O conceito de norma geral de licitação e contratação pública*

The concept of general norm of binding and public procurement

*Leandro Sarai***
*Flávio Garcia Cabral****
*Cristiane Rodrigues Iwakura*****

RESUMO

O artigo, elaborado pelo método hipotético-dedutivo, estuda o conceito de norma geral de licitação e contratação a partir da legislação vigente, da doutrina e da jurisprudência. A necessidade da pesquisa decorre do fato de a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, principalmente por seu caráter mais

* Artigo recebido em 13 de agosto de 2021 e aprovado em 15 de setembro de 2021. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v282.2023.88641.

** Doutor e mestre em direito político e econômico e especialista em direito empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Professor credenciado da Escola da Advocacia-Geral da União (Eagu). Procurador do Banco Central do Brasil e membro da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU. E-mail: leandro.sarai@yahoo.com.br.

*** Pós-doutorado pela PUC-PR; doutor em direito administrativo pela PUC-SP; coordenador e professor da pós-graduação em direito público pela Escola de Direito do Ministério Público em Mato Grosso do Sul (Edamp); procurador da Fazenda Nacional. E-mail: flaviocabral@hotmail.com.

**** Doutora e mestre em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Pós-graduada em direito público pela Universidade de Brasília (UnB) e em regulação de mercado de capitais pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec). Professora e coordenadora de disciplinas no mestrado profissional e pós-graduação da Escola da Advocacia-Geral da União (Eagu). Procuradora federal. E-mail: cristiane.iwakura@agu.gov.br.

pormenorizado, fazer ressurgir o debate sobre os limites da competência constitucional da União para legislar sobre o tema. Inicialmente, parte-se da doutrina tradicional segundo a qual o caráter geral da norma decorreria de seu conteúdo isoladamente considerado, ou seja, seu aspecto objetivo puro e absoluto. Dados os problemas insolúveis desse caminho interpretativo, elabora hipótese alternativa, denominada subjetiva-objetiva, que, em síntese, admite a generalidade como a necessidade de a norma ser uniforme para todos os seus destinatários, sem prejuízo da competência local para particularidades não tratadas pela norma geral, desde que respeitados os limites desta. A hipótese subjetiva-objetiva se mostrou melhor no teste hermenêutico para a solução de casos práticos.

PALAVRAS-CHAVE

direito constitucional — direito administrativo — competência legislativa — definição de normas gerais — licitações e contratações públicas

ABSTRACT

The article, elaborated by the hypothetical-deductive method, studies the concept of a general bidding and contracting rule based on current legislation, doctrine, and jurisprudence. The need for the research stems from the fact that Law No. 14,133, of April 1st, 2021, mainly due to its more detailed nature, re-emerges the debate on the limits of the Constitutional Competence of the Union to legislate on the subject. Initially, it is based on the traditional doctrine, according to which the general character of the norm would result from its content isolatedly, that is, its pure and absolute objective aspect. Given the insoluble problems of this interpretative path, it elaborates an alternative hypothesis, called subjective-objective, which, in summary, admits the generality as the need for the norm to be uniform for all its recipients, without prejudice to the local competence for particularities not treated by the general norm, provided that the limits of the general norm are respected. The subjective--objective hypothesis was better in the hermeneutic test for the solution of practical cases.

KEYWORDS

constitutional law — administrative law — legislative competence — definition of general norms — bids and public procurement

1. Introdução

A ação estatal é importante não apenas no cumprimento de suas finalidades últimas, na prestação de serviços públicos, mas também na forma como realiza as atividades necessárias a essa prestação. Entre tais atividades, as contratações públicas têm potencial de servir como efetiva política pública regulatória, na medida em que são idôneas a influenciar o comportamento dos agentes, como se vê, por exemplo, na adoção da sustentabilidade.[1]

Uma grande e antiga controvérsia reside na definição dos limites constitucionais da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações, conforme art. 22, XXVII, da Constituição.[2]

Essa controvérsia tende a ser intensificada com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, uma vez que possui caráter mais detalhado do que a legislação que será substituída por ela, como se percebe, por exemplo, pelo fato de a nova lei ter tratado do aspecto procedimental do planejamento, da pesquisa de preços e da fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas.

Esse maior detalhamento afrontaria o conceito de norma geral previsto na Constituição? Haveria invasão da competência dos outros entes federativos pela União? Até que ponto esses entes estão obrigados a seguir a Lei nº 14.133, de 2021, e até que ponto possuem competência para legislar sobre o tema? A importância da resolução dessas questões justifica o presente artigo.

A corrente predominante conceitua norma geral como aquela de caráter genérico, principiológico ou de diretriz, de modo que o detalhamento deveria ser complementado pela competência legislativa local. Essa corrente de entendimento, de caráter objetivo puro absoluto, também será chamada no presente artigo de corrente tradicional.

Embora na teoria essa concepção satisfaça alguns autores, ela não se sustenta num teste prático empírico, como se verá ao longo do texto.

---

1 SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis*: crítica da norma pura e caminho da transformação. Londrina, PR: Thoth, 2021.

2 "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." Na redação original, o inciso XXVII previa: "XXVII — 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;". Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Diante dessa constatação, o artigo procura formular uma proposta alternativa para sanar os problemas levantados no trato da questão. Essa alternativa é chamada no presente artigo de subjetiva-objetiva.

A metodologia utilizada será hipotético-dedutiva,[3] a partir do confronto com o ordenamento jurídico vigente e a literatura especializada, além da posição da jurisprudência.

A hipótese alternativa do presente artigo é a de que é possível recorrer ao aspecto subjetivo do conceito de norma geral, ou seja, a generalidade da norma estaria essencialmente na sua aplicabilidade a diversos entes ou na sua abrangência subjetiva, e não, como sustenta a doutrina tradicional, apenas no caráter genérico de seu conteúdo. E essa alternativa ainda é aprimorada por um critério adicional para auxiliar na aplicação da norma, a justificar sua nomenclatura como "subjetiva-objetiva".

A metodologia escolhida para o presente estudo também se reflete na forma como foi organizado o artigo, que, para sustentar sua tese, compreende a presente introdução e mais as seguintes seções.

Na segunda seção, será esclarecida a concepção da corrente tradicional, que representa o entendimento predominante acerca da definição constitucional de norma geral de licitação e contratação pública. Dentro da segunda seção é aberta uma subseção para demonstrar, ainda do ponto de vista teórico, os problemas da definição tradicional, que justificam sua refutação.

A terceira parte apresenta a hipótese alternativa, denominada subjetiva-objetiva, que sustenta que o sentido de norma geral seria uniformizar um padrão a ser adotado por todos os entes federativos. A terceira seção possui uma subseção para trazer um aprimoramento adicional para essa hipótese.

A quarta seção realiza testes práticos empíricos para testar ambas as hipóteses. Como a questão envolve interpretação da Constituição, o artigo tomou para análise apenas julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) que tenham enfrentado a questão dos limites da competência da União para editar normas gerais, principalmente na interpretação do art. 22, XXVII.

---

[3] MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68-70.

2. A corrente tradicional

Quando mencionado na introdução que a corrente tradicional teria caráter "objetivo", reconhece-se que o termo pode não ser perfeito. É que, se a intenção é indicar que ele se refere ao conteúdo da norma, não há como negar que os destinatários da norma, de certa forma, também estão abrangidos por seu conteúdo. Com efeito, de modo geral, uma norma contém uma instrução destinada a um sujeito. Por outro lado, porém, é clássica a distinção entre sujeito e objeto adotada no exercício do pensamento. É com base nessa distinção que, ao se atribuir o adjetivo "objetivo" ao caminho aqui exposto, procura-se deixar claro que ele não se dirige aos destinatários da norma, aos sujeitos.

