AUTONOMIA FEDERATIVA E COMPETÊNCIA NORMATIVA SOBRE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DA LEI Nº 14.133/2021

Victor Aguiar Jardim de Amorim[1]

Resumo

Com fundamento na técnica de repartição vertical de competência, a Constituição Federal estabelece que caberá à União definir as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, permitindo aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Atualmente, a Lei nº 14.133/2021 é que cumpre o papel de definir as normas gerais sobre contratações públicas. Em termos metodológicos, para a identificação do entendimento teórico-especializado e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, adotou-se, respectivamente, a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental qualitativa. Com base na diferenciação entre lei nacional e lei federal, este artigo delimita os espaços normativos passíveis de serem preenchidos pelos demais entes federativos, concluindo-se que a Lei nº 14.133/2021 apresenta não só normas gerais, como também normas de cunho específico, sendo, constitucionalmente viável, que os demais entes estabeleçam normas em sentido diverso daquele fixado pelo legislador federal.

Palavras-chave: Federação. Competência normativa. Normas gerais. Contratações públicas.

Abstract

Based on the technique of vertical division of competence, the Federal Constitution establishes that it is the Union's competence to define the general rules on public procurement and administrative contracts, allowing other federative entities to legislate on specific rules according to their particularities. Currently, Law nº 14,133/2021 fulfills defines the general rules on public procurement. In methodological terms, bibliographic research and qualitative inquiry were adopted, respectively, to identify the theoretical-specialized understanding and the Supreme Court jurisprudence. Based on the differentiation between national law and federal law, the paper seeks to delimit the normative spaces that can be filled by other federative entities, concluding that Law nº 14,133/2021 presents not only general but also specific rules, and that it is constitutionally feasible for other entities to establish norms in a different direction from that set by the federal legislator.

Keywords: Federation. Normative competence. General rules. Public procurement.

[1] Mestre em Direito Constitucional (IDP). Membro do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas. Assessor Técnico da Diretoria-Geral do Senado Federal. Professor de pós-graduação do Instituto Goiano de Direito (IGD), do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado e consultor jurídico.

Introdução

Em razão do imbricado sistema de distribuição de competências legislativas entre os entes federados, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), desponta a necessidade de uma análise da problemática atinente à delimitação da atuação de cada ente nas matérias de competência normativa concorrente, notadamente no que tange à disciplina das contratações públicas.

O critério de distribuição de competência do tipo vertical pressupõe a existência de um critério para a conciliação de interesses entre os entes, sendo conferida à União a prerrogativa de editar normas gerais em relação às matérias especificamente indicadas pela constituição. Tais normas gerais deverão ser observadas pelos demais entes federativos, quando da edição de suas respectivas leis tendentes a complementar as disposições gerais advindas da União.

Diante do advento da chamada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – Lei nº 14.133/2021 – e considerando a previsão do art. 22, XXVII, da CF (BRASIL, 1988), que confere à União a competência de editar normas gerais sobre contratações públicas, busca-se neste artigo a identificação de normas de cunho geral e, dessa forma, a delimitação dos espaços normativos passíveis de serem preenchidos pelos estados, Distrito Federal (DF) e municípios.

Regimes de contratação pública no Brasil e estrutura organizacional da competência normativa sobre licitações e contratos administrativos

Da leitura do inciso XXVII do art. 22 em conjunto com o art. 173, §1º, III, da CF, extrai-se a previsão de dois grandes regimes de contratação pública no país:

a) da administração pública direta, autárquica e fundacional; e

b) das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Em situações híbridas, como a das organizações paraestatais e privadas que venham a aplicar recursos públicos, ainda que não se enquadrem categoricamente em um dos dois grandes regimes alhures abordados, deverão ser observados os princípios da administração pública e seus corolários, constituindo, pois, um peculiar regime de contratação, mas com a necessária afetação de interesse público.

Com base na técnica de repartição vertical de competência, o inciso XXVII do art. 22 da CF preconiza que caberá à União definir as *normas gerais* sobre licitação e contratos administrativos, permitindo, por outro lado, aos demais entes federativos, legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades.

