

Criação de Hipótese de Dispensa de Licitação por meio de Lei “Promulgada”: Um Caso de Inconstitucionalidade no Estado do Amazonas



Carlos Eduardo Araujo de Assis

é graduado em Ciências Navais pela Escola Naval, pós-graduado em Administração Pública pelo Centro de Instrução Almirante Wandenkolk. Na Marinha do Brasil, foi gestor, pregoeiro e presidente de Comissão de Licitação. Atualmente é professor e consultor de Licitações e Contratos para empresas.

RESUMO

Este artigo tem o intuito de analisar a legitimidade da Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas, que cria hipótese de dispensa de licitação no âmbito estadual, utilizando o método dedutivo e abordagem qualitativa, concluindo que há inconstitucionalidade na norma no que tange a sua forma e matéria.

Palavras-chave: Dispensa; Inconstitucionalidade; Licitação; Lei Promulgada.

1. INTRODUÇÃO

Em virtude da necessidade de se dar amparo aos pequenos produtores rurais situados no Estado do Amazonas, os dirigentes locais tentaram, por via imprópria, criar legislação para a aquisição da sua produção por meio de afastamento de processo licitatório, de forma a promover a economia local.

Muito embora o estabelecimento da lei tenha partido de uma boa intenção de bem cuidar dos amazonenses, vivemos num Estado de Direito. Assim, o Poder Legislativo deve, dentro da legalidade, estabelecer mecanismos de fomento à produção e ao desenvolvimento regional, em respeito ao ordenamento vigente no nosso país.



2. O DEVER DE LICITAR

A regra geral que obriga a realização de licitação para a concretização das contratações públicas decorre do texto constitucional, estabelecido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988. O mesmo dispositivo mostra que as hipóteses de afastamento serão estabelecidas em lei.

A lei maior também determinou que as normas gerais de licitações e contratações teriam alcance nacional e seriam estabelecidas pela União, que detém competência privativa para definir as regras da área, de acordo com o inciso XXVII do art. 22 da CF. Por essa competência privativa entende-se que somente a União detém a atribuição de legislar sobre o assunto, ou seja, de determinar as normas jurídicas aplicáveis a ela mesma, a Estados, Municípios e Distrito Federal, o que se deu por meio de diversas leis, entre as quais destacamos o Estatuto Geral das Licitações, Lei nº 8.666/93.

Os afastamentos de licitação foram positivados nessa lei nos seus artigos 17 (licitação dispensada), 24 (licitação dispensável) e 25 (licitação inexigível). Tratam-se, na verdade, de situações de exceção, uma vez que a regra constitucional aponta para a realização da licitação.

3. POSSIBILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS FIRMAREM NORMAS SOBRE LICITAÇÕES

Podemos perceber que, muito embora a competência da União para legislar sobre o tema em comento seja da União, devemos atentar que a regra se aplica às normas gerais. Talvez tenha o legislador pensado em criar um padrão de aquisição pública que fosse observado em todo o Brasil, de forma a se privilegiar a competição, pois, em princípio, a mesma regra atenderia todos os Estados e Municípios, facilitando de certa forma a instrução das licitantes. Contudo, a presença da expressão **norma geral** no inciso XXVII do art. 22 da CF pressupõe a possibilidade de haver **norma específica** sobre a matéria.

Em decorrência desse fato, o parágrafo único do art. 22 da CF normatizou expressamente a forma como os Estados poderiam exercer a competência: por meio de lei complementar autorizativa da União. Dessa forma, no caso de haver uma lei complementar que autorize uma normatização específica sobre licitações, seria possível que algum Estado elaborasse norma jurídica própria. Perceba que na redação do texto, não foi atribuída ao Município tal capacidade. Entretanto, há no meio jurídico bastante discussão sobre a melhor maneira de interpretar o dispositivo.

Ressaltamos que o legislador abriu a possibilidade, mas estabeleceu também um rito legislativo de maior rigor para o seu exercício. Uma lei comple-

mentar exige quórum diferenciado para a sua aprovação. Enquanto uma lei ordinária demanda aprovação por maioria simples, a lei complementar necessita da maioria absoluta do parlamento. Isso nos faz inferir que há maior dificuldade, necessidade de maior apoio para a realização do intento do Estado que, pelas vias legais, consegue apresentar ao Congresso Nacional o seu pleito. Significa que legislar sobre uma especificidade no que tange a licitações e contratos requer maior esforço legislativo no âmbito da União. Podemos dizer que a regra foi feita de maneira proposital, de forma a provocar a maior dificuldade possível para os demais entes.