A exposição da chamada corrente tradicional poderia ser feita trazendo a posição de cada autor que a adota. O problema dessa forma de exposição é que ela acabaria se tornando repetitiva. Por isso, preferiu-se trazer em uma única relação todos os argumentos encontrados que se alinham com essa corrente para tornar a exposição mais sintética e compor um único marco teórico. Dessa forma, os autores consultados serão citados apenas nas partes em que apresentarem alguma peculiaridade ou uma exposição mais completa acerca da característica analisada.[4]

De forma sintética, essa corrente, ao interpretar o art. 22, XXVII, da Constituição, parte da ideia de que as normas, conceitualmente, já seriam preceitos gerais e abstratos. Dessa forma, quando esse dispositivo constitucional menciona a palavra "geral", seria necessário dar uma utilidade a ela para que não houvesse redundância. Essa ideia parte da máxima hermenêutica de que "a lei não contém palavras inúteis".[5]

A corrente tradicional, assim, rejeita que o termo "geral" se referiria aos destinatários da norma, ou seja, ao aspecto subjetivo. Por isso se pode considerar que ela é objetiva pura. Como a corrente parece identificar a natureza "geral" da norma em seu próprio conteúdo, sem considerar o contexto e, principalmente, sem compará-la com outras normas, além de objetiva pura, essa corrente também teria um caráter absoluto.

---

[4] Os autores usados aqui para sintetizar a corrente tradicional são Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Rafael Valim, Marçal Justen Filho, Alice Gonzalez Borges e Lúcia Valle Figueiredo, valendo ressaltar que tais autores também fazem referência a outros que estudaram o tema. As obras consultadas estão ao longo do texto e nas referências bibliográficas.

[5] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

Esclarecidos os adjetivos que foram atribuídos a essa linha de pensamento, ainda é necessário trazer mais alguns aspectos para sua melhor compreensão. Essa corrente também sustenta que, como a Constituição é voltada para o povo, seu texto deve ser interpretado com o sentido comum e não técnico.[6]

O sentido comum da palavra "geral", nessa corrente, seria aquilo que é genérico ou sem detalhamento. Assim, a intenção do constituinte seria delimitar a competência da União para editar apenas normas genéricas, de caráter principiológico ou de diretriz, ou seja, sem descer a detalhes.[7]

Sustenta-se ainda que, para além do caráter genérico, as normas gerais também representariam um "piso defensivo" ou "padrões mínimos de defesa do interesse público".[8]

Há ainda uma construção mais sofisticada que, com base no princípio federativo e na distribuição constitucional de competências, demonstra a distinção entre a competência legislativa privativa do art. 22 da Constituição e a competência concorrente do art. 24 da Constituição. Segundo essa construção, as competências finalísticas ou externas estariam distribuídas ou partilhadas entre os entes federativos. Já as competências internas ou instrumentais que todos os entes possuem poderiam sofrer condicionamento ou limitação excepcional. Essa limitação à faculdade de auto-organização seria permitida quando constitucionalmente autorizada, como ocorreria nos incisos IX (transportes), XXI (funcionamento do serviço militar), XXIV (educação) e XXVII (contratações públicas) do art. 22 da Constituição. Como a competência para se auto-organizar seria ínsita de cada ente, a interpretação do que seria uma norma geral deveria ser restrita, pois a limitação da competência dos entes locais seria excepcional e as normas excepcionais deveriam ser interpretadas de forma restrita.[9]

---

6 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Normas gerais de direito financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito tributário. Coordenação de Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira e Robson Maia Lins. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/307/edicao-1/normas-gerais-de-direito-financeiro. Acesso em: 27 jul. 2021.

7 Ibid.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; JusPodivm, 2021. p. 437.

8 Id. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público — IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021; Id, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 437.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos — observações para hoje e para amanhã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 39-57, 1. jul. 1992; VALIM, Rafael. Normas gerais — sentido e alcance — ouvidorias. *Revista Trimestral de*

Ainda com base no texto da Constituição, como a previsão de normas gerais está presente apenas no inciso XXI (funcionamento do serviço militar) e no inciso XXVII (contratações públicas) do art. 22, há quem sustente que isso seria mais um argumento no sentido de que o constituinte teria efetivamente a intenção de limitar essa competência privativa da União para tratar das contratações públicas, de modo que não lhe caberia invadir competência de outros entes.[10]

Com base na distinção entre norma geral e norma especial, alguns autores fariam uma análise da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir se cada uma delas seria ou não geral.[11]

Estes são os principais aspectos da corrente tradicional. Para justificar a necessidade de uma corrente alternativa, é necessário demonstrar as limitações de cada um desses argumentos.

2.1 As limitações da corrente tradicional

O argumento de que "a lei não contém palavras inúteis" não possui uma base sólida. Ele tem seu valor para orientar o intérprete quando tem contato com uma norma, na medida em que, se o editor da norma utilizou determinada palavra, em princípio existe uma razão para ter dito. Mas essa premissa, que no plano teórico possui todo sentido, não encontra rigor na prática. Primeiro, porque não se pode impedir no plano empírico que os sujeitos editem normas com palavras inúteis. Segundo, porque a linguagem possui naturalmente uma margem de flexibilidade que possibilita elaborar um texto de diversas formas para atender a uma única e mesma intenção. E, terceiro, não se pode deixar de mencionar que o julgamento quanto ao que seria útil ou inútil não oferece um critério seguro *a priori*. Basta pensar no exemplo em que um texto emprega uma palavra apenas para dar ênfase a algo.

Direito Público — RTDP, ano 8, n. 57, p. 202-209, abr./jun. 2014. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/156/20928/34640. Acesso em: 29 jul. 2021.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2019. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.2 p. RL-1.2.

11 BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos: contribuição para a elaboração de uma lei nacional. *Revista de Direito Público — RDP*, São Paulo, n. 96, p. 81-93, out./dez.1990; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Licitações e contratos administrativos*, op. cit., p. 39-57, FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 1-19, jan./mar. 1997. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v207.1997.46934. Acesso em: 27 jul. 2021.

Carlos Maximiliano, mestre sempre lembrado no campo da hermenêutica, ressalta, a propósito, que referido preceito traria apenas uma presunção relativa.[12]

A doutrina, aliás, já constatou na prática a ocorrência de palavras inúteis, o que é decorrência das limitações naturais do ser humano, principalmente quando se toma conhecimento do complexo processo de elaboração legislativa.[13]

Aqui há um argumento utilizado pela própria corrente tradicional que reforça a possibilidade de haver palavras inúteis, pelo menos em relação à Constituição. Trata-se do argumento de que as palavras da Constituição, por representarem a vontade do povo e se destinarem ao povo, devem ser lidas e compreendidas em seu sentido comum e ordinário.[14]

Esse argumento de que a Constituição precisa ser interpretada como tendo uma linguagem comum mostra-se, em princípio e de certa forma, contraditório com o argumento de que a "lei não possui palavras inúteis". Isso porque, para que a lei não possua palavras inúteis, deve-se partir da premissa de que o legislador é técnico e possui rigor formal ao editar as normas.

---

[12] "308 — Entretanto o preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprego de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma. Bem-avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: 'Deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula, ou sentença'. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último." (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, op. cit., p. 204-205).