> 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. (BRASIL, 1988).

Compete à União, portanto, a edição de normas gerais tanto para o regime da administração direta, autárquica e fundacional quanto para o regime contratual das empresas estatais.

Há que se cotejar o art. 22, XXVII, com o art. 24, inciso XI e §§1º e 2º e o art. 30, II, da CF, concluindo-se, consoante entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que a competência legiferante em matéria de contratação pública é do tipo concorrente.

> É de se questionar, então: as normas gerais de licitação e contratação, editadas pela União, têm por contraponto, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas ou normas suplementares? Resposta: a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza suplementar. Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de "normas gerais" (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim com a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrantando o princípio federativo (BRASIL, 2015b).

Se, por um lado, compete à União definir as normas gerais sobre o tema, por outro, é permitido aos demais entes federativos legislar sobre normas específicas, de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

Nesse aspecto, cumpre anotar a importância de estabelecimento de um critério definidor do alcance da normatização da União no tocante à licitação e aos contratos administrativos. Tal critério funda-se na distinção entre normas gerais e normas específicas. Com efeito, quando a União estabelece uma norma geral, tal diploma ostenta a condição de lei nacional, aplicável em todo o território, devendo ser observada indistintamente por todos os entes federativos. Noutra via, ao criar norma específica sobre o assunto, tal lei terá âmbito federal, só atingindo a própria União. Quanto à distinção entre os conceitos de lei nacional e lei federal, vale transcrever ensinamento de Geraldo Ataliba: "a) lei nacional – veicula normas gerais, é produto legislativo do Estado federal, transcende à esfera de qualquer pessoa política; b) lei federal – vincula todo aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas" (ATALIBA *apud* CARMONA, 2010, p. 56).

Compreensão doutrinária e jurisprudencial acerca das normas gerais

Há notória cizânia doutrinária relativa à definição de quais regras, em matéria de contratação pública, são normas gerais e quais são normas específicas (CARMONA, 2010, p. 57-58).

Para fins didáticos, cumpre mencionar o clássico artigo de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1988) que, ao promover um amplo levantamento da doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, apresenta, de forma sintética, as características essenciais das normas gerais:

a) estabelecem princípios, linhas mestras e regras jurídicas gerais;

b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado;

c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos;

d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas;

e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito;

f) devem referir-se a questões fundamentais; e

g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos estados; h) não são normas de aplicação direta.

Com esteio na análise de tais características, Moreira Neto (1988) conclui:

> 1º - A União está limitada à edição de diretrizes nacionais que se dirigem precipuamente aos legisladores estaduais, para os quais são cogentes, direta e imediatamente eficazes.
>
> 2º - As normas específicas baixadas pela União juntamente com as normas gerais ou os aspectos específicos por acaso nestas contidas, não têm aplicação aos Estados-Membros, considerando-se normas particularizantes federais, dirigidas ao Governo Federal.
>
> 3º - Inexistindo, e enquanto inexistir, legislação estadual específica, tanto as diretrizes nacionais contidas nas normas gerais quanto sua pormenorização federal se aplicam subsidiariamente, direta e imediatamente às relações concretas nelas previstas.
>
> 4º - Inexistindo normas gerais da União versativas sobre qualquer assunto ou aspecto que deva ser legislado pela modalidade de competência concorrente limitada, o Estado-Membro poderá legislar amplamente a respeito, prevalecendo sua legislação até que sobrevenham diretrizes nacionais que com ela sejam incompatíveis.
>
> 5º - A normas específica estadual que regular, direta e imediatamente, uma relação ou situação jurídica concretamente configurada afasta a aplicação de norma federal coincidente, salvo se contrariar, diretrizes principiológicas de norma geral, na 3ª hipótese acima.
>
> 6º - Em razão de sua inafastável característica nacional, não será norma geral a que dispuser sobre organização, servidores e bens dos Estados ou Municípios mas, em consequência, simples norma inconstitucional.

