

A COMPETÊNCIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS

Ariosto Mila Peixoto

USURPAÇÃO OU INVASÃO DA COMPETÊNCIA?

Alguns Estados e Municípios vêm legislando sobre normas gerais de licitação, configurando verdadeira invasão da competência privativa da União. Outrossim, ainda que aparentemente estejam agindo sob o manto da celeridade e eficiência, as alterações promovidas nas "normas gerais" descaracterizam o procedimento licitatório; a alteração de fases: avaliação prévia da proposta, para depois examinar a documentação, é procedimento restrito a bens e serviços comuns, sendo inadmissível para os demais casos, sob pena de transformar o processo licitatório em avaliação exclusiva de preços sem qualquer zelo ou apego à qualificação técnica do licitante.

Preliminarmente, cabe definir alguns conceitos:

O que é competência legislativa privativa, concorrente e suplementar?

- Privativa: é a competência plena, direta e reservada a uma determinada entidade do Poder Público.

- Concorrente: é a possibilidade de legislar sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, mas obedecendo a primazia da União quanto às normas gerais. [1]

- Suplementar: é uma subespécie da competência concorrente; é aquela que preenche os vazios da norma geral; para alguns ela é "complementar". [2]

Nos termos do artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal, é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação, in verbis:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (grifamos).

O fato de a Constituição definir como competência privativa da União legislar certas matérias, in casu, normas gerais de licitação e contratação, permitiu aos Estados legislar (não concorrentemente, mas) suplementarmente, conforme **§ 2º do artigo 24 da Constituição:**

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

O que me parece lógico é que a competência concorrente (aquela em que os Estados também poderiam legislar) não se aplica ao tema de "licitações e contratos administrativos", uma vez que a competência suplementar dos Estados e do Distrito

Federal não abrange "normas gerais"; dessa forma, como bem preceitua o art. 24, §§ 1º e 4º, da CF, a competência legislativa limitar-se-ia ao ajuste ou adaptação das normas federais no que tange às suas particularidades locais.

Bem assim, aquilo que for vedado (explícita ou implicitamente) pela Constituição, não será objeto de normatização por parte dos Estados:

Art. 25. ...

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição

A competência legislativa plena dos Estados somente poderia ser exercitada se não houvesse as normas gerais de licitação definidas na Lei 8.666/93, conforme o § 3º do mesmo artigo:

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Portanto, os Estados não podem legislar sobre normas gerais de licitação - as da Lei 8.666/93 - em face da competência privativa da União sobre essa matéria. Bem versou JOSÉ AFONSO DA SILVA [3] ao asseverar a respeito dos Estados: "Veda-se-lhes implicitamente tudo que tenha sido enumerado apenas para a União e para os Municípios. Assim, a matéria relacionada nos arts. 20, 21 e 22 explicitamente como de competência da União está implicitamente interdita aos Estados".

Dessa forma o poder regulamentar dos Estados, Distrito Federal e Municípios em normas de licitação deve limitar-se à competência suplementar (ou complementar). Naquilo que a norma federal (norma geral) já preceituou, exauriu e esgotou, não terá lugar a competência suplementar.

Cabe observar o que ANDYARA KLOPSTOCK SPROESSER [4] estabeleceu: "Desde logo, entendemos que, se a algum ente é dado suplementar, também lhe será possível complementar, até porque o conceito de suplementação é mais amplo, mais abrangente do que o conceito de complementação, de tal modo que quem pode suprir a falta, há de poder, por mais forte razão, completar os vazios da legislação. Aliás, os vazios são vazios porque algo neles não existe, e deve ser suprido, suplementado".

Da mesma forma, aos Municípios é dado o direito de suplementar a norma federal, naquilo que couber e lhe for possível:

Art. 30. Compete aos Municípios:

(...)

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

Nesse diapasão, as regras criadas pela Lei Federal nº 8.666/93 não podem ser alteradas; podem ser, sim, complementadas, ou suplementadas, o que é muito diferente.

Sob os falsos auspícios da complementação ou suplementação, as normas gerais de licitação contidas na Lei Federal nº 8.666/93 e até na Lei Federal nº 10.520/02, vêm sofrendo alterações radicais e, quero crer, abusos. Em verdade, a matéria privativa da União - normas gerais de licitação e contratos - vem sendo objeto de **nova** regulamentação de alguns Estados e Municípios, que alteram significativamente as regras e procedimentos já criados e definidos pelas leis

federais, o que não pode ser admitido. A competência suplementar significa *o poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas* [5] não quer dizer que se pode alterar a norma já existente, mas simplesmente complementá-la na sua lacuna.

Em verdade, as Lei Estaduais e Municipais estão invadindo área de competência privativa da União, ao modificarem substancialmente os preceitos contidos nas normas gerais; é, indubitavelmente, uma invasão da competência legislativa federal.

Sobre o tema, há jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal que atribui a inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal em matéria cuja competência seja concorrente, ressalvadas as hipóteses que a norma busca apenas a adaptação às particularidades locais; nunca a modificação da lei federal. O que dirá então o STF, quando a competência para legislar sobre "normas gerais" de licitação e contratos administrativos é privativa?

"Segundo o sistema concebido pelos §1º e 4º do artigo 24 da Constituição, em tema de competência concorrente, à União incumbe o estabelecimento de normas gerais, restando aos Estados a atribuição de complementar as lacunas da normatização federal, consideradas as situações regionais específicas. Assim, salvo em caso de ausência de lei editada pela União, **não podem os Estados disciplinar matérias revestidas de generalidade tal que importe invasão das atribuições reservadas apenas à União (CF, artigo 24, §1º)**. Conforme assevera Alexandre de Moraes, "uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes e peculiaridades regionais (competência suplementar) (Voto do Ministro Relator Maurício Corrêa na ADI nº 2.303-9 RS, julgada em 23.11.2000)".