[13] "O fato é que leis têm palavras inúteis, imperfeições, inconsistências. E isso não é algo inesperado: é o resultado do processo democrático. É como 210 milhões de brasileiros funcionam em conjunto. Uma lei aprovada é o resultado de concessões e acordos feitos por representantes do povo na Câmara e no Senado. Quanto mais complexo for o tema, mais complexos serão os acordos e mais difícil será compreender o sentido do texto aprovado. O processo que resultou na nova Lei de Licitações não é uma exceção. Após mais de sete anos de debates, o resultado é um produto complexo cujos detalhes podem ser de difícil compreensão para quem não acompanhou sua produção gradual." (ZABAN, Breno et al. Como a Lei de Licitações foi feita: perspectivas do processo legislativo. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 9-38, abr./jun. 2021. p. 10).

[14] "No caso vertente, a expressão é empregada em seu sentido coloquial, como quer Thomás Cooley ao atremar que, no interpretar a Constituição, deve-se presumir que as palavras são utilizadas em sua significação natural e ordinária. O renomado Professor da Universidade de Michigan nos anos de 1880 enfatiza o seu entendimento acerca do assunto e, a propósito, reproduz as palavras igualmente abalizadas do magistrado John Marshall, assim averbadas: '[o] organizador da Constituição e o povo que adotou deve compreender-se tenham empregado as palavras na sua significação natural e tenham atendido ao que elas dizem.'" (Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Normas gerais de direito financeiro*, op. cit.).

Admitir, contudo, que seja possível conciliar ambos os argumentos e que as palavras da Constituição devam efetivamente ser interpretadas com o sentido ordinário e comum não soluciona o problema levantado. Isso porque, diferentemente do que afirma essa corrente, o sentido comum da palavra "geral" não aponta simplesmente para o que é "genérico" ou "não específico". Para demonstrar isso, é indispensável recorrer ao dicionário, onde se pode aferir que o conceito de "geral", além daqueles sentidos, abrange o que é "comum à maioria das pessoas ou das coisas: […] abrangente na sua totalidade",[15] "que se aplica a um conjunto de casos ou de indivíduos […] que abrange a totalidade ou a maioria de um conjunto de coisas ou pessoas".[16] O fato de essas acepções relativas à abrangência subjetiva aparecerem antes das acepções relativas ao sentido "genérico" e "sem detalhamento" parece indicar, aliás, que elas seriam justamente as mais ordinárias e comuns.

Mesmo que se admita que a ordem em que a acepção aparece no dicionário não seja suficiente para determinar a que deva ser utilizada, não se pode negar que o fato de utilizar a acepção "comum à maioria das pessoas" ou "comum a um grupo de pessoas" também serve para conferir utilidade ao termo "geral" empregado no texto constitucional e assim satisfazer os que defendem a inexistência de palavras inúteis. Essa utilidade será mais bem explorada no tópico relativo ao caminho subjetivo-objetivo.

Prosseguindo na análise dos argumentos da corrente tradicional, chega-se ao ponto efetivamente insuperável: ao se defender que o termo "geral" significa "genérico" ou "sem detalhamento", seguem-se duas alternativas: se não for possível definir o que é genérico, então essa corrente é, de certa forma, inútil, pois não servirá para auxiliar na aplicação da norma constitucional; por outro lado, se for possível definir o alcance do termo "geral", então a corrente tradicional é omissa, pois não apresenta um critério claro e preciso que permita sua aplicação aos casos concretos. A tentativa de definir "norma geral" como "norma principiológica" ou como "diretriz" não soluciona a questão, pois tenta enfrentar a abertura e abstração da primeira expressão utilizando outras expressões abstratas e abertas que não permitem trazer segurança jurídica e prejudicam sua aplicação prática.

---

[15] MICHAELIS. *Michaelis dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/ Acesso em: 27 jul. 2021.

[16] HOUAISS, Antônio. *Houaiss dicionário da língua portuguesa*. Dicionário eletrônico Houaiss. V. 1.0. Editora Objetiva, 2004.

O problema é que o conceito de "geral" remete a um juízo direcionado a uma relação entre objetos e não a um único objeto. "Geral" se contrapõe a "específico", de modo que a distinção só é possível se um objeto "geral" for contraposto a um objeto "específico". Dito de outra forma, uma norma somente poderá ser considerada geral se for comparada com uma norma de caráter específico. Mas a peculiaridade é que a generalidade ou especificidade é resultado da comparação, ou seja, aquela característica somente aparece após a comparação e não antes dela. Não existe um conjunto abstrato hipotético que contenha termos genéricos admissíveis de onde poderiam ser colhidos os elementos da norma geral, assim como não existe um conjunto de elementos que seriam específicos. A generalidade e a especificidade são dinâmicas e não estáticas.

É nessa toada que se manifesta Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao analisar as normas gerais do artigo 24 da Constituição, atestando que, por ser, logicamente, termo correlativo, geral só se define em face do seu oposto e vice-versa.[17]

Essa noção que exige uma comparação ou confrontação entre dois elementos remete ao método aristotélico de definição em que se toma um objeto, efetua-se o enquadramento desse objeto numa categoria ou num gênero próximo e, então, indica-se a característica ou diferença específica desse objeto que lhe conferiria identidade, apartando-o das demais espécies abarcadas pelo mesmo gênero.[18] Aliás, o próprio Aristóteles esbarrou na questão acerca de que o "gênero absolutamente não existe sem as espécies que o compõem".[19]

Trazendo essas ideias para a questão tormentosa do presente artigo, pode-se sustentar que, sem a existência simultânea de uma norma geral e uma respectiva norma específica, não se pode afirmar que a primeira seja geral e a segunda específica, não, pelo menos, no sentido de "norma genérica" que a

---

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, p. 245, 1995. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296. Acesso em: 13 ago. 2021.

18 ARISTOTLE. *Metaphysics*. Tradução de W. D. Ross. Disponível em: http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-384_-322,_Aristoteles,_13_Metaphysics,_EN.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021. Livro Z, cap. 12; id. *The metaphysics of Aristotle translated from the Greek*. Por Thomas Taylor. Londres, 1801. Disponível em: https://warburg.sas.ac.uk/pdf/akh237b32590817.pdf Acesso em: 27 jul. 2021 (Nessa edição, o Livro Z aparece como Livro VII, mas o capítulo é o mesmo).

19 Aristotle, *Metaphysics*, op. cit., Livro Z, cap. 12. Para mais detalhes sobre o método aristotélico, cf. ZINGANO, Marco. Unidade do gênero e outras unidades em Aristóteles: significação focal, relação de consecução, semelhança, analogia. *Analytica*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 395-432, 2013.

corrente tradicional lhe atribui. Note-se, por exemplo, que a norma hipotética "é proibido adquirir bens" é geral em relação à norma "é proibido adquirir bens móveis". Mas a norma "é proibido adquirir bens", isoladamente considerada, não pode indicar nada a respeito de sua generalidade ou especificidade. Além disso, a norma específica aqui do exemplo, "é proibido adquirir bens móveis", pode ser considerada geral se comparada com outra ainda mais específica, como "é proibido adquirir bens móveis pertencentes a estrangeiros". Mesmo a norma geral aqui do exemplo, "é proibido adquirir bens", poderá ser considerada específica se houver uma norma ainda mais geral do que ela.

Esse apontamento do parágrafo anterior também revela que a generalidade e a especificidade decorrem necessariamente de um julgamento que exige confronto entre pelo menos duas normas. Além disso, as normas possuem variados graus de generalidade ou especificidade, não sendo possível determinar onde uma norma deixa de ser específica e passa a ser geral.

