a Min. Carmen Lúcia sustenta que não haveria inconstitucionalidade se lei estadual ou municipal dispusesse sobre a obrigatoriedade da remessa das cópias ao TCE, pois o art. 113, §2º é norma específica, assim "há um espaço incontestável de atuação do legislador estadual e municipal" (p. 649). Entretanto, no caso, como não há lei editada pelos demais entes, mas, sim, mera resolução (norma infralegal) do Tribunal de Contas, a base do TCE teria que ser a norma federal, que não obriga a remessa para controle prévio. Note que ambos os ministros dão provimento ao recurso, apesar de terem tido

⁴⁰ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

fundamentações opostas e o Tribunal dá provimento ao recurso por unanimidade.

Vale destacar que a Min. Carmen Lúcia admite a possibilidade de que uma lei estadual ou municipal obrigue a remessa de cópia do edital de licitação ao Tribunal de Contas, por compreender que se trata de assunto para norma específica. Todavia, para os demais ministros, o art. 113, §2º é norma geral, estendendo-se a todos os entes da federação.

3.6. ADI-MC 1824

Trata-se da ADI-MC 1824 ⁴¹, na qual se questiona a constitucionalidade do §1º, do art. 163⁴², da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, que estabelece que na hipótese de privatização de empresas públicas e sociedades de economia mista, as cooperativas formadas por seus funcionários terão preferência em assumi-las.

O Governador do Rio Grande do Sul, autor da ação, alega que qualquer venda estatal só poderá ocorrer mediante procedimento licitatório e que, apesar de a Constituição Federal em seu art. 174, §4º⁴³, excepcionar ao prever a prioridade das cooperativas na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas minerais garimpáveis, o legislador federal ou estadual não podem instituir outra forma de incentivo ou privilégio às cooperativas que venha a desigualar licitantes e tornar inviável a competição. Desta forma, indica que há ofensa ao art. 37, XXI, haja vista

⁴¹ STF: ADI-MC 1824, Rel. Néri da Silveira, j. 10/06/1998.

⁴² Art. 163. Incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente ou, através de licitação, sob regime de concessão ou permissão, devendo garantir-lhes a qualidade.

§ 1.º Na hipótese de privatização das empresas públicas e sociedades de economia mista, os empregados terão preferência em assumi-las sob forma de cooperativas.

⁴³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

que a regra constitucional é o procedimento licitatório que proporcione igualdade de condições a todos os licitantes. Ademais, afirma que há violação do art. 22, XXVII, a CF, pois é vedado aos Estados legislar sobre normas gerais de licitação.

O Min. Néri da Silveira, relator da ação, assevera que licitar é a regra constitucional e que, portanto, o §1º, art. 163, da CE/RS, deve ser visualizado e interpretado em conjunto com seu caput, que assegura que a prestação de serviço público por particular será feita através de licitação, não sendo possível visualizar o §1º como dispensa. Com esse raciocínio ele se pergunta como compreender, então, a preferência assegurada aos empregados das cooperativas, e, logo em seguida, responde dizendo que essa preferência seria permitida somente quando se verificar equivalência de propostas com os demais competidores. Desse modo, defere em parte a cautelar a fim de dar, sem redução de texto, interpretação conforme ao dispositivo, de tal maneira que a preferência nele previsto ocorra apenas quando se encontrarem propostas equivalentes, no que é seguido pelos Ministros Ilmar Galvão e Sepúlveda Pertence.

Adotando linha vencedora, o Min. Nelson Jobim inicia a divergência afirmando que o dispositivo rompe o princípio da igualdade entre licitantes, pois elimina toda a possibilidade de concorrência já que, ocorrendo empate, ganhará a concorrência aquele que tem preferência. Assim, defere a liminar para suspender a eficácia da norma do §1º, art. 163 da Constituição Estadual por lesão à Constituição, no que é acompanhado por todos os demais ministros.

Por fim, o Min. Carlos Velloso acrescenta que o dispositivo da Constituição Estadual traz preferência apenas às cooperativas dos empregados e não às cooperativas de modo geral, que a Constituição manda que sejam estimuladas. Desta forma, se alguma outra cooperativa tiver interesse em participar da licitação e tiver sua proposta equivalente com a cooperativa dos empregados, será preterida, violando a isonomia entre licitantes.

