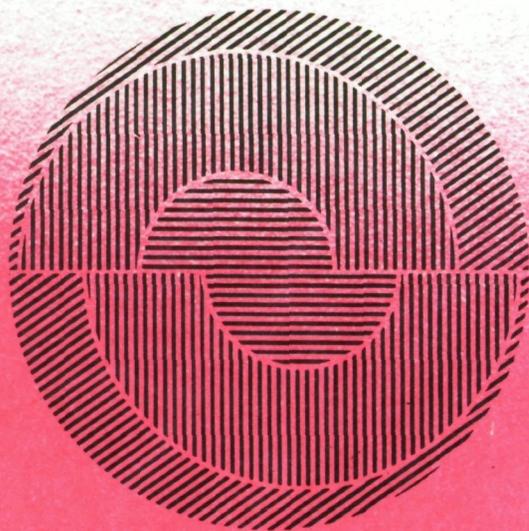


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1992

ANO 29 • NÚMERO 113

Licitações

Considerações em Torno de Alguns Aspectos Constitucionais

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Princípios constitucionais.*
2. *Princípios infraconstitucionais.*
3. *Conceito e elementos procedimentais.*
4. *Legislação infraconstitucional federal sobre licitações.*
5. *O problema das normas gerais.*

1. *Princípios constitucionais*

A axiologia de uma Constituição reflete os valores diversos, por vezes antagônicos, que adota. Nada há a se estranhar, se a entendermos como a confluência e o resultado dialógico de tensões sociais cambiantes, que exprimem e sintetizam miríades de interesses coexistentes na sociedade.

Compete, por isso, ao aplicador da norma constitucional, seja o legislador, seja o administrador, seja, com a última palavra, o julgador, resolver essas tensões e antagonismos no dia-a-dia da construção do direito.

É para orientá-los, lançando um fio de Ariadne nesse labirinto normativo do direito positivo, que as Constituições mais modernas se socorrem, cada vez mais, dos *princípios*. Sua importância está na razão direta com que avulta, em nossos dias, a compreensão axiológico-teleológica do sistema constitucional, na linha da jurisprudência dos valores, em substituição à

Extraído de palestra proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 22 de outubro de 1990.

rígida concepção axiomático-dedutiva, conotada à jurisprudência dos conceitos.

O tratamento de um tema de direito público, como o é a *licitação*, não pode prescindir do estudo do seu denso conteúdo valorativo. Superou-se a controvérsia doutrinária sobre a existência ou não de discricionariedade da Administração para contratar com quem desejasse e hoje, no Direito Constitucional brasileiro, o *princípio licitatório* está entronizado (art. 37, XXI).

Em conseqüência, a Administração, para contratar, deve atender a requisitos legais que balizam e direcionam a escolha de seus parceiros contratuais. Por isso, licitação e contratação, devem ser tratadas pelo Direito sob os mesmos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem as atividades administrativas do Estado e de seus delegatários.

A Constituição de 1988 dedicou todo um Capítulo à Administração Pública (arts. 37 a 43), inaugurando uma nova fase no Direito Administrativo brasileiro, potencialmente preparatória para uma codificação nacional de seus princípios e normas gerais, cercando a atividade administrativa do Estado com vários *princípios* de obrigatória observância, em todos os seus níveis federativos e em todas as suas expressões governamentais e não governamentais.

O artigo 37 declina quatro princípios explícitos, sem prejuízo de outros, esparsos no texto, de modo explícito ou implícito: o da *legalidade*, o da *impeccabilidade*, o da *moralidade* e o da *publicidade*.

O *princípio da legalidade*, para o Direito Administrativo, tem o sentido de *delimitar* a atividade do Estado ao gerir os interesses públicos que a lei lhe confia. A administração pública, seja em que nível for, não é uma decorrência da personalização do Estado, mas do cometimento que a ela faz a sociedade através da lei. A liberdade decorre da personalidade humana; no Estado, porém, a personalidade é uma ficção, não existindo mais que uma universidade de interesses públicos a serem geridos. Assim, na gestão desses interesses, a ele confiados, o Estado e seus delegados agem irrefragavelmente segundo a lei, nunca além dela e, muito menos, contra ela: eis o que se deve entender pelo *princípio da legalidade* da administração pública.

Paralelamente ao da legalidade e não menos importante, está o *princípio da legitimidade*, eliminado do anteprojeto constitucional, no rol que antecedeu ao do atual artigo 37, *caput*, mas ressurgido no artigo 70 do texto vigente. A legitimidade tem um conteúdo densamente político e, incidentalmente, jurídico: trata-se da conformação do agir do Estado à vontade geral, distinto, portanto, da legalidade, que é a conformação do agir do Estado à vontade positivada na lei.