No âmbito do Direito há algo de semelhante na distinção entre regras e princípios.[20] Fazendo uma analogia com a matemática, a aplicação das regras está para o raciocínio discreto assim como a aplicação dos princípios está para o raciocínio contínuo. Aqueles são aplicados no modo binário de ser e não ser. Os últimos são empregados no modo gradual.[21]

Não se deve deixar de mencionar que, mesmo quando se comparam duas normas, é possível que uma delas seja específica em relação a algum aspecto e seja geral em relação a outro. Se forem tomadas como exemplos as normas "é proibido fazer negócios envolvendo bens móveis" e "é proibido adquirir bens", fica evidente que a primeira norma é mais geral do que a segunda quanto ao negócio jurídico envolvido, mas a segunda é mais geral do que a primeira em relação ao objeto envolvido. Essa questão é colocada apenas para mostrar que o caráter geral de uma norma pode estar em seu todo ou apenas em uma parte dela. A corrente tradicional não tem como responder se a norma deve ser geral em seu todo ou apenas em uma parte da norma.

---

[20] DWORKIN, Ronald. *Levando os princípios a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 26-86; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021.

[21] Leandro Sarai, *Contratações públicas sustentáveis*, op. cit., p. 65-66.

Não é demais lembrar que nunca foi possível ao legislador prever todas as situações hipotéticas da vida real.[22] A insistência em tentar apreender toda a realidade pode levar o legislador a editar normas de caráter mais aberto ou genérico. Mas esse caráter mais aberto pode estar presente tanto em uma norma geral quanto em uma norma específica.

A ideia de que o conceito de norma geral representaria um "piso defensivo" ou "padrões mínimos de defesa do interesse público" parece tomar o efeito como a causa. Dito de outra forma, não se nega que as normas gerais de contratações públicas possuam essa propriedade, característica ou efeito. Mas elas têm esse efeito justamente por serem normas gerais e não o contrário. E a questão de se saber se uma norma é geral ou não continua pendente.

A busca por solução na análise da organização federativa do Estado brasileiro não parece revelar que a competência legislativa privativa da União seria restrita ou que deveria ser interpretada restritivamente. Na verdade, a competência deve ter o alcance que o constituinte assim determinou. Como o Direito se volta à prática, talvez somente uma análise de casos concretos permitisse uma melhor definição desses limites, de modo que não se poderia determiná-los sem tais casos, ou seja, *a priori*. Além disso, afirmar que a interpretação deve ser restritiva leva ao problema de definir o que é restritivo e o que não é.

Um último problema da teoria tradicional estaria na tese de que o art. 22, XXVII, da Constituição, ao prever que a União teria competência para editar "norma geral", não permitiria a edição de norma específica. O problema aqui é evidenciado ao se adotar a redução ao absurdo (*reductio ad absurdum*), uma vez que, tomando como premissa maior que o art. 22, XXVII, da Constituição, não permite à União editar norma específica; e tomando como premissa menor que a União consta desse mesmo dispositivo como destinatária das normas a serem editadas; chega-se à conclusão de que a União não poderia editar norma específica para si, o que seria um absurdo. Sendo absurda a conclusão, deve-se tomar outro caminho, adotando-se outro raciocínio.

Finalmente, o argumento de que exceções devem ser interpretadas restritivamente não ajuda, pois a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas é regra constitucional expressa e não exceção.

---

[22] Aristóteles já apontava que "toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 125).

Os problemas colocados no presente tópico podem ser sanados ao se optar pelo caminho subjetivo-objetivo, como se verá a seguir.

3. O caminho subjetivo-objetivo

Denomina-se aqui caminho subjetivo-objetivo tomar a expressão "norma geral" do art. 22, XXVII, da Constituição na acepção de que o caráter geral diria respeito, em primeiro lugar, a sua abrangência subjetiva, ou seja, a abrangência em relação aos sujeitos ou destinatários da norma. A norma geral seria aquela que abrangesse todos os destinatários nela indicados, isto é, "as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios", nos termos do dispositivo constitucional citado.

Utilizar o adjetivo "geral" nessa acepção atende, em primeiro lugar, assim como o caminho tradicional, e talvez até mais, a recomendação da hermenêutica constitucional de se adotar um significado ordinário e comum das palavras.

Em segundo lugar, confere utilidade a esse termo, qual seja: a palavra "geral" não é apenas a possibilidade, faculdade ou competência de legislar para todos os entes indicados no dispositivo constitucional. "Geral" significa que a norma editada para esses entes deve ser a mesma, deve ser uniforme, deve ser homogênea, ou seja, deve ser comum.

Como, naturalmente, aquilo que pode ser comum a todos tende a ser mais raro do que aquilo que pode ser específico ou peculiar, o caminho subjetivo-objetivo ainda oferece como vantagem em relação ao caminho tradicional uma limitação automática da competência da União.

Pode parecer um contrassenso afirmar que o que é comum tende a ser mais raro do que aquilo que é específico, uma vez que aquilo que é comum, ao contrário do que é específico, está presente em todos os elementos do conjunto. Mas essa pluralidade aqui diz respeito ao número de vezes que a característica comum aparece e é limitada apenas ao número de elementos determinados do conjunto que compartilham essa característica. Por outro lado, se se tomar quantidade de características comuns, ela será menor do que a quantidade de características específicas. Isso deve ser assim porque os ramos, por definição, são mais numerosos dos que os troncos. E quanto mais elementos de um conjunto são tomados, menor será a quantidade de características que será comum a todos eles.

Além disso, na medida em que norma implica custo, encargo, esforço, a União terá um elemento inibidor em seu desfavor ao exercer sua competência, uma vez que, em regra, qualquer norma geral imposta aos demais entes deverá ser imposta também para si. Assim, por exemplo, ao prever as hipóteses excepcionais de dispensa de licitação, essas hipóteses serão aplicadas não apenas para estados e municípios, mas também para ela própria. Isso não impede, contudo, a possibilidade de edição pela União de normas distintas, mais flexíveis ou mais restritivas para os demais entes. Exemplo de norma mais flexível está no art. 176 da Lei nº 14.133, de 2021, que concede prazo maior para os pequenos municípios adotarem algumas das exigências da lei. Exemplo de norma mais restritiva está no §3º do art. 86 da Lei nº 14.133, de 2021, que não permite aos municípios aderirem a atas de registro de preços de outros municípios.

A ideia aqui é que os entes distintos devem ser tratados de modo distinto na medida de suas distinções ou limitações, recebendo, com isso, ônus e bônus compatíveis com suas peculiaridades, ou seja, mera aplicação do princípio da isonomia aos entes federativos. Nos exemplos anteriores dos municípios, se, por um lado, considerou-se seu menor porte para flexibilizar algumas exigências em relação a eles, por outro lado, justamente porque licitações municipais tendem a possuir menor abrangência e participação, impediu-se o aproveitamento de atas de registro de preços municipais por outros entes.

No caminho subjetivo-objetivo, como se percebe, não há a dificuldade da distinção entre o que seria geral e o que seria específico. Geral é a característica da norma que é comum a mais de um ente. Deve ser ressaltado que determinada norma pode ser geral e específica ao mesmo tempo, conforme a perspectiva que se tome para abordá-la. Para ficar clara essa assertiva: Imagine-se uma norma aplicável apenas a municípios e estados. Essa mesma norma será geral em relação a municípios e estados, no sentido de que será comum, isto é, será a mesma norma para ambos, e será específica no sentido de que não será aplicável para a União.