É oportuno observar que ainda que o autor também tenha impugnado o dispositivo alegando violação à competência privativa da

União para editar normas gerais sobre licitação e contratos e que os ministros tenham ficado presos apenas ao art. 37, XXI, da CF, isto não impossibilita a realização de uma análise deste caso, desde que formulada a partir da somatória das interpretações retiradas dos demais julgamentos da Corte.

Esta decisão confirma o entendimento adotado até agora por este Tribunal de que a regra constitucional é licitar e que, conseqüentemente, leis locais (estaduais ou municipais) não podem criar hipóteses que relativizem os princípios da obrigatoriedade de licitação e isonomia entre licitantes.

Ademais, vale ressaltar que, no caso, se houvesse lei federal trazendo preferência à cooperativa dos empregados, ela também seria considerada inconstitucional, ferindo o art. 37, XXI, da CF. Isto porque ficou decidido que um dispositivo assim eliminaria toda a possibilidade de concorrência, além de excluir a oportunidade das demais cooperativas vencerem em caso de empate.

Por outro lado, ao que tudo indica, seria permitido que lei federal criasse preferência a cooperativas de modo geral, já que cabe à União editar normas gerais sobre o tema, além de a Constituição Federal expressamente apoiar e estimular o cooperativismo, conforme o §2º, art. 174⁴⁴.

3.7. ADI 3670

Cuida-se de ADI 3670⁴⁵, na qual é arguida inconstitucionalidade da lei distrital nº 3.705/05, que proíbe a Administração de contratar empresas que comprovadamente possuam funcionários que estejam com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito. O Governador do Distrito

⁴⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

⁴⁵ STF: ADI 3670, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 02/04/2007

Federal, autor da ação, alega que a lei estabelece condição para as contratações da Administração Pública e que essa matéria estaria dentro da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, portanto, a lei distrital afrontaria o art. 22, XXVII, da Constituição. O Tribunal, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade da referida lei.

Para o Min. Rel. Sepúlveda Pertence, a questão girou em torno do binômio generalidade *versus* especificidade da lei. Isto porque a lei atacada “estabelece um critério a ser observado de modo geral nos contratos administrativos” (p. 119), então, tratar-se-ia de lei com abstração, generalidade e impessoalidade, o que não caracterizaria norma específica, atinente a particularidades locais, “mas, sim, de norma geral de incapacitação para licitar” (p. 119). Desse modo, entende que houve usurpação de competência privativa da União, uma vez que proibição de licitar em função de critério, como é o caso, fere a igualdade de condições de todos os concorrentes, portanto, deveria estar prevista em norma geral.

Note que esta decisão segue na mesma linha do julgamento da medida cautelar anterior, pois entende que dispositivos que estabelecem critérios a serem observados de modo geral nos contratos devem ser tratados por normas gerais.

3.8. RE 423560

Até aqui, como se viu, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se pode abrir exceção do caráter isonômico da licitação em norma específica, pois assim preceitua o art. 37, XXI, da CF, cabendo apenas à norma geral trazer hipóteses de dispensa e impedimentos/incapacitação para licitar.

Contudo, a Corte entendeu de maneira diferente no RE 423560⁴⁶, interposto em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas

⁴⁶ STF: RE 423560, Rel. Joaquim Barbosa, j. 29/05/2012.

Gerais que declarou a inconstitucionalidade do art. 36⁴⁷ da Lei Orgânica do Município de Brumadinho. O dispositivo atacado proíbe a Administração Municipal de contratar com o Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

O recorrente, Município de Brumadinho, alega que não há invasão da competência privativa da União, estabelecida no art. 22, XXVII, da Carta, visto que a lei foi editada dentro do limite de suas competências, assegurada pelo art. 30, II, da CF, e art. 171, II⁴⁸, da Constituição Estadual.