Em função desse duplo referencial, afirma-se, o Brasil, no frontispício de sua Carta Magna, como um Estado Democrático de Direito (art. 1.º), ou seja, um Estado de Direito, porque subordinado à legalidade, e um Estado Democrático, porque submetido à legitimidade.

A esses dois princípios capitais, a legalidade e a legitimidade, seguem-se os demais, relacionados no art. 37 da Constituição, já mencionados acima: impessoalidade, moralidade e publicidade.

O *princípio da impessoalidade* ou da *finalidade*, pode ser entendido como a vedação, ao Estado, de considerar quaisquer interesses que não aqueles que a lei lhe cometa. Determina, portanto, sua postura equidistante dos interesses pessoais e sua vocação absoluta ao interesse público. Até mesmo o seu próprio interesse pessoal, enquanto entidade de direito público, está submetido à finalidade legal, ainda porque essa personificação não é mais que uma ficção jurídica, para dar agilidade à prossecução e defesa dos interesses públicos.

O *princípio da moralidade* tem sua acepção precisa em Direito Administrativo: não se trata de uma simples aplicação de princípios éticos à administração pública, tema que já provocou polêmicas desde o século passado no colendo Conselho de Estado francês, fonte de tão importantes construções científicas. Não se trata, tampouco, repita-se, da moral comum aplicada aos fenômenos jurídicos, mas de uma moral especial, voltada aos resultados da ação administrativa; nesse sentido, é um conceito moral restrito, caudatário da finalidade pública. A moral comum preocupa-se com a conduta, ao passo que a moral administrativa volta-se aos resultados. A moral pessoal é julgada interindividualmente, enquanto que a moral administrativa é julgada objetivamente, diante da inadequação do ato aos fins a que deveria visar. Na moral comum prevalece o imperativo categórico, ou seja, se o que fazemos é exatamente aquilo que se gostaria que se fizesse conosco, mas na moral administrativa interessa saber se a atuação do agente está realmente orientada para lograr um resultado de interesse público e não, necessariamente, de interesse de cada um.

A diferença finalística salta aos olhos: se alguém gere seus próprios interesses e o faz mal, sobre si recairão as conseqüências da má gestão; porém, se alguém pretende gerir interesses alheios, interesses públicos, e o faz mal, as conseqüências da má gestão recairão sobre todos. Se cada um deve, em princípio, gerir seus próprios interesses, ninguém está obrigado a gerir interesses públicos, mas se o faz, arriscando-se a ser um mau gestor, porque conhece suas próprias limitações enquanto administrador, pratica uma especial imoralidade. Viola, o mau gestor, o *dever da boa administração* que, para um particular não existe, mas para um administrador público é inafastável. O que a moral de resultados, a chamada moral weberiana, exige de um administrador público, nada mais é que uma razoável eficiência na busca da satisfação dos interesses públicos, para o que ele voluntariamente se apresenta, não importa qual seja a

forma de investidura. É por isso que o administrador público, tanto o político como o servidor público, pode ter uma conduta privada ilibada e, não obstante, maltratar censuravelmente os interesses públicos que lhe são confiados: a imoralidade administrativa procede, exatamente, de sua pretensão de fazer aquilo para o que não está preparado. Ninguém é obrigado a assumir esse *múnus*, de administrar a coisa pública, embora existam alguns que são obrigatórios, como o de jurado ou de mesário; mas estes são casos excepcionais. O binômio eficiência-finalidade é, em última análise, a pedra de toque do princípio da moralidade.

O *princípio da publicidade* também transcende o Direito Administrativo: é o pressuposto instrumental para que todo o sistema de legalidade possa funcionar. É, assim, um princípio instrumental, a partir do qual se torna possível o *controle* da legalidade e, conseqüentemente, a realização do Estado de Direito. E o é, porque o Estado de Direito não se esgota no comando geral, que obriga ao cumprimento da lei, mas se aperfeiçoa com o comando corolário que submete essa observância a permanentes controles.

2. *Princípios infraconstitucionais*

A par desses princípios gerais, de assento constitucional, há princípios setoriais específicos, que regem as condições que deve satisfazer a Administração Pública quando se proponha a contratar com os administrados. Esses princípios específicos ora estarão explicitados na lei ora nela implícitos, quando dela defluam claramente ou do sistema jurídico como um todo.

Os princípios explícitos têm assento no Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, diploma recepcionado pela atual Constituição, no que com ela compatível, com competência *plena* para a esfera de governo da União e a nível de *normas gerais*, para as demais esferas federais, conforme o art. 22, XXVII, da Carta Magna.