Essa competência legislativa que a União possui para regular o assunto atinente às aquisições públicas, privativas, difere da competência concorrente disposta pelo art. 24 da CF. Elas se diferem visto que, no âmbito das competências concorrentes, inexistente a necessidade de lei complementar autorizativa para Estados, Distrito Federal e Municípios legislarem. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p. 28) afirma que “essa regra é uma condição suspensiva, imposta pelo parágrafo único do art. 22, que demonstra, a toda evidência, que a competência do Estado-membro para legislar sobre os assuntos desse artigo não é regra, mas exceção”.

Assim, diante de questões específicas o Estado deve, após a aprovação e entrada em vigor de lei complementar, exercer uma competência supletiva, quando omissa a lei, conforme a melhor interpretação do art. 118 da Lei nº 8.666/93.

Uma vez normatizado algum assunto sobre o tema de licitações pela União, não mais será possível que os Estados o façam, segundo o que determina o Supremo Tribunal Federal:

Tribunal de Contas estadual. Controle prévio das licitações. Competência privativa da União (art. 22, XXVII, da CF). Legislação federal e estadual compatíveis. Exigência indevida feita por ato do Tribunal que impõe controle prévio sem que haja solicitação para a remessa do edital antes de realizada a licitação. O art. 22, XXVII, da CF dispõe ser da União, privativamente, a legislação sobre normas gerais de licitação e contratação. A Lei federal 8.666/1993 autoriza o controle prévio quando houver solicitação do Tribunal de Contas para a remessa de cópia do edital de licitação já publicado. A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência le-

gislativa distribuída pela CF, já exercida pela Lei federal 8.666/1993, que não contém essa exigência (RE 547.063, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 7102008, Primeira Turma, DJE de 12122008).

4. O CASO DO ESTADO DO AMAZONAS

O Estado do Amazonas estabeleceu por meio da Lei Promulgada nº 254, de 31 de março de 2015, uma nova hipótese de dispensa de licitação. São os seus termos:

Art. 1.º Os órgãos e entidades da administração pública estadual que realizem a aquisição regular de gêneros alimentícios deverão destinar no mínimo 30% (trinta por cento) dos recursos destinados a essa finalidade à compra direta de gêneros produzidos por agricultor familiar ou empreendedor familiar rural ou de suas organizações.

§1.º A aquisição de que trata o artigo 1.º poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os gêneros alimentícios atendam às exigências de higiene e qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria e que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local.

§2.º A observância do percentual previsto no artigo 1.º poderá ser reduzida ou dispensada quando presentes uma das seguintes circunstâncias:

I - impossibilidade de emissão de documento fiscal referente à aquisição;

II - inviabilidade de fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios;

III - inadequação dos gêneros alimentícios às condições higiênico-sanitárias pertinentes.

Isso mesmo: por meio de **LEI PROMULGADA**, estabeleceu-se uma nova hipótese de dispensa de licitação. O Estado do Amazonas vem utilizando essa espécie normativa para vários assuntos, inclusive este, como poderemos verificar na figura 1.

Pesquisamos nos sites oficiais das Assembleias Legislativas dos demais Estados e Distrito Federal para verificar se somente o Estado do Amazonas utilizava esta espécie de norma, e encontramos somente no Estado de Santa Catarina figuras similares: Lei Ordinária Promulgada e Lei Complementar Promulgada, conforme a tela de consulta a legislação da ALESC (Figura 2).

Figura 1:

Tela de consulta à legislação do Estado do Amazonas no site da ALEAM



Fonte: Disponível em: <<http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiPara metro&ID=201>>. Acesso em: 05 jun. 2015

Figura 2:

Tela de consulta à legislação do Estado de Santa Catarina no site da ALESC

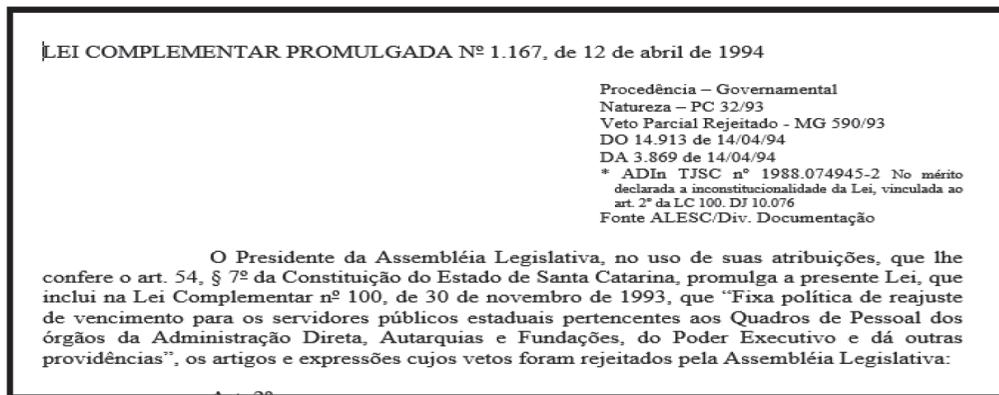


Fonte: Disponível em: <<http://200.192.66.20/alesc/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2015

Trazemos como exemplo uma Lei Complementar Promulgada do Estado de Santa Catarina (Figura 3).