O Min. Joaquim Barbosa, relator da ação, inicia seu voto sustentando que a lei municipal homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes, trazendo com si a real e isonômica competição entre os licitantes. E mais, o ministro cita o art. 90⁴⁹, da lei nº 8.666/93, para afirmar que não há expressamente restrição à contratação com parentes dos administradores como há no art. 36 da Lei Orgânica do Município de Brumadinho. Assim, entende que na ausência de vedação ou permissão acerca deste assunto, abre-se o campo para a liberdade de

⁴⁷ Art. 36. O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o 2º grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, não poderão contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

⁴⁸ Art. 171 – Ao Município compete legislar:

(...)

II – sobre os seguintes assuntos, entre outros, em caráter regulamentar, observadas as peculiaridades dos interesses locais e as normas gerais da União e as suplementares do Estado:

(...)

⁴⁹ Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

atuação dos demais entes federativos de acordo com suas particularidades locais, até que sobrevenha norma geral sobre o tema. Por fim, cita a ADI 3670, na qual se formou entendimento de que normas locais devem observar os artigos 22, XXVII e 37, XXI, da CF, assegurando igualdade de condições de todos os concorrentes. Desta forma, dá provimento ao recurso para declarar a constitucionalidade da norma, no que é seguido por todos os seus pares.

No que se refere a esta decisão, vale ressaltar, em primeiro lugar, que esta foi a única vez que um ministro utilizou o argumento de que na ausência de vedação ou permissão legal, há liberdade de atuação para os entes legislarem de acordo com suas particularidades. Esta afirmação está disposta no §3º, do art. 24, da Constituição, que estabelece que “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades”. Isto significa dizer que o ministro trabalha com a hipótese de que a competência privativa da União, na verdade, tem “status” de competência concorrente, caso contrário, não haveria que se falar em competência dos Estados, já que a União legislaria de forma plena.

Além disso, não fica bem definido como é que o Min. Joaquim Barbosa e seus pares enxergam o art. 9º, da lei nº 8.666/93, se como norma geral ou específica. Uma primeira interpretação existente é a de que o ministro entende que o art. 9º apresentaria um rol exemplificativo de proibição para licitar e tratar-se-ia de norma geral. Se esse fosse o caso, apenas lei federal poderia dispor sobre o assunto, já que é de competência da União e, portanto, teria negado provimento ao recurso, o que não aconteceu. Uma segunda possibilidade seria a de que o art. 9º apresentaria um rol exemplificativo de proibição para licitar, mas seria norma específica, portanto, não se estendendo aos demais entes federativos. Nesta hipótese, seria possível que lei municipal tratasse do tema. Entretanto, este entendimento não seguiria a linha argumentativa até agora adotada pela Corte, visto que qualquer ente federativo poderia usar sua discricionariedade para criar hipóteses de proibição de licitar, o que geraria insegurança jurídica, além de não estar em sintonia com o preceito

constitucional da igualdade entre licitantes, previsto no art. 37, XXI, da Carta da República.

Acontece que, ao que parece, o ministro fez uma interpretação sistemática da Constituição e chegou a uma terceira conclusão. Ele acrescentou o conceito da moralidade e fez com que a partir dele fosse possível excepcionar-se a regra de que proibição de licitar é matéria para norma geral. Isto é, para o ministro, este seria assunto para norma geral, todavia, como moralidade, tal como igualdade entre licitantes, é preceito igualmente buscado pela Constituição, permitiu que lei municipal criasse tal vedação.

Ainda dentro da análise do art. 9º e partindo do pressuposto de que o ministro vê proibição de licitar como norma geral, não fica claro também se ele adota a terceira interpretação, demonstrada acima, ou se entende que não havendo no art. 9º expressamente restrição à contratação com parentes dos administradores, podem os demais entes legislar sobre o assunto até que sobrevenha norma geral que expressamente a vede ou permita.

De qualquer forma, analisando este caso, é possível considerar que talvez o princípio da isonomia/igualdade entre licitantes tenha sido mitigado em prol da moralidade.

3.9. ADI-MC 2338 e ADI 2665

Durante a elaboração desta pesquisa, dois casos destacaram-se pela sua semelhança recíproca.