No âmbito do STF, inexiste definição do conceito de normas gerais, o que dificulta a identificação do espaço de atuação normativa dos entes federativos em tal assunto. Todavia, merece repercussão o entendimento sufragado pelo pretório excelso na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060/SC, em 25/02/2015:

> [...] 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)
>
> 2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso sub judice envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos),

> não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.
>
> 3. A prospective overruling, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988. (BRASIL, 2015a, grifos do autor).

Restou consagrada a analogia feita pelo ministro Carlos Velloso, em seu voto na medida cautelar na ADI nº 927/RS (BRASIL, 1994), segundo o qual, a norma geral apresenta uma moldura do quadro a ser pintado pelos estados, DF e municípios. Tal analogia é bem desenvolvida por Raul Machado Horta (*apud* CARMONA, 2010, p. 61, grifos do autor):

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

Na oportunidade do julgamento da medida cautelar na ADI nº 927/RS, vislumbrou-se a tentativa de definição do conceito de norma geral, não havendo, contudo, consenso. Em seu voto, assentou o relator, ministro Carlos Velloso:

> [...] Penso que essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que 'norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências [...] Não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam [...] São normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos. (BRASIL, 1994).

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

As normas gerais editadas pela União sobre licitações e contratos

Com vistas a cumprir o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, a União editou, para o regime da administração direta, autárquica e fundacional, a Lei nº 14.133/2021 (em substituição à Lei nº 8.666/1993), e, para o regime das empresas estatais, a Lei nº 13.303/2016.

Contudo, com esteio na diferenciação entre lei nacional e lei federal, vale frisar que ambas as normas (Lei nº 14.133/2021 e Lei nº 13.303/2016), apresentam não apenas normas gerais – que ostentam âmbito nacional –, mas, também, normas de cunho específico.

Resta claro que não foi intenção do legislador federal esgotar nas Leis nº 14.133/2021 e nº 13.303/2016 toda a matéria atinente às contratações públicas, suprindo dos demais entes a necessidade de especificar a disciplina no tema de acordo com as suas particularidades. No caso, o que desbordar das referidas leis em caráter de norma geral, será de aplicação específica para a administração pública federal (no caso da Lei nº 14.133/2021) e para as empresas estatais federais (no caso da Lei nº 13.303/2016). Caso contrário, se tais normas limitassem a estabelecer apenas os princípios, as diretrizes e os fundamentos das licitações e contratos, não haveria disciplinamento específico para os procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos e empresas públicas federais.

É oportuno salientar que a edição das Leis nº 14.133/2021 e nº 13.303/2016 não exauriu a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre os regimes de contratação pública. Não há qualquer óbice para que a União discipline o assunto em outros diplomas normativos, como foi feito, *v.g.*, no caso da Lei nº 8.987/1995 (concessão de serviços públicos); da Lei nº 11.079/2004 (parcerias público-privadas); da Lei Complementar nº 123/2006 (estabelece nos artigos 42 a 49 regras gerais para tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas); e da Lei nº 12.232/2010 (contratação de serviços de publicidade).

Tentativa de indicação não exaustiva de normas gerais e normas específicas na Lei nº 14.133/2021

Com esteio na jurisprudência do STF e nas manifestações contidas em estudos especializados ainda sob a égide da Lei nº 8.666/1993, dúvida não há de que a despeito da redação do *caput* do seu art. 1º, a Lei nº 14.133/2021 dispõe não só sobre normas gerais, em atendimento ao art. 22, XXVII, da CF, mas, também, sobre normas específicas, sendo essas aplicáveis apenas no âmbito da administração pública federal.

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

Destarte, entende-se que seriam norma geral" na Lei nº 14.133/2021:

a) princípios e as diretrizes gerais estabelecidas nos arts. 1º a 5º e 11;

b) definição das modalidades de licitação, tendo em vista expressa previsão no inciso XXVII do art. 22 da CF;

c) estabelecimento dos tipos de licitação (critérios de julgamento) no art. 33;

d) critérios de preferência e de tratamento diferenciado prevista no art. 60[2];

e) requisitos máximos de habilitação fixadas nos arts. 66 a 69[3];

f) garantia de qualquer cidadão em impugnar o ato convocatório e solicitar esclarecimentos (art. 164);

g) previsão dos atos decisórios passíveis de interposição de recurso administrativo contida no inciso I do art. 165; e

h) prazos mínimos para a interposição dos recursos[4]; i) taxatividade dos casos de dispensa de licitação (art. 75).