A proposta aqui formulada, que também será tomada como hipótese mais adiante, requer um aprimoramento adicional, aprimoramento esse que justifica denominá-la não apenas subjetiva, mas subjetiva-objetiva.

3.1 Um aprimoramento adicional

Simplesmente estabelecer que a União pode legislar sobre licitações e contratos e que os demais entes devem se sujeitar a tal legislação ainda deixa uma questão residual. A questão diz respeito à forma de conciliar a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de contratações públicas com as competências legislativas dos outros entes políticos, notadamente as de autoadministração inerentes à forma federativa do Estado.

É importante frisar que esse desafio não é exclusivo do caminho subjetivo-objetivo, uma vez que ele também está presente no caminho tradicional. Assim, ele não representa uma desvantagem em relação à outra corrente.

A solução desse desafio passa pela compreensão da organização política-administrativa do Estado brasileiro. Para essa compreensão, como já advertiu o então ministro Eros Roberto Grau, deve ser lembrado que "o direito não se interpreta em tiras, aos pedaços, de modo que o texto normativo invocado deve ser interpretado em conjunto com os demais preceitos constitucionais".[23]

O obstáculo que se coloca à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações públicas seria a competência dos entes locais por conta do equilíbrio federativo. Para ser mais precisa essa assertiva, a questão é a definição do âmbito de competência da União. Isso porque, na Federação, em princípio, não há hierarquia entre os entes federados. Mas essa ausência de hierarquia se dá apenas na medida do que dispõe o texto constitucional. Por um lado, quando a Constituição dispõe sobre uma competência comum entre os entes da Federação sem especificar o papel de cada ente, pode-se afirmar a ausência de hierarquia.[24] Por outro lado, quando a Constituição dispõe que determinado ente possui competência exclusiva, isso implica a sujeição dos demais ao exercício daquela, como ocorre no caso do art. 22, XXVII.

Nessa última situação aparece aquele efeito da norma geral de licitações e contratações públicas de representar um piso defensivo ou padrão mínimo a ser observado. Assim, por exemplo, quando o art. 75, II, da Lei nº 14.133, de 2021, prevê que licitações para compras podem ser dispensadas para objetos de valor até R$ 50.000,00, esse comando implica impossibilidade de entes federativos locais editarem leis próprias para dispensar licitação para bens

[23] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3089. Rel. min. Eros Roberto Grau. j. 28 out. 2004.
[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma. Rcl 45319 MC-AgR, relator min. Ricardo Lewandowski, j. 15 mar. 2021.

de valor superior a R$ 50.000,00, mas nada obsta a que esses mesmos entes da Federação restrinjam ainda mais esse limite, prevendo, por exemplo, que a dispensa somente poderá ser aplicada para objetos de até R$ 30.000,00.

A questão que se coloca é se um estado ou município estaria efetivamente impedido de ampliar os limites de dispensa por meio de norma local. Por um lado, pode-se defender que estabelecer hipóteses de dispensa esteja dentro do âmbito de competência da União para legislar sobre licitações e contratações. Mas a situação começa a se complicar quando a norma editada pela União de alguma forma restringe a gestão do patrimônio público dos entes federativos por seus titulares. Essa situação ensejou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927/DF em face de dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, notadamente do art. 17, quando estabelece algumas restrições aplicáveis à alienação de bens públicos. Em sede de Medida Cautelar, o Tribunal conferiu interpretação conforme "ao art. 17, I, 'b' (doação de bem imóvel) e art. 17, II, 'b' (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas". Também adotou o mesmo "entendimento em relação ao art. 17, I, 'c' e par. 1. do art. 17".[25]

Ao que tudo indica, contudo, tanto a posição adotada pelo autor da ADI 927 quanto a adotada pelo STF parecem ter ignorado uma interpretação que talvez fosse mais satisfatória. Entendeu-se que a lei teria determinado que as doações e permutas de bens públicos somente poderiam ser feitas para outros entes públicos. A partir dessa premissa, o STF concluiu que essa limitação somente poderia ser aplicável para a União, sob pena de ferir a autonomia dos demais entes federados para gerirem o próprio patrimônio.

Porém, por estarem os dispositivos questionados no rol de hipóteses de dispensa de licitação, a Lei nº 8.666, de 1993, também permite a interpretação de que a intenção do legislador foi apenas estabelecer que a dispensa de

[25] A redação original desses dispositivos era: "Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I — quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: […] b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo; c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; […] II — quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: […] b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública; […] §1º Os imóveis doados com base na alínea 'b' do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário".

licitação somente ocorreria nos referidos casos, ou seja, quando o destinatário do bem fosse outro ente público. Não teria a lei vedado a doação ou permuta a entes privados. Assim, se o destinatário não fosse ente público, a consequência seria a necessidade de licitar.[26]

Se a Lei nº 8.666, de 1993, houvesse efetivamente vedado que estados e municípios efetuassem doação de bem público para particulares, essa vedação extrapolaria, em princípio, o campo das licitações e contratações públicas. Com efeito, é evidente que as contratações envolvem normalmente algum bem. Mas isso não pode significar que a competência da União possa chegar ao ponto de anular a competência dos entes locais para administrarem seu patrimônio, pois ele é o insumo indispensável ao cumprimento de seus fins constitucionais.[27]

Dessa forma, esse caso sinaliza que o critério para definir se uma norma está ou não no âmbito de competência da União está na definição do que seria "licitações e contratações públicas" e não na definição de "normas gerais". Esse critério pode ajudar tanto a corrente tradicional quanto a subjetiva-objetiva.

Poderão ocorrer, todavia, casos em que surja uma dificuldade adicional. Esses casos poderiam ser distribuídos, em princípio, em dois grupos: a) haver dúvida quanto a estar a norma enquadrada ou não como norma sobre licitações e contratações públicas; e b) embora estando a norma enquadrada como norma sobre contratação pública, haver dúvida quanto à existência de peculiaridade a justificar afastamento da norma geral.

Nos casos do primeiro grupo, em princípio, na dúvida se decide em favor da competência da União, uma vez que as normas existem justamente para dirimir os conflitos. Reforça essa orientação o fato de o parágrafo único do art. 22 da Constituição ter previsto que "lei complementar poderá autorizar os

---

[26] A impossibilidade de doação não pode ser posta *a priori*. Ela dependerá da análise do caso concreto, valendo mencionar dois exemplos para isso ficar claro. Num primeiro exemplo, imagine-se uma situação em que um município doa um terreno público para alguns munícipes que tiveram suas casas e terrenos destruídos por uma tragédia natural ou o rompimento de uma barragem. Num segundo exemplo, imagine-se uma situação em que o município doa um terreno público para o filho do prefeito instalar uma empresa. O primeiro caso, provavelmente, contaria com apoio da população. O segundo caso seria, no mínimo, alvo de suspeitas. Ambos envolvem a aplicação de princípios, notadamente o republicano. Além disso, uma lei prever, como previu, que outra lei é necessária para a doação é algo no mínimo inusitado. Por um lado, é inútil, uma vez que, sendo o bem público, é indispensável que a vontade do titular do bem seja manifestada autorizando sua alienação, o que somente se faz por meio de lei. Por outro, é inútil também porque a lei que será editada para autorizar a alienação irá prevalecer sobre a lei anterior, de modo que nenhuma condicionante irá prevalecer.