A primeira decisão é a ADI-MC 2338⁵⁰, interposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina em face do inteiro teor da lei estadual nº 11.375/00, que dispõe sobre a instalação de controladores eletrônicos de velocidade e de semáforo nas rodovias do território catarinense. Apesar de

⁵⁰ STF: ADI-MC 2338, Rel. Moreira Alves, j. 23/05/01.

a lei ter sido impugnada em sua integralidade, apenas os artigos 4º, 5º e 6º⁵¹ são relevantes para o tema desta pesquisa.

Alega o requerente que estes dispositivos invadem a competência legislativa da União para editar normas gerais de licitação e contratos, podendo os Estados legislarem sobre esta matéria desde que lei complementar autorize expressa e especificamente. Vale lembrar que o argumento utilizado pelo autor de que é necessária a edição de lei complementar para que os Estados possam legislar sobre o assunto deriva do parágrafo único do art. 22, da Carta da República, de acordo com o que foi anteriormente explicitado. De qualquer forma, a Corte não enfrenta essa questão durante o julgamento e, sem grandes novidades, é possível entender que não é necessária a edição desta lei.

Para o Min. Rel. Moreira Alves, não há invasão de competência da União, visto que os dispositivos não possuem natureza de normas gerais pela especificidade do tema que apresentam como, no caso, licitação e contratação que tenham por objeto equipamentos eletrônicos controladores de trânsito. Isto é, o relator pressupõe que pela especificidade da locação de equipamentos eletrônicos controladores de trânsito, tratar-se-ia de norma específica, e, portanto, cada ente teria liberdade para legislar sobre o assunto. Desse modo, se a União editasse uma norma tratando da

⁵¹ Art. 4º É defeso ao Estado e aos municípios a deflagração de processos de aquisição de controladores eletrônicos de velocidade mediante financiamento, tanto pelo fornecedor quanto por instituições financeiras.

§ 1º Incumbe aos órgãos adquirentes de equipamentos eletrônicos de velocidade, exigir no processo licitatório pertinente, a concessão de garantia incondicional de, no mínimo dois anos, de forma a desonerar o erário de qualquer pagamento referente à manutenção neste período.

§ 2º Após a data termo dos contratos vigentes relacionados à manutenção de equipamentos instalados, havendo renovação ou nova contratação, esta limitar-se-á ao valor de dois por cento mensais do custo médio atual dos equipamentos para a remuneração dos serviços necessários à manutenção e às aferições.

Art. 5º É permitido a título de remuneração pelos serviços necessários às aferições incumbidas aos órgãos oficiais, a contratação do fornecedor ou de prestador de serviços, o pagamento de até um por cento do valor do equipamento instalado por mês.

Art. 6º No caso de locação de equipamento controlador, o respectivo contrato deverá prever o local onde este deverá ser instalado, não sendo admitida relocação do equipamento sob o mesmo termo contratual.

Parágrafo único - O custo da locação é limitado em três por cento do valor médio do equipamento na data da contratação, não podendo o contrato estender por período superior a quarenta e oito meses, aceitos acréscimos de manutenção no limite preconizado no § 3º do art. 2º, a partir do vigésimo quinto mês.

matéria, ela não se estenderia aos demais entes federativos, tornando-se uma norma federal, mas não nacional.

Na lógica empregada pelo Min. Rel. Moreira Alves, os dispositivos estariam de acordo com a Constituição e a medida cautelar não seria concedida, contudo o ministro cria fundamentação de inconstitucionalidade diversa da apresentada pelo autor para sustentar que parte do caput do art. 4º desta lei seria inconstitucional. Para ele, a expressão “e os Municípios” contida no art. 4º da lei estende a esses entes federativos a vedação e as restrições à licitação e à contratação dos equipamentos, tendo como consequência invasão da competência deles, prevista no art. 30, I⁵², da Constituição Federal. Essas condições estariam presentes em vários dispositivos como, por exemplo, no parágrafo único do art. 6º, que estabelece valor máximo para o custo da locação. Isto quer dizer que, apesar de o ministro entender que os argumentos trazidos pelo autor não são suficientes para declarar os dispositivos inconstitucionais, ele próprio fundamenta a inconstitucionalidade da expressão “e os Municípios” por entender que as normas relativas à organização do trânsito são de interesse local. Assim, suspende a sua eficácia da expressão, deferindo, em parte, a tutela antecipada, no que é acompanhado por todos os seus pares.