Nesse Estatuto, os princípios explícitos estão concentrados no art. 3.º, ditos *básicos*, em número de cinco: da *igualdade*, da *publicidade*, da *proibição administrativa*, da *vinculação ao instrumento convocatório* e do *juízo objetivo*. O mesmo diploma, observe-se, avisadamente, tampouco limitou a esses o rol dos princípios aplicáveis à licitação, incorporando todos os que lhe sejam correlatos (art. 3.º, *in fine*).

O *princípio da igualdade* é o primeiro relacionado no art. 3.º, *caput*, do Estatuto, e a primeira grande condicionante que acode ao legislador expressar; fá-lo, ainda, enfaticamente, ao dedicar o parágrafo primeiro, do mesmo artigo, a explicitar os dois sentidos dessa igualdade: no inciso I, ao estabelecer o *caráter competitivo* do procedimento licitatório, afirma a

igualdade dos licitantes entre si, e, no inciso II, ao proibir *preferências*, impõe a igualdade dos licitantes perante a Administração, e aí é corolário do princípio isonômico geral, declarado como direito fundamental, no *caput* do art. 5.º da Carta Magna.

O *princípio da publicidade*, que também tem seu enunciado geral, já referido, no capítulo da Administração Pública (art. 37), tem, na licitação, ampla aplicação, temperado, apenas pelo princípio antípoda do sigilo, sempre que for necessário ao interesse de manter a competição. Assim, salvo expressa aplicação de norma especial de sigilo, a publicidade é a regra, possibilitando as variadas modalidades de controle que são estabelecidas para a licitação: sempre pela própria Administração e pelos administrados, e *a posteriori*, pelos tribunais, órgãos de contas ou, ainda, pelas Casas legislativas.

O *princípio de vinculação ao instrumento convocatório* é consectário do princípio de igualdade. A partir da fidelidade absoluta da Administração ao instrumento pelo qual convoca os administrados a licitar é que ela garante que contratará com o vitorioso, no teor exato do que nele se contém: natureza, quantidade, qualidade, preço, pagamento, condições etc. Todas as características do contrato a ser celebrado devem estar predefinidas no instrumento convocatório, porque nada poderá ser exigido pela Administração nem, tampouco, por ela aceito, se nele não constar. Por isso, o instrumento convocatório é a lei específica de cada licitação, uma vez que todo o procedimento, integral e inafastavelmente, a ele se vincula.

O *princípio do julgamento objetivo* se apresenta então como uma conseqüência do princípio de igualdade e o de vinculação ao instrumento convocatório. No momento em que se deva apreciar quais as melhores condições oferecidas, a igualdade só pode ser assegurada se os *critérios de julgamento forem objetivos*, isto é, se estiverem relacionados claramente às *vantagens* que, oferecidas, serão levadas em conta para *desigualar* os licitantes. Isso quer dizer que as “melhores condições” serão sempre aquelas que a Administração já predeterminou, em tese, para serem consideradas, vedadas, em conseqüência, quaisquer outras considerações que *desigualem* os licitantes, mesmo que *de fato* possam representar *vantagens* para a Administração, se não estiverem previstas no instrumento convocatório. Reafirma-se, com esse princípio, um aspecto crucial do *caráter vinculado* de todo o procedimento. Se a Administração, ao cabo da licitação, se convencer de que havia outras vantagens, que não tinha previsto oportunamente mas que deveriam ser consideradas, não poderá aproveitar o procedimento mas apenas, revogar essa licitação, que se demonstrou inconveniente ao interesse público, e abrir uma nova.

Finalmente, encerrando o rol dos princípios infraconstitucionais explícitos, vem o *princípio da probidade administrativa*, que é um corolário da

moralidade administrativa, dirigido, aqui, de maneira direta, aos agentes encarregados do procedimento licitatório. Esse dever genérico, de todo agente público ou delegatário, está também alçado ao texto constitucional, que comina severas sanções públicas, administrativas, civis e penais à improbidade administrativa (art. 37, § 4.º). Na licitação, a improbidade se manifestará particularmente com a preterição dos demais princípios, notadamente o da igualdade.

Os *princípios implícitos* são vários, havendo-os de toda sorte. Destaque-se o sugerido por HECTOR ESCOLA, o de *competitividade*, lembrado por TOSHIO MUKAI; o da *comparabilidade* das ofertas, sem o qual torna-se impossível o julgamento objetivo, e o do *sigilo*, que diz respeito às ofertas dos licitantes. De nossa parte, acrescentamos, por sua modernidade na doutrina jusadministrativa, o da *realidade*, o da *razoabilidade* e o de *motivação*.