Figura 3:

Parte inicial da Lei Complementar Promulgada nº 1167/1994 de Santa Catarina



Fonte: Disponível em: <<http://200.192.66.20/alesc/PesquisaDocumentos.asp>>. Acesso em: 05 jun. 2015

Vale lembrar que o site da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba apresentou na tela de consulta a opção Lei Ordinária Promulgada, muito embora somente com a finalidade de consulta às leis promulgadas.

4.1 O VÍCIO DE FORMA

A Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas (ALEAM) vem desde 1945¹ promulgando normas classificadas como **leis promulgadas**.

Neste estudo, vamos nos ater somente ao processo legislativo estabelecido pela CF 88, cujas normas são de repetição obrigatória em todos os Estados, conforme jurisprudência firmada pelo STF:

Dentre as regras básicas do processo legislativo federal, de observância compulsória pelos Estados, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes, encontram-se as previstas nas alíneas a e c do art. 61, § 1º, II, da CF, que determinam a iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham sobre o regime jurídico e o provimento de cargos dos servidores públicos civis e militares. Precedentes: ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 2621999; ADI 2.115, Rel. Min. Ilmar Galvão; e ADI 700, Rel. Min. Maurício Corrêa. Esta Corte fixou o entendimento de que a norma prevista em Constituição estadual vedando a estipulação de limite de idade para o ingresso no serviço público traz em si requisito referente ao provimento de cargos e ao regime jurídico de servidor público, matéria cuja regulamentação reclama a edição de legislação ordinária, de iniciativa do chefe do Poder Executivo. Precedentes: ADI 1.165, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 1462002; e ADI 243, Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, DJ de 29112002. Ação direta cujo pedido se julga procedente (**ADI 2.873**, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 2092007, Plenário, DJ de 9112007). **No mesmo sentido: ADI 2.856**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1022011, Plenário, DJE de 1º32011; **ADI 3.167**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 1862007, Plenário, DJ de 692007.

O art. 59 da CF 88 estabelece quais são os produtos do processo legislativo: emendas Constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Como a norma é de repetição obrigatória, os mesmos

produtos legislativos, à exceção da medida provisória (sem adentrarmos no porquê neste momento), foram estabelecidos no processo legislativo Amazonense, de acordo com o art. 31 da Constituição Política do Estado do Amazonas. Repare que não há nesse último dispositivo legal a possibilidade de aprovação de lei cuja natureza seja **promulgada**. O fato é que, em vigor, existem diversas leis do tipo **promulgadas** nesse ordenamento estadual.

É provável que o título de **lei promulgada** se refira à situação em que o Governador do Estado do Amazonas não tenha sancionado ou vetado algum projeto de lei aprovado pela ALEAM, nos prazos definidos pelos termos do art. 36 da Constituição do Amazonas, e que, dessa forma, tenha retornado ao Presidente da ALEAM para sua devida promulgação, de acordo com o § 6º do mesmo art. 36.

Quando tomamos o texto da lei promulgada estudada, podemos notar a seguinte introdução: “A MESA DIRETORA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO AMAZONAS, na forma da alínea e, I, do artigo 17, da Resolução Legislativa n. 469, de 19 de março de 2010, Regimento Interno, faz saber a todos que a presente virem que promulga a seguinte”.

Verificando-se o texto do Regimento Interno da ALEAM, supracitado, percebemos que cabe à Mesa Diretora da ALEAM “promulgar [...] lei ou parte de lei não promulgada pelo Governador, no prazo firmado no § 6º do art. 36 da Constituição do Estado”. Note que o texto traz consigo a definição de lei em sentido lato, da qual as espécies admitidas no Direito Brasileiro são, atualmente, as Complementares, Ordinárias e Delegadas.

Não achamos ser possível a proposição de uma lei que não seja das espécies especificadas. É absurdo pensar num projeto de lei que não possa, no encerramento do seu processo legislativo, ser apresentado ao Chefe do Poder Executivo para sanção ou veto, ante a previsão expressa no art. 36 da Constituição Estadual. Assim, não é nem mesmo possível admitir que haja um **Projeto de Lei Promulgada**, considerando a ausência de previsão Constitucional.

Outro fator muito importante é a numeração utilizada para as **leis promulgadas** pela ALEAM, que possui série própria, o que pode ser verificado em seu site. Além disso, a Lei Complementar nº 95/98, que trata da forma de elaboração e redação como as leis serão elaboradas, prevê em seu art. 6º que o fundamento constitucional ou a delegação de competência para legislar devem ser especificados no texto do projeto de lei a ser recebido no ordenamento jurídico.