A seu turno, os pormenores atinentes à regulamentação dos procedimentos licitatórios, desde que preservem os princípios, as diretrizes, a estrutura substancial do procedimento e o núcleo essencial dos requisitos de participação e direitos dos licitantes estabelecidos na Lei nº 14.133/2021 poderão ser normatizados de maneira específica pelos estados, DF e Municípios naquilo que lhes for peculiar:

a) definição de prazos e requisitos adicionais de publicidade dos editais e contratos;

b) rito procedimental relativo à ordem de realização das etapas da licitação;

c) forma e prazos de interposição dos recursos administrativos, desde que respeitados os limites mínimos traçados pelo art. 165 da NLLC;

d) procedimento e condições para alienação dos bens pertencentes à administração dos estados, DF e municípios (arts. 76 e 77);

e) regulamentação sobre registros cadastrais e catálogos de padronização; e

f) regulamentação acerca dos procedimentos auxiliares.

[2] No que tange aos critérios de preferência e de tratamento diferenciado em sede de licitações e contratos, por envolverem uma perspectiva de ponderação do legislador federal face ao princípio da isonomia e o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, os estados e municípios deverão se ater às hipóteses previstas no art. 60 da NLLC, sendo-lhes vedado instituir novas hipóteses de preferência que afetam diretamente o procedimento de julgamento e apreciação das propostas.

[3] Como a fixação das condições de habilitação estão necessariamente relacionadas com os contornos estabelecidos pelo legislador federal, a respeito do princípio da ampla participação em sede de licitações públicas, entende-se que é vedado aos estados e municípios fixar requisitos abstratos que potencializem a dificuldade de participação nos certames, restringindo, assim, a competição. Será, todavia, admissível que a legislação estadual ou municipal apenas discrimine de maneira mais precisa do rol dos arts. 66 a 69 da NLLC, instituindo detalhes quanto à forma de apresentação dos documentos ali relacionados, desde que não impliquem em ampliação indireta das restrições ora constantes do Estatuto Federal de Licitações.

[4] É clarividente que a fixação dos prazos não poderá ser de tal forma que desvirtue ou esvazie o núcleo essencial do direito de petição, de modo que as condições materiais de defesa do licitante sejam praticamente inviabilizadas pelo exíguo prazo recursal ora previsto. Com esteio de tais considerações, pode-se concluir que os estados e os municípios poderão fixar prazos de recursos diferentes daqueles previstos no art. 165 da NLLC, desde que, no mínimo, respeitem os prazos então fixados na referida norma.

Requisitos do art. 7º e 8º da Lei nº 14.133/2021: norma geral ou específica?

A NLLC dedica um capítulo próprio aos agentes públicos (Capítulo IV do Título I), estabelecendo, no art. 7º, requisitos gerais a serem observados na designação dos "agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei".

> Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:
>
> I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;
>
> II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e
>
> III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil. (BRASIL, 2021).

Portanto, está o art. 7º a tratar, de forma genérica, dos agentes públicos que irão atuar nos procedimentos administrativos de contratação, em todas as suas fases: preparatória, externa e contratual. E, consoante expressa previsão do §2º do mesmo art. 7º, tais requisitos gerais de designação dos agentes públicos também se aplicam aos servidores integrantes dos "órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração".

