LEI Nº 8.666: LEI FEDERATIVA

SERGIO RESENDE BARROS*

1 — Introdução. 2 — Lei federativa. 3 — Lei federal, lei federativa, lei nacional. 4 — Conclusão.

1. *Introdução*

A recente Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que deu nova disciplina às licitações e contratos administrativos, sugere à doutrina temas importantes, sobre os quais já debatem administradores e administrativistas. As primeiras atenções voltam-se para os aspectos práticos. Sobretudo, para as inovações. Algumas, a causar apreensão por seu efeito imprevisível. Outras, até, a inspirar temor por seu rigor excessivo.

Contudo, entre os temas sugeridos, há os que, se não têm efeito prático sobre ações administrativas correntes, têm proveito teórico para decisões jurisprudenciais futuras. Por isso, embora não sejam capazes de sobressaltar o espírito de nenhum administrador, são capazes de assaltar a curiosidade de algum administrativista.

De tais estudos teóricos, três são propostos pelo primeiro artigo da nova Lei, ao afirmar que ela estabelece normas gerais no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Emergem daí duas indagações provocadoras.

A primeira é: o que são normas gerais? Ela sugere o primeiro estudo: conceituação de normas gerais, o que é importante para definir a constitucionalidade de não poucas normas dessa recente Lei, sobre as quais — exatamente por serem de duvidosa generalidade — paira suspeita de ofenderem o inciso XXVII do artigo 22 da vigente Constituição Federal e, com isso, contradizerem a Lei na própria Lei, negando no texto seqüente o afirmado no artigo primeiro.

A outra indagação é: que espécie de lei é esta, pela qual a União age na Federação, alcançando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios? Sugere o segundo estudo: classificação das leis da União quanto ao seu alcance.

* Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Tudo isso, para depois, na classe legislativa em que a União alcança os demais membros da Federação, definir as condições em que a União os alcança sem ferir a Constituição Federal, o que constitui um terceiro e último estudo.

Os três estudos — a conceituação de normas gerais, a classificação das leis da União e a constitucionalidade destas leis em função daquela conceituação e dessa classificação — completam-se. Realmente, a só leitura do supracitado preceito constitucional já mostra que a competência privativa da União de legislar "nas diversas esferas de governo", alcançando as órbitas federal, estadual e municipal, limita-se em certos casos, como condição de validade ao estabelecimento de normas gerais.

Contudo, apesar de completarem-se tais estudos não dependem um do outro a ponto de não se poder fazer um sem o outro. Mesmo deixando para depois o estudo das normas jurídicas quanto à sua generalidade, é possível fazer agora — como se fará — o estudo das leis federais quanto ao seu alcance, ficando ainda para depois — depois de destacada a classe de leis em que a União alcança outros entes federativos — o trabalho de definir em função daquela generalidade a validade desse alcance.

2. *Lei Federativa*

Dentre as leis editadas pela União, algumas há que se destinam à organização político-administrativa do Estado brasileiro, penetrando na estrutura da República Federativa para nela dispor instituições e institutos de governo e de administração, quer essenciais, quer acidentais à república e à federação. O federalismo brasileiro é de duplo grau, declinando por dois degraus entre três patamares. Pelo que, suporta em três níveis de poder três repartições genéricas de competência: União, Estado e Município.[1] Partindo da União, mas entrando nessa tríplice estrutura, na qual ainda se insere o Distrito Federal como repartição *sui generis*, tais leis completam — mesmo não sendo leis complementares, embora todas o devessem ser — a organização político-administrativa que a Constituição confere à República Federativa do Brasil. Ativam instituições e institutos na Federação, com a finalidade de — no âmbito da matéria regulada — afeiçoar os integrantes da Federação entre si e, com isso, aperfeiçoar a própria Federação. Pelo que, cabe chamá-las leis *federativas*.[2]

1 A essa estrutura federativa, modelada pelo Brasil, convém chamar *federalismo trino*, ou tríplice, para diferenciar de *federalismo dual*, ou dualista, modelado pelos Estados Unidos. Nas federações duais, geralmente há tendência ao surgimento de poderes locais com crescente autonomia. Porém, se o Constituinte não incluir expressamente esse terceiro nível na estrutura federativa, como fez no Brasil em 1988, não convém defini-la como federação trina. Antes, é melhor falar em propensão de um para outro tipo de federalismo, similar à verificada, com avanços e recuos, no transcorrer do primeiro século da federação brasileira.