Da análise desse ponto é possível extrair a regra de que lei estadual que restrinja a contratação de equipamentos não pode ser estendida aos Municípios, sob pena de violação do art. 30, I, da CF. E mais, mostra-se relevante a independência que cada ente possui para legislar acerca de determinada matéria, não podendo a União ampliar suas normas aos Estados e Municípios, como também não é possível que os Estados disciplinem o assunto e o estendam aos Municípios.

A segunda decisão é a ADI 2665⁵³, interposta pelo Governador de Santa Catarina em face do inteiro teor da lei estadual nº 12.142/02⁵⁴, que

⁵² Vide nota de rodapé nº 5.

⁵³ STF: ADI 2665, Rel. Carlos Velloso, j. 27/10/2004.

⁵⁴ Art. 1º A contratação de controladores de velocidade nas rodovias estaduais do Estado de Santa Catarina fica limitada às condições estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Considera-se controladores de velocidade para fins de fiscalização os equipamentos com a finalidade de exercer o controle e a fiscalização do trânsito em rodovias estaduais, por meios mecânicos, elétricos e eletrônicos.

Art. 2º Fica assegurado ao Estado de Santa Catarina a contratação de controladores de velocidade para fins de fiscalização, aqueles que possuem avisos sonoros e luminosos,

também dispõe sobre a contratação de controladores de velocidade para fins de fiscalização nas rodovias estaduais. Notadamente essa é a nova versão da lei nº 11.375/00, cuja ADI foi analisada acima.

Novamente, o Governador do Estado de Santa Catarina, autor da ação, alega que há invasão de competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação.

O relator, Min. Carlos Velloso afirma que as condições/limitações trazidas pela lei à contratação de controladores de velocidade nas rodovias estaduais como, por exemplo, a exigência de controladores com avisos sonoros e luminosos, ou ainda, a exigência de que o fornecedor conceda 12 meses de garantia sobre o seu produto, etc., não ferem a competência da União, pois se configuram dentro da competência dos Estados para editar normas específicas sobre licitação e contratos públicos. Por se tratar de norma específica, lei federal que viesse a tratar sobre o assunto não se aplicaria aos demais entes da federação, portanto, esta seria uma norma federal, mas não nacional. Desse modo, lei é declarada constitucional por unanimidade.

permitindo ao usuário ser informado do excesso de velocidade cometido, conforme determina a Resolução 801/95, do CONTRAN.

Art. 3º É proibido ao Estado a deflagração de processo de aquisição de controladores de velocidade para fins de fiscalização, mediante financiamento, tanto pelo fornecedor quanto por instituições financeiras.

§ 1º Incumbe aos órgãos adquirentes de equipamentos controladores de velocidade para fins de fiscalização, exigir no processo licitatório pertinente, a concessão de garantia incondicional de, no mínimo, doze meses, de forma a desonerar o erário de qualquer pagamento referente à manutenção nesse período.

§ 2º Após a data termo dos contratos vigentes relacionados à manutenção de equipamentos instalados, havendo renovação ou nova contratação, esta limitar-se-á ao valor de dois por cento mensais do custo médio atual dos equipamentos para a remuneração dos serviços necessários à manutenção e às aferições.

Art. 4º É permitido a título de remuneração pelos serviços necessários às aferições incumbidas aos órgãos oficiais a contratação do fornecedor ou de prestador de serviços, o pagamento de até um por cento do valor do equipamento instalado por mês.

Art. 5º No caso de qualquer tipo de contratação de equipamento controlador de velocidade para fins de fiscalização, o respectivo contrato deverá prever o local onde este deverá ser instalado, não sendo admitida a recolocação do equipamento sobre o mesmo termo contratual.

Parágrafo único. O custo da locação é limitado em três por cento do valor médio do equipamento na data da contratação, não podendo o contrato estender por período superior a vinte e quatro meses, aceitos acréscimos de manutenção no limite preconizado no § 2º do art. 3º, a partir do décimo terceiro mês. A instalação dos controladores de velocidade para fins de fiscalização nas rodovias estaduais, deverá estar sempre associada às estatísticas de acidentes de trânsito e grau de periculosidade do local de sua instalação.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Fica revogada a Lei nº 11.375, de 18 de abril de 2000 e disposições em contrário.