No texto da Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas, não fica evidenciada a delegação de competência para legislar sobre esse assunto, que conforme acima comprovado, deverá acontecer por meio de lei complementar. Mesmo admitindo-se a hipótese de falha na redação do seu texto em busca da legislação da União, este pesquisador não encontrou lei que delegasse a competência necessária para tratar sobre o assunto. Hoje, no Brasil, somente a lei nacional poderá estabelecer uma hipótese de dispensa de licitação, o que foi realizado por meio de relação exaustiva no texto da Lei nº 8.666/93.

4.2 O VÍCIO DE MATÉRIA

Os afastamentos de licitação são possíveis quando constatadas as exceções à regra de licitar prevista pela Constituição e positivadas por lei nacional da União.

As melhores lições de hermenêutica jurídica indicam que interpretação a ser obtida de textos relacionados às exceções legais deve ser feita de maneira restritiva, fato por várias vezes reafirmado pela jurisprudência do STF. Aachamos pertinente citar um desses julgamentos:

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) (**ADI 3.670**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 24/2/2007, Plenário, DJ de 18/5/2007).

Essa interpretação leva em consideração o intento da norma de reduzir ao máximo o número de possibilidades de afastamento de um processo licitatório, já que a regra constitucional é licitar. Se uma lista de exceções é feita para um processo, obviamente não pode ser ampliada sem a devida autorização legal.

Concluimos que, se as hipóteses de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade devem ser entendidas de maneira restrita, não seria possível entender de forma diversa a lista de situações prevista em lei, a

menos que uma outra lei assim determine. Oportuno é lembrar uma excelente lição doutrinária:

Por uma questão mais lógica do que propriamente jurídica, não se conceberia que o legislador regulasse o tema deixando ao inteiro alvedrio das demais esferas do governo a conveniência de abrir exceções. Para ilustrar, basta referir que as hipóteses de dispensa de licitação tentadas por alguns municípios acabaram por violar frontalmente relevantes princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, quando buscaram estabelecer privilégios a entidades paraestatais ou favorecimentos, e quando criaram cadastro para contratação direta, no qual só poderiam participar entidades com sede na localidade, entre outros infelizes casos (JACOBY FERNANDES, 2013, p. 35).

Então, em princípio, uma nova hipótese de dispensa de licitação somente seria possível desde que o texto da lei nacional fosse alterado, continuando a ser classificadas como taxativas as listas previstas nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/93, como bem entendem Jessé Torres Pereira Filho (2003, p. 258), Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2013, p. 35), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 394) e Lucas Rocha Furtado (2013, p. 82, 84), entre muitos outros doutrinadores.

5. CONCLUSÃO

Ao encerramento desta exposição de motivos, entendemos que somente seria possível o estabelecimento de nova hipótese de dispensa de licitação para o âmbito estadual desde que lei complementar da União assim permita e que o processo legislativo estadual seja cumprido dentro da sua legalidade.

Como visto, temos a certeza de que a União já exerceu a sua competência legislativa sobre o assunto. Não vemos a possibilidade de Estados, Distrito Federal e Municípios tentarem inovar o direito criando, por meio de legislação própria, outras hipóteses de dispensa de licitação. Deve, então, a ALEAM, uma vez que entende ser necessária tal hipótese de dispensa, propor ao Congresso Nacional a inclusão da hipótese no rol exaustivo do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, a Lei Promulgada nº 254/2015 do Estado do Amazonas é material e formalmente inconstitucional. Vem causando restrição à competitividade nas licitações públicas e possivelmente trazendo prejuízos à fazenda estadual devido à perda de escala nas suas com-

pras. Finalizando, todas as outras leis promulgadas do Estado do Amazonas também são formalmente inconstitucionais, haja vista a impossibilidade de utilização dessa espécie legislativa, salvo melhor juízo.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Constituição Política do Estado do Amazonas. Disponível em: < <http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2015/01/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas-atualizada-2015.pdf>>. Acesso em 04 jun. 2015.

AMAZONAS. Lei Promulgada nº 254 de 31 de março de 2015. Disponível em: < <http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiTexto&ID=201&inEspecieLei=21&nrLei=254&aaLei=2015&dsVerbete=>>> Acesso em 04 jun. 2015.

AMAZONAS. Resolução Legislativa nº 469 de 16 de março de 2010. Disponível em: < http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/Regimento_Interno_Atualizado_04_2015.pdf>. Acesso em 04 jun. 2015

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 jun. 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 95 de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em 04 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 5 ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NOTA

- 1 Consulta efetuada no site da ALEAM. Disponível em: < <http://legislador.aleam.gov.br/LegisladorWEB/LegisladorWEB.ASP?WCI=LeiParametro&ID=201>>. Acesso em: 4 jun. 2015