2 Não raro, a intenção sucumbe à tentação, de modo que o desiderato de afeiçoar e aperfeiçoar resvala para o autoritarismo da União sobre os demais membros da Federação, originando leis federativas inconstitucionais. Esse desvio de poder legislativo, entretanto, não constitui regra, mas anomalia. Por regra, as leis federativas devem aprimorar a Federação, completando — e não ofendendo — a Constituição Federal.

Nesse tipo estão, entre outras, leis eleitorais, administrativas, tributárias, financeiras. Exemplos: a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral; a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, que dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas de licitação previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967; a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, e que passou a denominar-se Código Tributário Nacional por força do artigo 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967; a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

3. *Lei Federal, Lei Federativa, Lei Nacional*

Tais leis federativas constituem uma subespécie de leis federais. Em contraposição às leis editadas pelos Estados e Municípios, por isso ditas leis estaduais e municipais, é tradição chamar genericamente de leis *federais* as editadas pela União. nesse gênero, é possível discernir duas espécies bem visíveis: leis federais *intransitivas* e *transitivas*.

De uma parte, há leis da União para si mesma, mediante as quais ela cuida imediatamente de seus próprios assuntos político-administrativos, estritamente, sem repercutir — senão mediatamente, por reflexos inevitáveis — na estrutura federativa ou na convivência nacional. São leis federais *intransitivas*: sendo da União, não transitam além da União para impor institutos ou instituições à federação ou à Nação. São leis federais, pelas quais a União se autogoverna e se auto-administra. São leis da União para a União: *interna corporis*[3]. Por exemplo: o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre locação, arrendamento, aforamento e cessão de bens imóveis da União não utilizados em serviço público; o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que é a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1962, com as modificações subseqüentes e complementares.

De outra parte, ao lado dessas leis *interna corporis* da União, há leis federais de outra espécie: as leis *transitivas*, as quais comportam duas subespécies, as leis *federativas* e as leis *nacionais*. Com leis transitivas, a União não dispõe interna e estritamente sobre seu governo e administração, mas legisla ampla e abrangentemente sobre relações jurídicas pertinentes à Federação (leis federativas) ou à Nação (leis nacionais).

As *leis federais federativas* transitam da União para a Federação. A União as edita em nome do Estado Federal. Têm por fim imediato, alcançando outros entes

3 Daí, a tentação de chamá-las leis *unionais*. Esse vocábulo, ainda que não soe bem ao primeiro impacto, é correto de étimo. Conviria acostumar-se a ele, porque exprime adequadamente o que tais leis são. São leis da União para a União. Portanto, são leis unionais. De ordem pública, guardam primordialmente o interesse público, no caso, o interesse político-administrativo da União sobre suas próprias coisas. Fica aqui a sugestão do nome. Quem dele não gostar, que diga apenas: *leis federais intransitivas*.

federativos, completar a organização político-administrativa conferida pela Constituição à Federação. Com elas, a União não dispõe *interna corporis* exclusivamente, mas também legista *externa corporis* inclusivamente, não só para si mesma, mas também para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, ingressando no recinto da Federação, para aí ativar institutos e instituições de ordem pública, de teor político-administrativo. Além do exemplo acima, outras leis federativas podem ser apontadas, ora mais antigas, ora mais recentes: o Decreto-lei nº 5.764, de 19 de agosto de 1943, que dispõe sobre a situação contratual das empresas de energia elétrica, pelo qual a União, em certos contratos, substitui os Estados, o Distrito Federal, o então Território do Acre e os Municípios; a Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975, que dispõe sobre convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal para a concessão de isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias; a Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que estabelece normas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital, a serem ralizadas em 3 de outubro de 1994.

As *leis federais nacionais* transitam.da União para a Nação. São editadas pela União em nome do Estado Nacional. Têm por fim imediato, alcançando relações sociais entre indivíduos, nacionais ou paranacionais[4], disciplinar a convivência deles no seio da Nação. Realmente, a essas leis, porque disciplinam a convivência nacional, assim entendida a coexistência *pacífica* ou *litigiosa* dos que convivem na sociedade nacional, cumpre nominar leis nacionais. Tradicionalmente, há dois prismas sob os quais essa convivência é disciplinada: o público e o privado. Daí que as leis nacionais podem ser de ordem pública ou de ordem privada, guardando preponderante interesse político, ou administrativo, ou social, ou privado. Exemplos: a Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955, que dispõe sobre faixas de fronteira, zonas indispensáveis à defesa do País; o Decreto Legislativo nº 82, de 24 de novembro de 1971, promulgado pelo Decreto nº 70.391, de 12 de abril de 1972, pelo que foi aprovada e posta em execução a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, dita Estatuto da Igualdade, que deu abrigo, entre nós, aos chamados portugueses equiparados; o Decreto-lei nº 1.075, de 22 de janeiro de 1970, que regula a imissão *initio litis* da Administração Pública na posse do imóvel, na desapropriação de prédios residenciais urbanos habitados pelos proprietários ou por compromissários compradores com promessa de compra devidamente inscrita no Registro de Imóveis; a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, que dispõe sobre a