3.10. ADI 2444

Trata-se da ADI 2444⁵⁵, interposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, em face o inteiro teor da lei nº 11.521/00⁵⁶, a qual obriga o Poder Executivo local a divulgar na imprensa oficial e na internet a relação completa de obras atinentes a rodovias, portos e aeroportos. Alega o requerente que a legislação questionada, ao criar nova forma de divulgação de contratos administrativos, teria invadido a competência privativa da União para editar normas gerais de licitação e contratação.

Para o Min. Dias Toffoli, relator da ação, a lei não trataria de regramento geral de contratos administrativos, simplesmente ampliaria o grau de publicidade e, conseqüentemente, daria maior transparência aos atos administrativos, permitindo sua fiscalização. E mais, esta exigência se compatibilizaria com o texto constitucional, já que o princípio da publicidade é norteador da Administração Pública, conforme o art. 37, caput. Desse modo, julga improcedente a ação, no que é acompanhado por todos os ministros.

Perceba que mesmo que a lei exija maior transparência se comparada à lei nº 8.666/93, a Corte decidiu pela sua constitucionalidade, pois, desta forma, homenageia-se o princípio da publicidade dos atos administrativos.

⁵⁵ STF: ADI 2444, Rel. Dias Toffoli, j. 06/11/2014.

⁵⁶ Art. 1º. O Poder Executivo deverá divulgar, até o dia 30 de janeiro de cada exercício, no Diário Oficial do Estado, e disponibilizar para consultas na Internet, a relação completa das obras relativas a rodovias, inclusive as suas obras de arte, bem como das relativas a portos e aeroportos, contratadas no exercício anterior.

Parágrafo único. A relação de que trata o 'caput' deverá conter, em relação a cada obra, no mínimo:

I - o tipo e a sua descrição;

II - a data da contratação e a data do início da execução;

III - a sua localização;

IV - a extensão da obra;

V - o valor total e o valor efetivamente pago até o dia 31 de dezembro do ano a que se refere a relação;

VI - a situação da obra; se em andamento ou paralisada, indicando o percentual que já foi executado;

VII - a data prevista para a sua conclusão;

VIII - a empresa ou pessoa física responsável pela execução, relacionadas por cada parcela da obra, quando esta for licitada por partes;

IX - a fonte dos recursos.

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário.

3.11. ADI-MC 1746 e ADI 1746

Um dos julgamentos mais recentes disponíveis no site do STF que se refere ao tema de análise deste trabalho é a ADI 1746⁵⁷. Todavia, antes da análise deste caso, mostra-se oportuno a retomada do julgamento da medida cautelar⁵⁸ para situar o leitor.

A medida cautelar foi interposta pelo Governador do Estado de São Paulo em face do parágrafo único do art. 293⁵⁹, da Constituição Estadual. Este dispositivo cuida da dilação do prazo para pagamento da indenização devida à SABESP pela retomada do serviço pelo Poder Concedente durante o prazo da concessão (encampação).

Dentre os vários fundamentos para a impugnação deste artigo, encontram-se as alegações de que haveria vício de iniciativa com consequente ofensa ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º⁶⁰ da Constituição Federal. Isto porque as constituições estaduais, editadas pelas respectivas assembleias legislativas, só poderiam estabelecer regras sobre organização, estrutura e princípios básicos de funcionamento dos governos estaduais, como está disposto no art. 25, caput⁶¹, da CF, não podendo dispor sobre dilação do prazo de pagamento de indenização devida em caso de encampação. Desse modo, haveria invasão de espaço reservado à lei ordinária, de cuja edição participaria também o Poder Executivo, mediante sanção ou veto, além do Poder Legislativo, com o quórum previsto. Além disso, o autor alega violação ao art. 22, XXVI, da CF, por se tratar de matéria de competência exclusiva da União.

O Min. Maurício Corrêa, relator, concede a liminar por entender que haveria inconstitucionalidade formal já que a norma posta pela Assembleia

⁵⁷ STF: ADI 1746, Rel. Marco Aurélio, j. 18/09/2014.