[27] SARAI, Leandro. Notas gerais e críticas sobre o regime dos bens públicos. *BDA*, São Paulo, v. 6, p. 664-682, 2012.

Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo". Esse reforço ocorre porque, na ausência de autorização, nem mesmo matérias específicas poderiam ser tratadas pelos estados, segundo intenção do constituinte originário.

Nos casos do segundo grupo, deve-se questionar se se justificaria uma normatização distinta pelo ente local para afastar a norma geral. Dito de outra forma, em regra, as normas editadas pela União sobre licitações e contratações públicas devem ser respeitadas pelos entes locais, ressalvada hipótese que justifique tratamento diverso e específico. Tome-se o exemplo do art. 7º da Lei nº 14.133, de 2021, que menciona que deverão ser designados para o desempenho das funções essenciais à execução da lei preferencialmente agentes públicos ocupantes de cargo efetivo. Nesse caso, claramente, prevalecerá a norma local para essa indicação e se vislumbra, por exemplo, a possibilidade de o ente local editar lei específica para, em vez de prever que o indicado seja preferencialmente ocupante de cargo efetivo, prever que seja necessariamente ocupante de cargo de tal natureza, além de também poder exigir que seja estável. Pode-se dizer, desse modo, que a identificação das peculiaridades hábeis a permitir a adoção de soluções específicas em detrimento da norma geral deve ser analisada tendo em vista um contexto finalístico. O intérprete tem a necessidade de analisar o conteúdo nesse contexto. Do ângulo teleológico, a distinção pode-se reportar, por exemplo, ao interesse prevalecente na organização federativa.[28]

Haverá casos, contudo, em que a norma geral não possuirá aplicabilidade para a situação particular, porque o legislador não abarcou a hipótese. Tome-se como exemplo o disposto no inciso III do art. 7º da Lei nº 14.133, de 2021,[29] que veda a indicação de parentes de licitantes ou contratados habituais para atuar no procedimento de contratação. Imagine-se uma hipótese em que um município, por ser pequeno, não possua ninguém em seus quadros que possa ser indicado. Não se pode admitir que o ente deixe de contratar por uma

[28] Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Normas gerais e competência concorrente*, op. cit., p.249.

[29] "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: […] 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."

mera presunção de que tal indicação seria inadequada.[30] Em casos como esse haverá justificativa para um tratamento diferenciado podendo caracterizar até mesmo hipótese de não incidência. Conforme o caso, a depender do grau de insegurança jurídica, poderá o ente local editar lei específica para tratar da peculiaridade que a afasta da norma geral. Deve ser notado que essa situação é de um grau tão específico que não foi para ela que o constituinte previu a possibilidade de autorização da União para os estados legislarem sobre matéria específica no parágrafo único do art. 22. Aliás, considerando que municípios também licitam e contratam, é eloquente o silêncio do constituinte ao não prever os municípios no parágrafo único do art. 22 da Constituição. Isso ocorreu porque aquela hipótese de autorização se deve a peculiaridades regionais, a justificar tratamento distinto, não apenas de um único estado ou município, mas a regiões distintas, de modo que as normas editadas pelos entes locais continuariam a ser gerais, mas destinadas a entes específicos.

Finalmente, é possível que a lei federal contenha normas nacionais e normas específicas para a União. Basta ver, por exemplo, o §5º do art. 1º da Lei nº 14.133, de 2021, que trata da gestão das reservas internacionais do país, matéria de competência exclusiva da União.

Diferentemente do que sustenta a corrente tradicional, e aqui entra uma diferença sutil, a generalidade não está no teor do texto, mas decorre da competência constitucional. Se a norma é editada pela União e dispõe sobre licitações e contratações públicas, presume-se que se trata de norma geral e seus termos precisarão ser observados pelos entes locais. Sendo a norma geral editada, somente então haverá um parâmetro para o controle de validade das normas específicas locais. Mas esse controle necessariamente demandará uma comparação entre as normas, algo que é ínsito à proposta aqui formulada.

Restará, é fato, um campo de divergência interpretativa, mas isso é próprio e natural a qualquer norma, e a solução ocorre com os instrumentos de uniformização de jurisprudência. Aqui mais um aspecto interessante da proposta formulada no presente artigo: o caráter geral da norma nacional está tanto na sua abrangência subjetiva, ou seja, de representar uma norma comum a todos os entes, mas também em sua eficácia objetiva, pois o conteúdo da norma vinculará os demais entes, como um limite defensivo do

[30] SARAI, Leandro. Comentários ao art. 7º. In: SARAI, Leandro. *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos:* Lei nº 14.133/2021 comentada por advogados públicos. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 263.

interesse público, mas sem prejudicar, como se viu, as situações peculiares que justificam a não incidência da norma geral.

Com esse critério colocado e analisados os dois caminhos, pode-se agora passar para seu teste prático empírico.

4. Teste prático empírico

A norma não é o texto escrito,[31] mas a interpretação que se faz dele.[32] Quando se diz que o presente tópico realizará um teste empírico, isso se refere a como os elementos da realidade física foram considerados na aplicação da norma. Diz-se que o teste é prático por conta de analisar como os casos reais foram tratados pelo Poder Judiciário, especificamente o STF.

O Direito possui uma finalidade prática de organizar a vida em sociedade. Essa organização demanda critérios para solução dos eventuais conflitos que surgem pela convivência dos interesses distintos dos membros da sociedade.

Assim, esse fim deve ser buscado não apenas na edição da norma, mas também na sua aplicação. Desse modo, o teste a ser realizado no presente tópico busca determinar qual dos caminhos — o tradicional ou o subjetivo-objetivo — oferece melhor solução para os casos postos pela realidade.

Como se espera que será esse teste que oferecerá a resposta, cada um dos caminhos é colocado como mera hipótese, ainda que, mesmo no plano teórico, o caminho tradicional já tenha fortes motivos para ser refutado, como se viu anteriormente.

Passa-se à análise de alguns casos envolvendo o conceito de "normas gerais" no STF.

---

31 "Destarte, o texto constitui o primeiro degrau inafastável de qualquer trabalho hermenêutico, sendo o ponto de partida para toda compreensão comunicacional. Sem o texto, o intérprete não possui material para o qual deve dedicar seu esmero. No entanto, o texto, por si só, sem ser devidamente trabalhado por meio da interpretação, nada nos diz, sendo um conjunto de signos e construções sintáticas que carecem de preenchimento de significações" (CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 56).

32 Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 22.

4.1 ADI 4.658[33]

A ementa deste julgado é:

> Usurpa a competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação.

No caso, a Lei nº 8.666, de 1993, prevê no art. 24, VIII, que essa hipótese de dispensa de licitação somente se aplicaria se o contratado houvesse sido criado até a edição da lei.[34] A norma estadual, ao retirar o limite temporal, acabou na prática por ampliar as hipóteses de aplicação dessa dispensa de licitação. Como a licitação tende a possibilitar uma maior participação dos interessados em contratar com a administração, ela tende a ser, em princípio, a forma preferível de contratar, por melhor atender ao princípio republicano. O próprio texto constitucional, contudo, atento a que haveria hipóteses em que esse princípio não seria mais bem atendido pelo procedimento licitatório, autorizou o legislador a estabelecer taxativamente as exceções.

Ao estabelecer tais exceções, a norma geral editada pela União funciona como um piso defensivo a ser respeitado pelos demais entes, de modo que eles não podem ampliar as hipóteses previstas na lei geral, embora possam ampliar a restrição estabelecida, quando houver justificativa.