Especificamente quanto ao inciso I do art. 7º, salienta-se que a Lei nº 14.133/2021 mantém a atecnia observada no *caput* do art. 51 da Lei nº 8.666/1993, porquanto o atributo da efetividade está relacionado à forma de provimento do cargo público[5] e não ao servidor propriamente dito. Todo cargo público (seja de provimento efetivo, seja de provimento comissionado) compõe o quadro funcional dos órgãos e entidades, conforme a lei que os institui. Devido a ser criado por lei (ato normativo primário), em realidade, o cargo em si – e não o servidor - integra o quadro permanente do órgão ou da entidade. Com efeito, a redação mais aderente à estrutura constitucional dos cargos e empregos públicos, tanto para o inciso I do art. 7º quanto para o *caput* do art. 8º, seria: "servidor ocupante de cargo de provimento efetivo".

Além dos requisitos gerais fixados nos incisos I a III do art. 7º, o *caput* do art. 8º estabelece uma exigência adicional para a designação do "agente de contratação": ser servidor efetivo[6].

[5] De acordo com o inciso II do art. 37 da CF, o provimento, em caráter efetivo, se dá mediante aprovação prévia em concurso público. Por sua vez, o provimento, em caráter comissionado, é precário e baseia-se em critério discricionário da autoridade competente, sendo de "livre nomeação e exoneração".

[6] Nos termos do art. 176, I, da NLLC, a observância dos requisitos do art. 7º e do *caput* do art. 8º, somente será exigida para os municípios com até 20 mil habitantes, após o transcurso do prazo de seis anos da publicação da Lei nº 14.133/2021, ou seja, somente a partir de 1º de abril de 2021.

Apresentados os requisitos subjetivos, condicionantes à designação dos agentes públicos, é preciso questionar: o *caput* do art. 7º e o *caput* do art. 8º da NLLC possuem envergadura de norma geral ou de norma específica?

Por versar sobre matéria correlata à organização interna de pessoal e gestão administrativa dos entes federados, além de não integrar, substancialmente, a compreensão do processo de licitação pública propriamente dito – conforme dicção do art. 37, XXI, da CF -, em nossa opinião, tais requisitos, em especial quanto ao caráter efetivo do provimento do servidor, tratar-se-iam de norma específica, sendo aplicável, de antemão, apenas no âmbito da União, admitindo-se, por conseguinte, previsão distinta na legislação de estados e municípios[7].

Nesse sentido, vale transcrever contundente opinião do mestre Adilson Abreu Dallari (2021) ao tecer comentários sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133/2021:

> **Os Arts. 7º a 10 dispõem sobre agentes públicos, que não é, exatamente, matéria de licitação, mas, sim, de organização administrativa, descendo a detalhes**, tais como o agente de contratação, a comissão de contratação e a gestão por competências, que, certamente, serão de difícil aplicação em alguns Estados e na maioria dos Municípios. De resto, **podem configurar inconstitucionalidade, na medida em que, ao estabelecer impedimentos e obrigações para agentes públicos, afetam a autonomia administrativa das unidades da federação**. (DALLARI, 2021, grifos do autor).

Talvez o que se pode extrair do *caput* do art. 8º da NLLC como norma geral seja a regra da condução unipessoal dos processos licitatórios, consagrando o modelo de sucesso adotado no pregão (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/2002). Fora isso, os requisitos subjetivos que o próprio servidor deveria ostentar não estão compreendidos na substância procedimental das contratações públicas.

De acordo com a expressão utilizada no art. 22, XVII, da CF, a União possui competência para editar "normas gerais de licitação e contratação", o que não pode abarcar, necessariamente, todos os aspectos acessórios e indiretos envolvendo a dinâmica do processo de contratação, chegando, inclusive, a afetar questões internas de organização administrativa de todos os órgãos e entidades.

Logo, sob a ótica constitucional, não se pode compreender os requisitos do art. 7º e do art. 8º da NLLC como de caráter geral, sob pena de sufocamento legislativo dos estados e dos municípios e, consequentemente, da mitigação da autonomia administrativa de tais entes federados.