⁵⁸ STF: ADI-MC 1746, Rel. Maurício Corrêa, j. 18/12/1997.

⁵⁹ Art. 293. Os Municípios atendidos pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo poderão criar e organizar seus serviços autônomos de água e esgoto.

Parágrafo único - A indenização devida à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo será ressarcida após levantamento de auditoria conjunta entre a Secretaria da Fazenda do Estado e o Município, no prazo de até vinte e cinco anos.

⁶⁰ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁶¹ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

Legislativa via texto constitucional trataria de matéria de competência de lei ordinária, com participação do Poder Executivo, e, portanto, não seria de competência de Constituição Estadual, que exclui esta participação. Este entendimento é seguido pelo Min. Marco Aurélio.

Já o Min. Nelson Jobim, sustenta que o instrumento contratual pactuado pelas partes deveria prevalecer, tendo como consequência a indenização sem dilação no prazo para pagamento. Desta forma, também concede a liminar para suspender a eficácia deste dispositivo, apesar de utilizar-se de fundamento diverso ao do relator.

Por outro lado, para os Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves, o dispositivo impugnado versaria sobre matéria de competência exclusiva da União, isto é, não poderiam a Constituição Estadual ou a legislação infraconstitucional estadual estabelecer “o modo de indenização, inclusive prazo, com relação a concessões” (p. 455), pois este assunto estaria dentro do rol de competência da União para editar normas gerais de licitação e contratos públicos. O Tribunal, por unanimidade, concedeu a liminar.

Como se percebe, apesar de o autor alegar ofensa ao art. 22, XXVII, da CF, apenas dois ministros tocam neste tema durante julgamento da medida cautelar, porém, o assunto aparece com mais força no julgamento definitivo da ação, como se verá a seguir.

Nesta ocasião, o Min. Marco Aurélio, que se tornara relator da ação após a saída do Min. Maurício Corrêa, entendeu que seria possível ao Poder Concedente alterar unilateralmente as regras contratuais, desde que em prol do interesse público e desde que esta modificação não desrespeitasse o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Prossegue o ministro, sustentando que a forma e o prazo de pagamento de indenização também constituem a balança econômica do contrato. Além disso, reconhece que mesmo que este dispositivo não gere desequilíbrio econômico-financeiro, ainda assim seria inconstitucional, pois se trata de matéria de competência privativa da União. Isto posto, afirma que:

os preceitos concernentes ao término e às consequências do encerramento do contrato (...) estão entre aqueles denominados gerais. Compõem o rol das regras destinadas a fixar diretrizes básicas que, homenageando os princípios norteadores da Administração Pública (...), sirvam a todo e qualquer certame licitatório e contrato administrativo, independentemente do objeto (p. 14).

O Min. Luiz Fux acompanha o relator e acrescenta que o art. 37⁶², da lei nº 8.987/95 já autoriza a encampação, desde que feita mediante lei específica e após prévio pagamento de indenização. “Uma indenização vinte e cinco anos depois fica muito longe do prévio pagamento” (p. 16). Desta afirmativa, aceita também pelo ministro relator, é possível extrair o entendimento de que o art. 37, da lei nº 8.987/95 é norma geral, aplicável a todos os entes da federação, confirmando o posicionamento da Corte que não há uma única lei federal veiculadora de normas gerais de licitação e contratação.

Além do mais, esse entendimento de que compete à União a regulação de normas gerais sobre licitação e contratação públicas, abrangidas a rescisão de contrato administrativo e a indenização cabível, gera maior segurança jurídica das relações contratuais, já que as concessionárias terão a certeza de que em caso de encampação, serão previamente indenizadas, sem que fiquem submetidas à discricionariedade de cada ente federativo.

O Tribunal, confirmando a medida cautelar, declarou o dispositivo inconstitucional por unanimidade.

⁶² Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

4. Considerações finais

Ao longo deste trabalho, procurou-se traçar um panorama geral de como o Supremo Tribunal Federal compreende a competência que cada ente possui para legislar sobre licitação e contratação pública.