Mas note-se que no julgado o STF não definiu o que seria uma norma geral. Simplesmente efetuou uma comparação da norma local com a norma federal, constatou divergência e determinou prevalência da norma federal.[35]

---

[33] Rel. min. Edson Fachin, j. 25-10-2019, Plenário, *DJE* de 11-11-2019.

[34] Essa hipótese foi reproduzida no art. 75, IX, da Lei nº 14.133, de 2021, mas sem a limitação temporal.

[35] É curioso que há casos, como o presente, em que o STF realiza a comparação entre leis para concluir pela inconstitucionalidade de uma delas e há casos em que o STF afirma que sua competência se restringe a analisar a validade de uma lei em confronto com a Constituição, de modo que o confronto entre leis seria um conflito infraconstitucional alheio a sua competência, porque eventual inconstitucionalidade seria indireta ou reflexa: "REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — ESTADOS-MEMBROS — ADEQUAÇÃO. A autorização constitucional — artigo 125, §2º, da Constituição Federal — está jungida ao confronto de lei estadual ou municipal com a Constituição do Estado, surgindo a impossibilidade jurídica do

Se se adotasse o critério tradicional, em princípio, não se realizaria a comparação entre as normas, porque, como visto, essa corrente parece sustentar ser possível encontrar a característica da generalidade na própria norma isoladamente. Porém, se isso fosse efetivamente possível, também seria possível verificar se uma norma é especial sem qualquer comparação com outras normas para aferir sua validade. Curiosamente, na comparação entre as duas normas se revelou que a norma estadual seria mais genérica do que a norma da União, pois possibilitava um número maior de casos de dispensa. Essa constatação, como se vê, só é possível pela comparação entre ambas as normas. Como a norma estadual é mais genérica do que a da União, a corrente tradicional poderia, em tese, sustentar que essa norma estadual seria inválida porque a competência para editar normas genéricas é desta última. Contudo, por outro lado, ainda pela perspectiva da corrente tradicional, pode-se afirmar também que a norma da União é inválida porque é específica em relação à norma estadual e sua competência dever-se-ia restringir a normas gerais.

Como se vê, a solução do STF adotou o critério subjetivo-objetivo, ou seja, a mesma norma geral da Lei nº 8.666, de 1993, deve ser respeitada por todos os entes e deve funcionar como um piso defensivo, de modo que as distinções presentes nas normas locais somente são possíveis se respeitado o referido piso.

4.2 ADI 4.748[36]

A decisão deste caso foi assim ementada:

> Ao se determinar que o poder público adquira o mínimo de 65% (sessenta e cinco por cento) dos bens e serviços definidos em sistema de registro de preços, na Lei estadual se invadiu a competência privativa da União […]. No §4º do art. 15 da Lei 8.666/1993 se dispõe que "a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir […]"

Novamente, não se mencionou nenhuma definição de norma geral no sentido que a corrente tradicional defende. E esse caso tem uma peculiaridade,

---

pedido no que verificado o conflito da norma atacada com lei federal" (STF, Pleno, RE 251470, relator min. Marco Aurélio, j. 24 maio 2000) Como não é objeto do artigo, esse aspecto não será aprofundado aqui.

[36] Rel. min. Cármen Lúcia, j. 11-9-2019, Plenário, *DJE* de 27-9-2019.

pois a comparação entre as normas não permite um juízo de generalidade e especificidade. A comparação resulta um juízo de oposição, uma vez que, enquanto a norma nacional prevê não ser obrigatória a aquisição dos itens da ata de registro de preços, a norma local prevê essa obrigatoriedade. A corrente tradicional não tem como solucionar esse caso, pois as normas, nem isoladamente nem comparativamente, permitem determinar qual norma é geral e qual é específica tendo em conta o conteúdo de cada uma.

Pela corrente subjetiva-objetiva, por outro lado, o caso é facilmente solucionado. Ambas as normas, a local e a nacional, tratam de contratações públicas, mas a local deve respeitar a nacional, pois não se justificou no caso concreto motivos para afastamento da norma geral.

4.3 ADI 1.746[37]

Ementa:

> A teor do disposto no art. 22, XXVII, da CF, compete à União a regulação de normas gerais sobre licitação e contratação públicas, abrangidas a rescisão de contrato administrativo e a indenização cabível.

No caso, o ente local editou norma estadual prevendo prazo para pagamento de indenização ao particular em caso de rescisão do contrato de concessão de serviço público.

O STF novamente não esclareceu por que a norma nacional seria geral, mas usou como argumento o fato de a norma editada pela União ser geral. Segundo a Corte essa norma comporia "o rol das regras destinadas a fixar diretrizes básicas que, homenageando os princípios norteadores da Administração Pública [...]".

Ora, mas se a norma da União é geral, a norma local pode ser considerada, de certa forma, especial, na medida em que traz um condicionante à forma de pagamento da indenização que não consta da norma nacional. Mas a norma local não foi considerada inválida por ser especial. Foi considerada inválida por ser diferente da nacional e porque a diferença foi considerada incompatível com ela.

---

[37] Rel. min. Marco Aurélio, j. 18-9-2014, Plenário, *DJE* de 13-11-2014.

Embora aparentemente o STF tenha empregado o argumento da corrente tradicional, de que norma geral é aquela que fixa diretrizes, o fato é que, inequivocamente, foi necessário empregar a corrente subjetiva-objetiva para efetivamente solucionar a questão, ou seja, a norma geral deve ser respeitada pelo ente local quando não houver justificativa para o tratamento específico distinto.

4.4 ADI 3.670[38]

Ementa:

> Ação direta de inconstitucionalidade: Lei distrital 3.705, de 21-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre direito do trabalho e inspeção do trabalho (CF, art. 21, XXIV, e art. 22, I).

No caso, a norma local proibiu a contratação de empresas que realizassem discriminação de candidatos a vagas de emprego pelo fato de estarem inscritos em cadastros de serviços de proteção ao crédito.

Novamente o STF afirmou que a norma nacional teria caráter de norma geral. E, curiosamente, considerou que a norma local também seria geral e, por esse motivo, seria inválida.

Ocorre que, de certa forma, a norma local pode sim ser considerada específica em relação à norma geral, pois insere uma restrição à contratação que não existe na norma nacional.

Na verdade, o que houve foi novamente a afirmação de que a norma nacional prevalece sobre a local e que não havia no caso concreto justificativa para a diferenciação da norma local. Assim, ao que tudo indica, a solução ocorreu pela corrente subjetiva-objetiva.

---

[38] Rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, Plenário, *DJ* de 18-5-2007.

4.5 RE 547.063[39]

Ementa:

> […] A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela CF, já exercida pela Lei federal 8.666/1993, que não contém essa exigência.

No caso, a norma local exigia remessa prévia do edital para o Tribunal de Contas Estadual, de forma distinta do disposto no §2º do art. 113 da Lei nº 8.666, de 1993, segundo o qual a remessa dependeria de solicitação da Corte de Contas.[40]

A solução decorreu do confronto da norma local com a lei nacional. Mas, note-se que, em princípio, nessa comparação, se se considerasse como geral a norma de maior abrangência, tal norma seria a local, pois permite sua aplicação a mais casos. Apesar disso, novamente, o STF simplesmente determinou a prevalência da norma da União, não admitindo a diferença da norma local.

O raciocínio empregado foi da corrente subjetiva-objetiva e não o da corrente tradicional.