O *princípio da realidade* refere-se à pretensão expressa pela Administração na convocação. Ela não pode pretender o absurdo, o irreal, o irrealizável e não pode demandar algo contrário à natureza das coisas ou além da técnica disponível. Fazê-lo, seria um forte indício de improbidade, pois *ad impossibilia nemo tenetur*. O princípio da realidade abarca todos os ramos do jurismo, mas, no tema das licitações, é particularmente importante, pelo comprometimento dos agentes responsáveis pela legalidade do procedimento.

O *princípio da razoabilidade* diz respeito à discricionariedade, baliando-a de tal forma que possibilitará anular atos discricionários quando forem grave e manifestamente inconvenientes ou inoportunos. Na licitação, como se expôs, estará muito reduzida a atuação discricionária da Administração. Mas, mesmo assim, ela existe, e aflora precisamente quando é mais delicado o procedimento: no julgamento das propostas. Não obstante deva-se perseguir denodadamente a objetividade, certas avaliações *qualitativas* poderão demandar a aplicação de um resíduo de discricionariedade: aí atua o princípio. Não será razoável que a Administração, integrando esse resíduo decisório discricionário, sopesse motivos e realize escolhas que não sejam, à toda evidência, orientados à finalidade pública: eis, em resumo, o liame entre a opção razoável e o fim inafastável.

O *princípio da motivação*, finalmente, nada mais é que um instrumento, através do qual se torna possível o controle das decisões. Sem a motivação, quaisquer decisões administrativas são nulas, pois essa é a extensão que se deve dar ao art. 93, X, da Constituição. Observe-se que regra de tal importância não poderia ser dirigida exclusivamente ao próprio poder que deve julgar de legalidade das "decisões" dos demais. Entendemos que se aplica, a *fortiori*, o princípio da motivação, a todas as *decisões* tomadas no procedimento licitatório.

Essa é a moldura principiológica que torna compreensível o instituto e facilita sua aplicação, a todos os níveis: legislativo, administrativo e judiciário.

3. *Conceito e elementos procedimentais*

Licitação é o procedimento administrativo vinculado, destinado a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sempre e quando ela necessite contratar com particulares, desenvolvido de acordo com os princípios constitucionais e infraconstitucionais que lhe sejam aplicados. Esse conceito, confira-se, aproxima-se bastante do conceito legal (art. 3.º do Estatuto), cujo enunciado se deve ao saudoso e preclaro HELY LOPES MEIRELLES.

Embora a lei não deva ser um repositório conceptual, não se pode deixar de reconhecer que o tema da licitação, por sua própria natureza, exige um tratamento mais diagnóstico e, por que não acrescentar, até mesmo didático, dada a amplitude de sua aplicação, por todos os níveis federativos, a todos os poderes e em todos os escalões administrativos, na administração direta, indireta ou fundacional (art. 22, XXVII, da Constituição).

Por ser um *procedimento* administrativo, a licitação tem os mesmos elementos do ato administrativo, já que se trata de uma seqüência coerente e causal de atos administrativos voltados a um resultado, que deverá ser o seu ato final. Falamos, portanto, de *competência*, de *finalidade*, de *forma*, de *motivo* e de *objeto* do procedimento licitatório.

O elemento *competência* diz respeito à indicação legal de quem pode abrir e conduzir o procedimento e de quem pode homologá-lo e adjudicar o contrato. O elemento *finalidade*, ínsito na regra de competência, vem a ser o *interesse público* em obter as maiores vantagens na contratação com os administrados. O elemento *forma* é o próprio procedimento, de natureza vinculada, iniciado pelo instrumento convocatório e encerrado com a adjudicação. Quanto ao *motivo* do procedimento, vem a ser a necessidade de contratar, embora, na cadeia procedimental, cada ato anterior se torne o motivo do posterior, a começar com o primeiro, o ato de chamamento dos interessados. O *objeto*, finalmente, vem a ser a seleção do contratante vitorioso, com exclusão dos demais, adjudicando-se-lhe o contrato licitado.

A vantagem do proponente na licitação está na razão direta da vantagem que ele ofereceu à Administração. A *maior vantagem* é o cerne de todo o procedimento e a justificação para romper-se a igualdade inicial, concentrando-se a decisão sobre quem vier a oferecê-la.

Mas o fato de ser o escolhido não significa que o licitante vitorioso adquira um *direito ao contrato*; o direito que lhe é adjudicado é de *prelazia*, vale dizer, se o Estado vier a contratar haverá de ser com ele.