O inadequado pressuposto da Lei nº 14.133/2021 quanto à existência de níveis hierárquicos entre entes federativos

Da leitura da Lei nº 14.133/2021, constatam-se passagens emblemáticas que reafirmam a perspectiva federal do processo de construção da norma, partindo-se, em dispositivos como o inciso II do art. 42, §1º do art. 43 e §1º do art. 54, de flagrante e inconstitucional pressuposição de existência de nível

[7] Em igual sentido, é o entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres (2021, p. 105*):* "ao ultrapassar a condição de diretriz, orientando pela preferência, o artigo 8º define uma regra cogente, que impõe submissão. Com essa característica, tal disciplinamento claramente se reveste da condição de norma materialmente específica, não vinculando Estados, Municípios e o Distrito Federal, mas apenas órgãos e entidades federais".

hierárquico entre os entes federativos[8].

Em tais dispositivos, a NLLC vale-se de expressões como "órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior" e "do ente de maior nível entre eles".

Ora, reafirma-se que a CF estabelece um Estado Federal, calcado na autonomia dos entes federativos (União, estados, DF e municípios), pressupondo, pois, a inexistência de qualquer relação ou vínculo hierárquico ou de subordinação entre eles (art. 18). Logo, o inciso II do art. 42, o §1º do art. 43 e o §1º do art. 54 da NLLC, além de disciplinarem temática com natureza substancialmente específica, devem ser lidos à luz da CF até mesmo quando aplicados pela administração federal, de modo que, a declaração de atendimento do produto (art. 42, III) e o processo de padronização de produto (art. 43, §1º) emitido por órgão ou entidade de qualquer ente público, por gozar de presunção de veracidade (art. 19, II, CF), deverá ser aceito em processos licitatórios federais, estaduais ou municipais.

Afinal, qual sentido haveria de, em uma hipotética licitação realizada por um órgão do estado de Minas Gerais, não ser aceito um processo de padronização feito por um órgão do município de Belo Horizonte, mas ser admitido um processo de padronização realizado por uma autarquia federal? Ainda que se alegue que a busca por uma uniformização de procedimentos justifique tal previsão, como tratar a aceitação de prova de qualidade, por exemplo, entre órgãos de diferentes estados (mas de igual nível federativo), que, em teoria, poderiam disciplinar seus procedimentos de forma distinta?

A adesão de ata de registro de preços municipais: interpretação conforme à Constituição Federal (CF) do §3º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021

A Lei nº 14.133/2021, nos §§2º a 8º do art. 86, incorpora em ato normativo primário a possibilidade de adesão tardia à Ata de Registro de Preços (ARP), assim como historicamente previsto no art. 8º do Decreto Federal nº 3.931/2001 e no art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/2013.

Dessa forma, resta permitido a qualquer órgão e entidade que não tenha assumido, na época própria, a posição formal de órgão participante, a utilização da ARP – daí a designação "carona".

Tal utilização, porém, não se dá de forma plena, como ocorre com os órgãos inicialmente admitidos com órgãos participantes, em vista de a adesão ficar sujeita às seguintes condições:

> a) apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;
>
> b) demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 da NLLC; e
>
> c) prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

[8] Para uma avaliação crítica acerca do papel orientativo da normatização federal em matéria de contratações públicas, vide: AMORIM (2019).

Para as contratações destinadas a "execução descentralizada de programa ou projeto federal" ou para "aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar", as adesões tardias não estarão sujeitas ao limite global de que trata o §5º do art. 86 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021).

Como nítida norma de caráter específico, o §8º do art. 86 da Lei nº 14.133/2021 estabelece ser vedado aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão à ARP, gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal. Não há novidade quanto a esse ponto, tendo em vista a previsão já externada no §8º do art. 22 do Decreto Federal nº 7.892/2013[9].

Por sua vez, o §3º do mesmo art. 86 preconiza ser a faculdade de adesão à ARP "limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital". A seguir a literalidade do dispositivo, diante da ausência de menção aos órgãos municipais como gerenciadores, poder-se-ia chegar ao entendimento quanto à impossibilidade de ARPs municipais serem aderidas.

Compreende-se que deve ser conferida ao §3º uma interpretação conforme à CF, porquanto a conclusão pela impossibilidade de adesão de ARP municipal atentaria contra a estrutura federativa do Estado brasileiro, constituindo um *discrimen* injustificado em relação a um dos entes da Federação – o município –, autônomo como os demais. Afinal, por qual razão uma ARP municipal não poderia ser aderida por outros entes?