4.6 RE 815.499 AgR[41]

Ementa:

> Essa Corte já fixou entendimento no sentido de que a União, ao editar a Lei 9.717/1998, extrapolou os limites de sua competência para estabelecer normas gerais sobre matéria previdenciária, ao atribuir ao Ministério da Previdência e

---

[39] Rel. min. Menezes Direito, j. 7-10-2008, 1ª T, *DJE* de 12-12-2008.

[40] "Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. […] §2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas".

[41] Rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-9-2014, 2ª T, *DJE* de 18-9-2014.

> Assistência Social atividades administrativas em órgãos da Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e estabelecer sanções para a hipótese de descumprimento das normas constantes dessa lei.[42]

Embora o julgado não trate de norma geral de licitação e contratação, ele é importante porque trata do conceito de norma geral. E parece ser o julgado mais emblemático, pois em todos os outros prevaleceu a norma editada pela União, mas aqui prevaleceu a norma local.

É possível perceber também nesse julgado que ele se limita a afirmar que a norma nacional editada não seria "norma geral". Apenas acresce que "não se limitam à regulamentação de caráter geral acerca da organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos entes federativos" e que "foram definidas regras impositivas de deveres específicos a serem cumpridos pelos entes responsáveis pela administração dos regimes próprios de previdência social". Ocorre que em nenhum momento o STF esclarece quando uma norma deixa de ser geral e passa a ser específica. Sem expor o critério, impossível qualquer controle. Mas, como se viu exaustivamente, não se mostra possível, em princípio, estabelecer essa delimitação.

Aqui também somente a corrente subjetiva-objetiva soluciona a questão, pois somente ela considera o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo, além de estabelecer um critério para os casos de conflito.

Para o caso, bastaria verificar se a norma trata efetivamente de previdência e, além disso, se haveria justificativa para a existência de norma local distinta. A questão é controvertida, tanto que na ACO 830-PR, que tratou do mesmo tema, o julgamento foi por maioria. Mas a corrente subjetiva-objetiva, de todo modo, continua oferecendo uma solução.

5. Considerações finais

Se o direito se presta a organizar o funcionamento da sociedade, seu papel precisa ser pensado desde a edição das normas até sua aplicação. A interpretação das normas é ferramenta essencial para a concretização dos propósitos do direito.

---

[42] Cf. também a ACO 830-PR, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, Redator para acórdão min. Alexandre de Moraes, j. 17 fev. 2021; e a ACO 2.821-AgR, Pleno, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 22 mar. 2018.

O artigo, a partir dessa perspectiva, buscou responder à questão de como definir o que seria "normas gerais de licitação e contratação", expressão contida no inciso XXVII do art. 22 da Constituição.

Para essa resposta, pelo método hipotético-dedutivo, colocou duas hipóteses para responder à questão: a primeira representada pela corrente aqui denominada tradicional, que considera que é possível verificar se uma norma é geral simplesmente analisando seus próprios termos, e que essa generalidade consistiria no fato de seu conteúdo abarcar apenas "aspectos genéricos", ou seja, não abarcaria especificidades. Essa hipótese, já no plano teórico, apresentou uma série de limitações, como a impossibilidade de um juízo da norma isolada determinar o que seria geral e o que não seria, além do fato de as expressões "aspectos genéricos, principiológicos ou diretrizes" também não se prestarem para a operação prática demandada pela norma.

A segunda hipótese, denominada subjetiva-objetiva, coloca em primeiro lugar a abrangência dos destinatários da norma e o fato de a expressão "geral" significar uniformidade de aplicação entre tais destinatários. Essa proposta é aprimorada por considerar também o aspecto objetivo, mas sob um enfoque diferenciado. Primeiro, por considerar que a generalidade resulta sempre de um juízo entre normas e não de uma apreciação de uma norma isolada. Segundo, por considerar que é necessária a prévia edição da norma nacional para que ela se torne o parâmetro de generalidade a ser observado pelos demais entes ao editarem normas específicas. Terceiro, por considerar prioritário definir o que seria "licitação e contratação" em vez de definir o que seria "geral". Quarto, por reconhecer que, na dúvida, prevalece a competência da União, para que se dê máxima eficácia à norma constitucional. Quinto, por estabelecer que as normas locais teriam espaço nas hipóteses de inaplicabilidade da norma geral, por conta de peculiaridades que justificariam sua não incidência.

Os testes práticos empíricos revelaram que a segunda hipótese respondeu melhor à questão posta.

A interpretação ora apresentada se mostra, portanto, hábil a resolver as celeumas envolvendo o conceito de "norma geral de licitação e contratação" de maneira mais satisfatória do que a corrente tradicional, sem a pretensão, contudo, de ser excludente e absoluta.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ARISTOTLE. *Metaphysics*. Tradução de W. D. Ross. Disponível em: http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-384_-322,_Aristoteles,_13_Metaphysics,_EN.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARISTOTLE. *The metaphysics of Aristotle translated from the Greek*. Por Thomas Taylor. Londres, 1801. Disponível em: https://warburg.sas.ac.uk/pdf/akh237b32590817.pdf Acesso em: 27 jul. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros; JusPodivm, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro. *Interesse Público — IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 66, mar./abr. 2011. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-bandeira-mello.pdf. Acesso em: 16 jul. 2021.

BORGES, Alice Gonzalez. Normas gerais nas licitações e contratos administrativos: contribuição para a elaboração de uma lei nacional. *Revista de Direito Público — RDP*, São Paulo, n. 96, p. 81-93, out./dez.1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Presidência da República**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. *O conteúdo jurídico da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DWORKIN, Ronald. *Levando os princípios a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 90, 1995. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296. Acesso em: 13 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 1-19, jan./mar. 1997. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v207.1997.46934. Acesso em: 27 jul. 2021.

HOUAISS, Antônio. *Houaiss dicionário da língua portuguesa*. Dicionário eletrônico Houaiss. V. 1.0. [S.l.]: Objetiva, 2004.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Normas gerais de direito financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Direito tributário. Coordenação de Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira e Robson Maia Lins. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/307/edicao-1/normas-gerais-de-direito-financeiro. Acesso em: 27 jul. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: RT, 2019. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/98527100/v18/page/RL-1.2 p. RL-1.2.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

MICHAELIS. *Michaelis dicionário brasileiro da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/ Acesso em: 27 jul. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos — observações para hoje e para amanhã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 39-57, 1.º jul. 1992.

SARAI, Leandro. Comentários ao art. 7º. In: SARAI, Leandro. *Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133/2021 comentada por advogados públicos. Salvador: JusPodivm, 2021.

SARAI, Leandro. *Contratações públicas sustentáveis*: crítica da norma pura e caminho da transformação. Londrina, PR: Thoth, 2021.

SARAI, Leandro. Notas gerais e críticas sobre o regime dos bens públicos. *BDA*, São Paulo, v. 6, p. 664-682, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf. Acesso em: 29 jul. 2021.

VALIM, Rafael. Normas gerais — sentido e alcance — ouvidorias. *Revista Trimestral de Direito Público — RTDP*, ano 8, n. 57, p. 202-209, abr./ jun. 2014. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/156/20928/34640. Acesso em: 29 jul. 2021.

ZABAN, Breno et al. Como a Lei de Licitações foi feita: perspectivas do processo legislativo. *Revista Brasileira de Direito Público — RBDP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, p. 9-38, abr./jun. 2021.

ZINGANO, Marco. Unidade do gênero e outras unidades em Aristóteles: significação focal, relação de consecução, semelhança, analogia. *Analytica*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 395-432, 2013. Disponível em: https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/view/2184/1909. Acesso em: 29 jul. 2021.