A vantagem dos demais proponentes se escalona, pela mesma razão, na razão direta das vantagens que tiverem oferecido à Administração, de tal forma que o segundo, o terceiro, e assim sucessivamente, *têm direito de igual natureza*, embora dependente da desistência do anteriormente classificado: um direito condicionado.

4. *Legislação infraconstitucional federal sobre licitações*

A Constituição deu competência à União para legislar sobre *normas gerais* de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle (art. 22, XXVII).

Desde logo, advirta-se, essa competência é uma *exceção* à regra geral constitucional da autonomia, estabelecida no art. 18, de modo que deve ser interpretada restritivamente, em resguardo do princípio federativo.

Na lista das entidades administrativas, todavia, salta o problema de "inclusão" das "fundações" e "empresas sob seu controle", na abrangência da regra. Quanto às fundações públicas, sabemos que existem de dois tipos: as que têm personalidade de direito público, que são as autarquias fundacionais, e as com personalidade de direito privado, embora exerçam parcela *delegada* do poder estatal administrativo, daí pertencerem à administração indireta. *Ambas* se subordinam à regra constitucional excepcional da autonomia federativa, mas, quanto às fundações com personalidade de direito privado, só se forem "instituídas e mantidas pelo poder público". Restam, então, as "empresas sob seu controle", vale dizer, aquelas que o Estado é delegante de sua atividade econômica. Assim o entendemos, porque o *controle*, a que faz menção o dispositivo, não haveria de ser o *societário*, próprio ao direito privado, pois, neste caso, seria ocioso mencioná-lo, mas apenas o *controle de direito público*, o referido especificamente à parcela de poder delegada pelo Estado.

Paradoxalmente, a Constituição, que adotou a via da modernidade quanto à administração indireta, retirando as empresas públicas e sociedades de economia mista do regime comum público e as submetendo ao regime comum privado (art. 177, § 1.º), fez, no dispositivo em exame (art. 22, XXVII) uma inexplicável concessão à hipertrofia estatal e ao dirigismo.

A solução lógica, para conciliar os dispositivos antagônicos, é entender que no art. 173, § 1.º, está a *regra*, e, no art. 22, XXVII, a *exceção*. Todas as entidades da administração indireta se submetem ao princípio licitatório. Em consequência, a ele se curvarão também as *fundações*, delegatárias de serviços públicos, desde que instituídas ou mantidas pelo poder público, as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* e as *outras empresas por ele contratadas*, desde que delegatárias da administração.

A justificativa material para essa interpretação parte do próprio *interesse público* em causa. É ele que atrai e exige a licitação e também só ele, em casos excepcionais, pode afastá-la. Se o único inconveniente da licitação pudesse ser, de fato, a demora no procedimento, sê-lo-ia meramente de fato e, por isso, perfeitamente suportável e, *deinde*, obrigatória a licitação. A dúvida ocorre quando o interesse público *se desloca* e, embora sob risco, passa a ser conveniente o afastamento da licitação.

Se, por exemplo, prevalecer o interesse público em não levar-se adiante a licitação, nada mais há a fazer que *revogá-la*. Será mais sensato que assumir os riscos incalculáveis da corrupção, do nepotismo e do paternalismo.

Distintamente, se o interesse público for equivalente, tanto se se proceder como em não se procedendo a licitação, poderá ocorrer *dispensabilidade* (art. 22, dos Estatutos, Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986) ou, se houver inconveniência em levar-se adiante o procedimento licitatório, o interesse público prevalecente será o de evitá-lo, configurando-se a *inexigibilidade* (art. 23, *leg. cit.*) ou, até a *vedação* (art. 23, § 1.º, *leg. cit.*).

Uma paraestatal, tomemos como exemplo, delegatária, por definição, de um serviço público, não será obrigada a licitar se esse procedimento for prejudicial à sua eficiência em tal grau que acabe por prejudicar o atendimento do interesse público específico, cuja satisfação se lhe foi comitada. É com este espírito que devem ser interpretadas todas as *ressalvas* previstas no art. 37, XXI, da Constituição.

O problema da incidência do princípio licitatório constitucional torna-se mais delicado quando se deva precisar o que vem a ser “empresas sob seu controle”, vale dizer, do poder público, no texto do art. 22, XXVII, da Constituição.

Se esse *controle* é o que se funda na relação comercial, o controle societário, serão apenas os acionistas que o terão e, com isso, a norma constitucional se esvaziaria. Resta o controle empresarial de direito público, o que decorre de uma delegação legal de interesse público a “entidades que explorem atividade econômica pelo Estado”, na linha do que se refere o art. 173, § 1.º, da Constituição.