4 Nacionais são os componentes da Nação, natos ou naturalizados, assim definidos pelo Estado que a constitui juridicamente. São definidos pela Constituição do Estado, o qual — na qualidade de Estado Nacional — define a Nação da qual ele é o Estado, definindo-lhe os componentes nacionais natos ou naturalizados, como faz a Constituição brasileira vigente, no artigo 12. Paranacionais denomino os que, mesmo não compondo formalmente a Nação nos termos em que é juridicamente constituída, com ela se relacionam, caindo ao lado dos nacionais sob o jugo do Estado Nacional pelos vínculos jurídicos que com eles mantêm. Pelo que, embora sejam formalmente estrangeiros, os paranacionais não são estranhos à Nação: estão ao lado dos nacionais, com quem tratam ou contratam ou, no mais das vezes, convivem como se nacionais fossem.

intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo: a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu novo Código Florestal; a Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967, que dispõe sobre a proteção à fauna; a Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, que instituiu novo Código de Propriedade Industrial; a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que regula os direitos autorais. Também se enquadram nessa espécie, como leis nacionais, em rezão das normas que neles prevalecem, o Código Civil, o Código Comercial, o Código Penal, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, assim como várias leis que cuidam de aspectos eminentes da convivência nacional: sociedades comerciais e civis, falências e concordatas, alienações e locações, família e divórcio, criança e adolescente, produção e consumo, crimes e contravenções; e similares.[5]

Em síntese, como o Estado brasileiro, por modelo adotado, constitui um Estado Federal (tipo de Estado que se contrapõe ao Estado unitário) e um Estado Nacional (tipo de Estado que sucedeu aos estados feudais), a União — além de legislar em seu próprio nome, originando normas intransitivas, que podem ser ditas *unionais* — também legisla em nome do Estado Federal, produzindo normas transitivas ditas *federativas*, como também legisla em nome do Estado Nacional, gerando normas transitivas ditas *nacionais*. Todas essas espécies compõem um gênero comum: são normas *federais*, como de hábito são chamadas, no linguajar corrente, todas as normas editadas pela União federal, por contraposição às estaduais, editadas pelos Estados federados, e às municipais, editadas pelos Municípios.

Repare-se que nessa síntese, em vez de "leis", falou-se em "normas". Isso, para lembrar que freqüentemente no mesmo diploma legal — em uma única lei — aparecem misturadas tais espécies de normas. Com os critérios suprafixados, facilmente se poderá distinguir uma espécie de outra. Por exemplo, o Estatuto da Terra, editado pela União (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), contém normas federais intransitivas (ex.: o parágrafo único do artigo 6º), como também normas federais transitivas federativas (ex.: o parágrafo único do artigo 22) e transitivas nacionais (ex.: o *caput* do artigo 16).

Outro reparo. Algumas leis eminentemente federativas, como o Código Tributário Nacional, autoproclamam-se "nacionais". Não prevalece o rótulo. A definição se faz pelo que prevalece no corpo e na mente da Lei. Ainda mais, quando o próprio legislador — como nesse Código — é o primeiro a proclamar, na ementa, que a *mens* dominante da lei é instituir um sistema de normas "aplicáveis à União, Estados e Municípios". Trata-se, evidentemente, de uma lei federativa, a embrenhar-se na Federação para aí ativar institutos jurídicos de direito tributário, que nela preponderam.

Portanto, o fato de serem entretecidas na mesma lei normas federativas e normas nacionais pode dificultar, mas não impedir a classificação. Em função da classe de normas quantitativamente predominante no *corpus legis* ou do intuito quantitativa-

5 Já se nota, dos exemplos dados, que neste estudo se emprega o termo "lei" em sentido bem amplo, abrangendo diversas espécies legislativas.

mente dominante da *mens legis*, uma tal lei poderá ser definida como federativa ou nacional. Repare-se, ainda por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). Ao inverso do Código Tributário Nacional, predomina aqui em quantidade e em qualidade — no *corpus legis* e na *mens legis* — o timbre nacional. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor pode ser dito lei nacional, ainda que contenha normas de evidente caráter federativo (vide: art. 55; incs. II e III do art. 82; art. 105). Seu intuito-mor é legislar para a Nação e não para a Federação. As normas federativas, aqui, são meramente instrumentais das normas nacionais, dominando estas àquelas.