Antes de passar ao posicionamento da Corte sobre a questão, vale observar que, a despeito de a amplitude do conceito de norma geral possibilitar, como consequência, um grande espaço para discussão dessa expressão pelos ministros, percebe-se a partir das decisões analisadas a falta de abordagem quanto à conceituação do termo "norma geral", isto é, não se revela uma preocupação da Corte, para solução das questões que lhe são submetidas, a definição do conceito norma geral ou do que sejam normas específicas.

Em apenas dois casos os ministros tentaram conceituar o que seriam normas gerais, porém essas definições mostraram-se vagas, porque definiram normas gerais como princípios. Como são conceituações imprecisas, por se tratarem de princípios, é difícil conectá-las diretamente com os fundamentos trazidos por cada voto.

Por outro lado, é possível que essa definição mais ampla demonstre a vontade do STF de conceder maior espaço de atuação aos Estados e Municípios, como dito anteriormente durante a análise da ADI-MC 3059. Além disso, dá maior liberdade interpretativa para o legislador e as instâncias inferiores delimitarem o que seria ou não norma geral.

Em relação à lei nº 8.666/93, apesar de a Corte ter decidido que alguns de seus dispositivos são normas específicas e que, portanto, nem todos os seus artigos podem ser categorizados como norma geral, os ministros, frequentemente, a utilizam como sinônimo de veiculadora de normas gerais. Desse modo, transparece a ideia de que a lei como um todo contém apenas normas gerais até que em um caso concreto fique decidido que algum de seus dispositivos seria norma específica e, por isso, não aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda com relação à lei nº 8.666/93, o STF concluiu que a Constituição não exigiu a edição de uma única lei geral de licitações e contratos públicos, sendo possível que qualquer outra lei federal trate do tema. Consequentemente, aceitou a ideia de que uma única lei federal pode conter, ao mesmo tempo, norma geral e específica sobre o assunto, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, que apesar de conter normas específicas para o serviço de telecomunicação, também contém normas gerais de licitação e contratação, pois cria modalidades de licitação.

Os ministros identificam também que a regra constitucional é a obrigatoriedade de licitação, observando-se a igualdade entre licitantes, de modo que apenas lei nacional pode trazer exceções a esta regra. Desta forma, não é permitido que lei local, estadual ou municipal, crie hipóteses de dispensa de licitação e impedimentos/incapacitação para licitar. Entretanto, ao que tudo indica, esta regra parece poder ser excepcionada por preceito igualmente buscado pela Constituição, como é o caso da moralidade administrativa, por exemplo.

A partir da análise dos acórdãos, não foi possível identificar propriamente um padrão decisório que possa se aplicar de maneira geral aos casos envolvendo competência para legislar sobre licitação e contratação, entretanto, vários parâmetros foram extraídos, entre eles, o entendimento de que a edição da lei nº 8.666/93 não esgotou a competência da União para editar normas gerais e de que lei federal não pode interferir na autonomia que os Estados e Municípios possuem para dispor de seus bens móveis e imóveis.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Fernanda Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2013. 6ª edição.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2014. 6ª edição.

BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional). *Revista de Direito Público*, n. 96, ano 24, p. 81-93 out./dez. 1990

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2012. 10ª edição.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. 2.380 p. 1ª edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. 26ª edição.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014. 27ª edição.

FILHO, Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 9ª edição.

GASPARINI, Diógenes. *Princípios e normas gerais licitatórias*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 239, p. 119-125, jan./març. 2005

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2014. 8ª edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 16ª edição. 1ª tiragem.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 29ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. 7ª edição.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos anotada*. Curitiba: Zênite, 2005. 6ª edição.

PINTO, Henrique Motta. Mudanças nas licitações: a inversão de fases e o saneamento de falhas no STF. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=13> Acesso em 27.05.2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. 35ª edição.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Federalismo e articulação de competências no Brasil*. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon (Orgs.). *Administração pública: Coletânea*. São Paulo: Unesp, p. 549-570.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1ª edição.

TCU, Processo nº 008.201/2004-7 (AC 39/2006), Rel. Aroldo Cedraz de Oliveira, julgado em 25.01.2006, DJe 01.02.2006.