Em resumo, trata-se do controle administrativo exercido pelo Estado, decorrente do vínculo de delegação legalmente instituído, exatamente o controle sobre as paraestatais, não só porque a inclusão dessas “empresas” se refere à administração indireta, o que exclui concessionárias e permissionárias, embora também jungidas a vínculo de delegação, como porque, se se aplicasse, por hipótese, a entidade sob seu controle que exerce atividades econômicas *sem* vínculo paraestatal, haveria um confronto com a

regra do art. 173, § 1.º, da Constituição, que a retira do regime comum administrativo. O Estado controlará, portanto, a atividade das entidades privadas de sua criação até o limite da delegação de direito público acaso existente e, fora disto, apenas pelos instrumentos comuns do direito societário.

5. O problema das normas gerais

Um outro problema constitucional referido às licitações escapa do enquadramento das entidades que se sujeitam ao princípio licitatório e diz respeito à eficácia das normas baixadas pela União no desempenho de sua competência para editar *normas gerais* de licitação e contratação.

O problema se agrava porque essa competência regulatória a nível de normas gerais não decorre da modalidade de *competência concorrente*, instituída no art. 24, com seus quatro parágrafos caracterizadores, mas da *competência privativa*, instituída no art. 22. Isso significa que a *edição dessas normas gerais* de licitação e de contratação “em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, XXVII, da Constituição) é *privativa da União*, inadmitindo-se a aplicação das regras que regem a competência concorrente verticalmente limitada, estabelecidas nos quatro parágrafos do art. 24.

O art. 24 da Constituição instituiu, para todas as matérias nele arroladas, o sistema de partilha de competência vertical, entre a União e os Estados-Membros e o Distrito Federal. No Direito Constitucional tradicional, o ente maior, a União, legislava amplamente sobre o assunto, até o ponto de detalhamento que considerasse satisfatório, remanescendo para os menores, Estados e Distrito Federal, legislar suplementarmente, sempre respeitadas as normas federais. Em suma, cabia exclusivamente à União definir, em cada caso, até que nível de detalhamento e especificação se estenderia sua competência. Se, por acaso, houvesse legislação estadual, a superveniência de lei federal sobre a matéria legislada simplesmente suspenderia sua eficácia, consoante a parêmia *Bundesrecht bricht Landesrecht*.

Essa modalidade *clássica* de partilha vertical de competência recebeu, com o art. 10 da Constituição alemã de Weimar, uma variante: embora repartida em dois níveis, o da União, acima, e o dos Estados-Membros, abaixo, a lei federal já não poderia dispor *totalmente* sobre a matéria, descendo a detalhes específicos, mas estaria limitada apenas a baixar *normas gerais*. De sua parte, os Estados, ao legislarem, estariam adstritos a essas normas gerais, como se fora uma moldura (*Rahmengesetz*), só podendo se estender, até a plenitude do assunto, à falta da moldura, isto é, se inexistissem leis federais pertinentes. Em suma: nessa variante *limitada* da

partilha vertical de competência, já não caberá à União definir até que nível de detalhamento e especificação se estende o exercício de sua competência, pois ela ficou constitucionalmente restrita a editar *normas gerais*.

A modalidade de *competência concorrente limitada fez escola*. Ampliada na Lei Básica de Bonn e adotada em várias Constituições, no Brasil, após uma entrada tímida em 1934, a cada nova alteração constitucional ganhou mais expressão, até que, na Carta atual, se tornou a modalidade dominante tendo, embora, remanescido exemplos da clássica, principalmente para o caso da suplementação municipal (art. 30, II).

Mas se a idéia é simples e até brilhante, para partilhar as competências federativas respeitando as peculiaridades dos entes menores sem sacrificar a unidade do direito nacional, a sua aplicação prática é extremamente difícil. Tudo gravitará em torno do escorregadio conceito de *normas gerais*. Se a União se contiver dentro do conceito, suas normas se aplicarão aos Estados (e Distrito Federal); caso contrário, serão *inconstitucionais*, por invadirem a competência dessas entidades. Por outro lado, se os Estados (e Distrito Federal) legislarem sobre matéria já legislada, a nível de normas gerais, pela União, as normas conflitantes serão, também *inconstitucionais*. Finalmente, se os Estados (e Distrito Federal) houverem legislado, plenamente, sobre a matéria por não existir legislação federal, a superveniência da Lei da União, com normas gerais incompatíveis com as normas estaduais, suspender-lhes-á a eficácia (art. 24, § 4.º, da Constituição).