Na ADI nº 2.667-4 - DF, a Ementa do Acórdão relatado pelo Ministro CELSO DE MELLO é bastante clara: "A usurpação da competência legislativa, quando praticada por qualquer das pessoas estatais, qualifica-se como ato de transgressão constitucional. - A Constituição da República, nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, §1º), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, §2º). -- A Carta Política, por sua vez, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu art. 24 - dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente ao ensino (art. 24, IX) -, deferiu ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em "inexistindo lei federal sobre normas gerais", a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que "para atender a suas peculiaridades" (art. 24, §3º). - Os Estados-membros e o Distrito Federal não podem mediante legislação autônoma, agindo "ultra vires", transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie) (6)". 6 Ementa da ADIMC nº 2.667-4 DF, julgada em 19 de junho de 2002.

Entendo que tal prática configura ato de flagrante desrespeito à Constituição Federal. Se a própria Lei Federal nº 8.666/93 traz em seu artigo 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", impossível admitir a possibilidade de alteração de disposições e conceitos definidos pela Lei 8.666/93.

Portanto, é importante frisar:

a) a União possui competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades (art. 22, XXVII, CF);

b) Estados e Municípios somente legislam sobre matéria passível de complementação.

Por exemplo, o julgamento das **fases de habilitação** e proposta é tema recorrente quando se trata das alterações inconstitucionais de certos regulamentos; o que se vê, são verdadeiras "mutações genéticas da norma geral". Também é fato que as recentes normas de licitação alteram, inclusive, o procedimento estabelecido para as modalidades licitatórias.

A Lei 8.666/93 foi clara em estabelecer que a Comissão analisará (nas modalidades Concorrência e Tomada de Preços) primeiro a habilitação e depois a proposta, conforme dispõe:

"art. 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

(...)

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;" (grifamos).

Indiscutível, portanto, é o procedimento relativo ao julgamento da licitação. A Lei 8.666/93, nesse assunto, esgotou o tema e não permitiu outro entendimento sobre a ordem das fases: 1º a habilitação; 2º a proposta. Qualquer alteração nessa ordem não poderá ser vista como "complementação", mas escandalosamente como "alteração" da norma geral e das modalidades.

Inverter as fases, abrindo-se primeiro a proposta e depois a habilitação, somente seria admissível por meio de Lei Federal, cuja matéria pertence à competência legislativa privativa da União. Aos Estados e Municípios, como já foi dito, é facultado o poder regulamentar suplementar, ou seja, de regular aquilo que a Lei Federal foi omissa ou deixou a lacuna.

Uma vez que a Constituição Brasileira não permitiu, é inadmissível que Estados e Municípios venham a alterar as normas gerais, fazendo verdadeira intervenção cirúrgica e criando novas regras e leis desfiguradas. Esse é o caso da alteração das fases nas modalidades Concorrência e Tomada de Preços.

Além da invasão da competência legislativa, outro problema grave é a inversão das fases para a contratação de objetos (bens e serviços) não comuns sob a óptica, não jurídica, mas da eficiência e qualidade. A busca frenética e desenfreada pelo menor preço pode em muito levar a Administração à aquisição de bens e serviços

impróprios ou com baixa qualidade a ponto de comprometer o objetivo pretendido com a contratação.

A inversão das fases já ocorreu na modalidade Pregão - Lei Federal nº 10.520/02 - que, com bastante propriedade, propiciou a avaliação da proposta de preços antes da habilitação do licitante; todavia, tal inversão somente deveria ocorrer nos casos em que o objeto licitado correspondesse a "bens e serviços comuns"; muito lógico por sinal: se os bens são comuns - especificações usuais, padronizadas, fabricação em massa etc. - a análise prévia do preço pode ser feita sem comprometer a eficiência e segurança do contrato administrativo.

A revelação do "preço" da proposta, em determinadas circunstâncias, pode contaminar o julgamento do certame, uma vez que o conceito de economicidade - equivocadamente definido exclusivamente como "menor preço" - pode relegar ao segundo plano a análise das especificações e, principalmente, a qualificação dos licitantes. Não tenho dúvida que a inversão das fases nas modalidades Concorrência e Tomada de Preços, de forma a descortinar o preço antes mesmo da avaliação do licitante, é um retrocesso ao sistema de qualificação das contratações públicas.

É ilegal promover-se o julgamento da proposta antes da habilitação nas modalidades convencionais definidas na Lei 8.666/93, visto que a norma geral definiu peremptoriamente este procedimento. Alterar essa regra geral equivaleria à criação de nova modalidade, o que é terminantemente vedado pela Lei: **"art. 22 - ...; § 8º - É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo"**.

Por fim, cabe alertar que as alterações das regras e procedimentos em licitações e contratos administrativos, já definidos e exauridos pelas normas gerais, só admitem modificação através de Lei Federal em face da competência privativa da União. Aos regulamentos Estaduais, Municipais e do Distrito Federal, caberá a complementação daquilo que não foi definido ou delimitado pela norma geral.

Notas de Rodapé

[1] José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª ed., Malheiros, 2002, p. 479

[2] Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de Direito Constitucional, 30ª ed., Saraiva, 2003, p.61.

[3] José Afonso da Silva, obra cit., p.600.

[4] In Direito Parlamentar -Processo Legislativo, Imprensa Oficial/ALESP, 2000, p. 74.

[5] José Afonso da Silva, obra cit., p. 479.