Ainda que se diga que o legislador buscou proibir a chamada adesão verticalizada, não há razão para vedar adesão de ARP municipal por parte de um outro órgão municipal. Em outras palavras: mesmo que se acredite na tese da proibição da adesão verticalizada, ela não seria aplicável a entes da mesma natureza (município). Logo, o raciocínio tendente à proibição de adesão seria contraditório em vista de sua premissa central.

De toda forma, em termos substanciais, a norma do §3º seria de cunho específico, não obstando, pois, que estados, DF e municípios, em sua legítima competência normativa concorrente sobre a matéria, tratem o assunto de maneira diversa em relação às suas respectivas estruturas organizacionais.

Por fim, extrai-se dos §§3º e 8º do art. 86 da NLLC as seguintes conclusões:

a) a permissão de adesão tardia à ARP trata-se de uma norma de caráter geral;

b) a vedação de adesão por parte de órgãos e entidades federais à ARP gerenciada por

[9] Cumpre observar que tal previsão regulamentar foi baseada em entendimento externado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme, *v.g.*, Acórdão nº 3.625/2011 – 2ª Câmara, tendo por premissa a ocorrência prática de mitigação do princípio da publicidade, porquanto a divulgação de ARPs estaduais e municipais não teriam abrangência nacional. Contudo, diante da previsão da necessária publicidade das ARPs no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), parece ser paradoxal a positivação da vedação à adesão verticalizada por parte de órgãos e entidades federais.

órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal é norma de caráter específico, tendo por destinatários apenas a administração pública federal direta, autarquia e fundacional;

c) não há vedação de adesão por parte de órgãos e entidades estaduais, distritais e municipais de ARP gerenciada por órgão ou entidade federal e de outros estados e do DF; e

d) há que se conferir uma interpretação conforme a CF acerca do §3º do art. 86 no sentido de ser considerada como apta à adesão às atas de registro de preços gerenciadas por órgão ou entidade municipal.

Conclusão

De acordo com o disposto no art. 22, XXVII, da CF (BRASIL, 1988), lastreado na técnica de repartição vertical de competência, caberá à União definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, sendo, por outro lado, permitido aos demais entes legislar sobre normas específicas de acordo com as suas particularidades. Logo, apenas as normas gerais são de obrigatória observância para as demais esferas de governo, que ficam liberadas para regular diversamente o restante.

Atualmente, é a Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), editada pela União, que cumpre o papel de definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Contudo, com esteio na diferenciação entre lei nacional e lei federal, vale frisar que a NLLC apresenta não só normas gerais – que ostentam âmbito nacional – como também normas de cunho específico.

Consoante a doutrina especializada e a jurisprudência do STF, o que desbordar da Lei nº 14.133/2021, em caráter de norma geral, será de aplicação específica para a administração pública federal. Logo, as normas de caráter específico, contidas na NLLC, são aplicáveis apenas à própria União, não vinculando os estados e os municípios que poderão dispor em contrário em suas respectivas legislações.

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

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

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**: teoria e jurisprudência. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2021.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Por um "giro hermenêutico" no Direito Administrativo de estados e municípios. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 set. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060/SC. Tribunal Pleno. Relator: Luiz Fux. Julgado em: 25 fev. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 4 maio 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 (MC)/RS. Tribunal Pleno. Relator: Carlos Velloso. Julgado em: 3 nov. 1993. **Diário da Justiça,** Brasília, DF, 11 nov. 1994, p. 30.635.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059/RS. Tribunal Pleno. Relator do acórdão: Luiz Fux. Julgado em: 9 abr. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, 8 maio 2015b.

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

DALLARI, Adilson Abreu. Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21. **Consultor Jurídico,** São Paulo, 29 abr. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei-1413321. Acesso em: 21 mar. 2022.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa,** v. 25, n.100, p. 127-162, out./dez. 1988.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.