Mas as dificuldades não ficam aí. Como a competência para a União editar *normas gerais* de licitação e contratação administrativa, *não se insere* no rol das hipóteses de competência *concorrente*, do art. 24, mas na relação da competência *privativa*, do art. 22, da Constituição, como expusemos, há, ainda, sensíveis diferenças, que devem ser consideradas, fazendo-nos retornar aos princípios, para lograr uma segura interpretação constitucional.

O princípio da autonomia federativa é, por sua própria natureza, fundamental em termos de competência político-administrativa (art. 18, da Constituição). Como consequência, *em regra*, todas as unidades federadas são competentes para disporem sobre seus respectivos bens, pessoal e serviços. Ora, como *licitação e contratação* são atividades administrativas, em que estão em jogo bens, pessoal e serviços *de cada nível federativo*, *em princípio* a competência para legislar sobre esses temas é indissociável da autonomia de cada uma deles, e só a Constituição poderia excepcioná-la. E é, precisamente, o que faz a Carta Magna: em benefício de certa *homogeneidade básica*, reserva-se à União essa *competência excepcional* para editar normas gerais sobre a matéria de licitações e contratações administrativas (art. 22, XXVII) de que aqui tratamos.

Aí está a diferença: essa competência excepcional, *repite-se*, é *privativa*. Privativa e não exclusiva, porque admite a *extensão* da competência

dos Estados (e Distrito Federal). *Extensão*, observe-se, porque é automaticamente exercida, e não *delegação*, que depende de manifestação de vontade do delegante. A distinção entre privatividade e exclusividade não se reduz apenas à delegabilidade mas à admissibilidade de qualquer outra forma de extensão de uma competência privativa. Na exclusividade, porém, não há extensibilidade possível.

Assim sendo, os Estados, Distrito Federal e Municípios, na ausência de normas gerais da União sobre licitações e contratação administrativa, poderão legislar plenamente sobre o assunto, com fundamento no art. 18, que lhes garante autonomia político-administrativa. Mas, como a União tem competência para editar *normas gerais* (e apenas normas gerais) a superveniência dessas normas federais, distintamente do caso da competência concorrente, não apenas suspende a eficácia das normas estaduais, distritais federais e municipais, mas as torna *inconstitucionais*. Por outro lado, se a União editar normas que não sejam *gerais*, e as impuser às demais unidades federadas, estará invadindo a autonomia dessas entidades e, com isso, praticando também inconstitucionalidade.

Chega-se, então à conclusão de que a *competência privativa* da União, do art. 22, XXVII, é *inextensível*, tanto quanto as encontradas nas regras homólogas dos incisos IX, XXI e XXIV, do mesmo artigo, que dispõe sobre essa modalidade de competência. Em contrapartida, a competência reservada das demais unidades federadas será *extensível*, sempre que existam normas gerais federais.

Essa peculiaridade é crucial para a inteligência e para a aplicação do Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Nele, a União legisla em caráter *pleno* para suas próprias licitações e contratos administrativos, no exercício de sua competência político-administrativa (art. 18 da Constituição), mas legisla em caráter limitado para as licitações e contratos administrativos dos Estados, Distrito Federal e Municípios, restringindo-lhes, com suas normas gerais, o exercício das respectivas competências político-administrativas.

Inconstitucional, portanto, o art. 86, do decreto-lei citado, ao pretender *estender* o comando federal além da imposição de normas gerais, para obrigar as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, às suas *disposições*, até que venham a editar regulamentos próprios.

De todo o exposto, emerge com avultada importância essa questão: o que vêm a ser *normas gerais*?

Não há, que nos conste, um conceito satisfatório. O que existem são aproximações doutrinárias.

A primeira, parte do *grau de abstração* da norma e do princípio. A *norma* é uma abstração deduzida dos fatos, tomando por base seus ele-

mentos e relações constantes, enquanto que o *princípio* é uma abstração deduzida das normas, a partir de elementos e relações constantes por elas apresentados. Sob esse enfoque, a *norma geral* coparticiparia da natureza de ambos, ao nuto do legislador federal.

A segunda aproximação é mais moderna, parte da *aplicabilidade* da norma e do princípio. A *norma-preceito* tem aplicação imediata ao caso concreto, ao passo que a *norma-princípio* só se aplica imediatamente, dependendo de uma norma preceito intermediária. Já, sob esse enfoque, a *norma geral* se assemelharia à norma-preceito, pois tem aplicabilidade imediata, independentemente da legislação específica editada pelas unidades menores.