Tem cabimento nesta passagem, por conseguinte, um pedido de vênia. Já se afirma que a Lei nº 8.666/93 é uma lei nacional. Por exemplo, foi o que disse o competente Professor de direito administrativo, Carlos Pinto Coelho Motta, da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG, na abertura de um curso que ministrou em São Paulo, nos dias 5 e 6 de agosto de 1993, sob patrocínio da FGV (Fundação Getúlio Vargas) e da ABRASCA (Associação Brasileira das Companhias Abertas), a respeito da "Eficácia nas licitações e contratos" à vista da nova Lei.

Entretanto, como se demonstrou, há diferença entre norma federativa e norma nacional: distingue-se o alcance imediato. *Mediatamente*, por reflexo, tanto as normas federativas repercutem na Nação, quanto as normas nacionais repercutem na Federação. Porém, *imediatamente*, por destinação, enquanto as primeiras incidem no convívio federativo (de Estados e Municípios), as segundas incidem no convívio nacional (de nacionais e paranacionais). Por isso, não coincidem. Ambas — norma federativa e norma nacional — são transitivas. Partem da memsa origem: a União. Mas com destinos diferentes: a Federação e a Nação, Transitam por duas órbitas diferentes, a do Estado Federal e a do Estado Nacional, embora dentro de um só e mesmo sistema: o do Estado. Pelo que, ainda que se cruzem ou tangenciem aqui ou acolá, não coincidem em toda a compreensão e extensão. Portanto, há motivo e critério para distingui-las. Ainda mais porque as leis federativas são de ordem pública, ao passo que as leis nacionais são de ordem pública ou privada.

Pelo que, peço vênia para uma sugestão: — em vista da distinção acima estudada, que tem razão de ser, doravante se fale em normas e leis federativas, não mais em normas e leis nacionais, quando se deparar com normas tais e tantas como as que preponderam na Lei nº 8.666/93.

Um último reparo. No federalismo trino, além da União, também os Estados federados são chamados constitucionalmente a legislar transitivamente em matéria político-administrativa, alcançando entes federados menores, que são os Municípios, no Brasil. Aqui, como as leis federais, também as estaduais podem ser transitivas ou intransitivas, conforme transitem ou não na Federação dos Estados para os Municípios. Desse modo, embora os Estados federados não tenham possibilidade de editar leis transitivas nacionais, podem emitir leis transitivas federativas, que atuam na Federação. É o caso típico das Leis Orgânicas que — sob o ordenamento constitucional anterior — os Estados editavam para os Municípios. Já os Municípios, enfim, situados na base da Federação, não têm nenhuma possibilidade de legislar transitivamente. Suas leis são sempre estritamente municipais, *interna corporis*, intransitivas.

4. *Conclusão*

Cabe agora perguntar: a qual dessas espécies pertence a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993? Por gênero, é lei federal. Mas, de que espécie? É lei federativa? É lei nacional, indiferente à Federação? Ou simplesmente é uma lei intransitiva da União?

A própria ementa da Lei, combinada com o conceito de "Administração Pública" exarado no inciso XI do artigo 6º, fornece a resposta: — é lei federativa, em que a União alcança os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A resposta também está evidente em outras passagens da Lei. Por exemplo, no *caput* e no parágrafo único do artigo 1º. Aí se vê que a Lei avança por toda a estrada da Federação, adentro e a fundo, atingindo administração direta, mas também fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, enfim, todas as entidades controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É, pois, uma Lei que percorre a estrutura da Federação para aí dispor normas, no caso, normas de direito administrativo concentradas em dois institutos: a licitação e o contrato.

Em conclusão: a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é lei federal, de ordem pública, de interesse administrativo, de repercussão federativa. Em síntese: é lei federativa. Como se queria demonstrar.

O embalo da demonstração levaria a uma pergunta final: sendo federativa, que tipo de normas poderia essa Lei dispor na Federação para dispor normas válidas? Generalizando: — quais as condições de validade das normas federativas?

A resposta implicaria, em primeiro, estudar o conceito de normas gerais, para, em segundo, à luz desse conceito, estudar a validade das normas federativas. Esses dois estudos, já se antecipou na Introdução, ficarão para outra oportunidade.