A terceira aproximação é ainda mais recente, fundando-se na *densificação* da norma. Os *princípios* são normas de grande generalidade e, por isso, não contêm elementos de informação suficientemente densos para caracterizar os fatos sobre os quais devem atuar; distintamente, os *preceitos* são normas que se apresentam com baixa generalização e grande densidade informativa, de modo que caracterizam, com precisão, as espécies fáticas sobre as quais atuam. Sob esse enfoque, a *norma geral* se apresentaria com densidade variável, tanto contendo baixa densificação, para ser integrada pelas normas específicas, editadas pelas unidades menores, como com alta densificação, prescindindo dessa integração.

Uma quarta aproximação toma por base a *dimensão do interesse* a ser satisfeito. O *princípio* tem sempre uma amplitude nacional, não se justificando, numa federação, que coexistam princípios nacionais distintos aplicáveis desigualmente às unidades federativas. O *preceito*, entretanto, pode atender a interesses regionais ou locais, sem que isso comprometa a unidade principiológica do sistema jurídico total, o *Gesamtverfassung*, na expressão kelseniana. Aqui, a norma geral volta a coparticipar da natureza do princípio, pois não seria juridicamente possível à União legislar discriminatoriamente para as unidades federadas.

Uma quinta aproximação, ainda, parte da *exequibilidade* da norma. O *princípio*, embora dotado de plena eficácia, só tem exequibilidade negativa, isto é, só pode ser aplicado diretamente para *impedir* atos que o *contrariem*. Já o *preceito*, em regra, tem exequibilidade plena, isto é, não só é aplicado diretamente para *impedir* atos que o *contrariem*, como para *obrigar* a prática de atos que o satisfaçam. As *normas gerais*, sob esse enfoque, voltam a se aproximar dos *preceitos*, embora nada impeça que a União estabeleça princípios orientadores, impondo-os, como o faz, no caso das licitações, nos artigos 3.^o e 86 dos Estatutos.

Se considerarmos todas as aproximações, todas as teorias que procuram explicar a natureza jurídica das normas gerais, encontraremos sempre a mesma conclusão: ora as normas gerais comportam-se como prin-

cípios, estabelecendo pautas para a legislação preceitual, ora comportam-se como preceitos, prescindindo de qualquer legislação complementar para serem aplicadas direta e imediatamente aos fatos concretos que devem reger.

Diante disso, forçoso é concluir-se que o trabalho do intérprete, do profissional do direito, teve sobremaneira ampliada a sua dimensão intuitiva. É muito maior, com tantas variáveis a considerar, a sua dependência de uma especial percepção das características da norma que pretende classificar, que só o estudo e a experiência desenvolverão.

Para isso, o intérprete deve abandonar a atitude dogmática e formalista, que marcou o ensino do Direito durante tantos anos, para desenvolver certa *flexibilidade* na interpretação da norma. Uma coisa é ter lido e conhecer a norma e outra, é aplicá-la, pois nesta operação, não basta o conhecimento formal do direito mas é imprescindível a intimidade substancial com os fatos.

Em se tratando de licitações, a plethora de normas, federais, estaduais, distritais federais e municipais, principiológicas, gerais e preceituais, poderia dar a falsa impressão de que ficou plenamente resguardada a combinação mínima de moralidade e de eficiência que através delas se quer ver imperar. Não obstante, nesse tema, como de resto em tantos outros, também densamente normalizados, por mais cuidadosos e detalhados que tenham sido os legisladores, há vulnerabilidades.

Na licitação, a fraude não necessita tocar o procedimento licitatório: ela o antecede, fica nas tratativas entre os próprios licitantes, quando não em conluio com agentes administrativos. Como se percebe, toda a parafernália legal da licitação acaba sendo uma formalidade oca para dissimular a violação do espírito da lei.

Claro está que uma licitação fraudada em seus princípios é tão nula quanto a que for fraudada abertamente em suas preceituações formais. Sem embargo, a vulneração do espírito da lei é muito mais difícil de captar e de caracterizar. Quem se dispuser a fazê-lo deve procurar manejar com mestria o conceito, ainda insuficientemente trabalhado pelos juristas, de *legitimidade*.

Desde o século passado, no Direito Administrativo em particular, primeiro com o desenvolvimento da teoria do desvio de poder, agora com o aperfeiçoamento da teoria da razoabilidade, pode-se apreciar o esforço doutrinário e jurisprudencial para alcançar os vícios de legitimidade que teimam em escapar do âmbito da legalidade positivada. Reduzir a ilegitimidade à ilegalidade tem sido e há de ser um árduo desafio a todos que entendam o Direito, como SAMUEL JOHNSON, como a quintessência da sabedoria humana, atuando sobre a experiência, em benefício geral — o caminho para o aperfeiçoamento do homem em sociedade.