

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Deve-se apreciar, inicialmente, o óbice apontado à adequação da ação direta de inconstitucionalidade. A Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e a Advocacia-Geral da União sustentam estar a controvérsia restrita ao âmbito infraconstitucional, ante a necessidade de cotejo entre a norma impugnada e a Lei nº 8.666, de 1993, para aferir eventual invasão de competência privativa da União.

A alegação não subsiste. A existência de lei federal sobre licitações e contratos administrativos não obsta o exame em abstrato da norma atacada com base exclusivamente no Texto Maior da República. Relevante para a solução da controvérsia é definir em que medida a competência constitucional atribuída à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação exclui a possibilidade de os estados-membros tratarem do tema. A análise decorre diretamente do confronto entre a lei impugnada e a interpretação conferida pelo Supremo à expressão “normas gerais”, presente no inciso XXVII do artigo 22 da Carta da República, a saber:

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;

[...]

No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927/RS, relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado em 11 de novembro de 1994, o Supremo, pela primeira vez, debruçou-se sobre a locução constitucional “normas gerais”, assentando enquadrável no conceito a grande maioria dos dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993. Conferiu interpretação conforme à Constituição apenas aos preceitos do artigo 17, incisos I, alíneas “b” e “c”, e II, alínea “b”, e § 1º, para considerá-los normas de caráter exclusivamente federal. Na ocasião, consignou o Ministro Carlos Velloso:

A formulação do conceito de “normas gerais” é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas normas gerais devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor dizer seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências.

Quando do exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.670/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão veiculado em 18 de maio de 2007, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de lei distrital a proibir a Administração Pública direta e indireta de contratar empresas que, na arrematação de mão de obra, comprovadamente discriminassem pessoas com o nome incluído nos serviços de proteção ao crédito. Assentou haver, no caso, usurpação da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais por tratar-se de “incapacitação para licitar”. Concluiu também pela violação ao artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal, pois as regras de contratação de pessoal não guardam qualquer pertinência com a capacidade da contratante de cumprir o objeto do contrato.

Cito ainda o julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.059/RS, acórdão publicado em 20 de agosto de 2004, quando o Supremo qualificou como norma geral e suspendeu lei do Estado do Rio Grande do Sul que determinou à Administração Pública a utilização preferencial de *softwares* livres. Consoante assinalado, ainda que a finalidade seja atender outros princípios constitucionais, somente norma geral pode flexibilizar o tratamento isonômico a ser dado pela Administração Pública aos participantes de certame licitatório. Eis trecho do voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sobre o tema:

[...] o processo de licitação em bases igualitárias é a regra geral para a Administração Pública. Aquilo que deve ser usualmente observado, pois, afinal, a disputa entre os licitantes é meio de efetivação não só do princípio constitucional da isonomia, como de várias outras normas principiológicas de idêntica matriz constitucional (princípios da moralidade, da eficiência e da publicidade, *verbi gratia*) e que têm na função administrativa do Estado uma das suas mais fortes justificativas. Sem empeco, tal

competição pode conter elementos de desequiparação ou até mesmo ser posta de lado, conforme dito. A Magna Lei inicia sua legenda com a locução **ressalvados os casos especificados na legislação**, de maneira a autorizar o entendimento de que a lei tem o condão de relativizar o princípio da igualdade (pense-se no tratamento favorecido que a própria Carta-cidadã conferiu às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, a teor do inciso IX do art. 170) e ir além: indicar hipóteses de fuga pura e simples ao proceder competitivo dos interessados em se relacionar contratualmente com o Poder Público, tendo por objeto **obras, serviços, compras e alienações**. Mas é de todo evidente que esse laborar no campo da excepcionalidade só pode defluir de normas gerais (repete-se), procedente de fonte congressional e de equânime aplicabilidade federativa, tudo conforme a sobredita inteligência do inciso XXVII do art. 22 do Código Político de 1988. [...]

O objetivo maior da prescrição constitucional de elaboração de normas gerais sobre licitação e contratação para todos os entes da Federação outro não é senão fixar diretrizes básicas que, homenageando os princípios norteadores da Administração Pública – da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa –, sirvam a todo e qualquer certame licitatório e contrato administrativo, independentemente do objeto almejado.

As condições genéricas – aquelas que independem das circunstâncias da situação concreta – a serem atendidas pelos entes privados para participar da licitação ou para contratar com a Administração Pública enquadram-se no conceito de normas gerais, nos termos previstos no artigo 22, inciso XXVII, da Carta Federal, porque podem, de antemão, desequilibrar o tratamento igualitário devido aos potenciais participantes do concurso, restringir o âmbito de competição do certame e influir de maneira decisiva no processo para a escolha da melhor proposta. É matéria, portanto, de observância uniforme em toda a Federação.

Nessa linha, entendo violado o artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal. A proibição de contratar com a Administração Pública em decorrência de integrar o quadro da empresa pessoa condenada por crime ou contravenção pela prática de atos discriminatórios estabelece critério não relacionado às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

A situação imposta pela lei impugnada acaba por implicar ofensa ao princípio da intransmissibilidade da pena, segundo o qual as restrições

jurídicas resultantes de processo judicial ou administrativo não podem transbordar a dimensão estritamente pessoal do infrator, para atingir direitos de terceiros. A lei, sem prévio processo ou exercício de contraditório, impede empresa de contratar com a Administração Pública em virtude de condenação criminal de pessoa natural que pertenceu ao rol de empregados ou diretores. Embora a norma não trate de Direito do Trabalho ou de Direito Penal, pois a vedação de participar de contrato público é sanção de natureza administrativa, a previsão veio a afrontar os princípios da responsabilidade pessoal e do devido processo legal.

Ante o quadro, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.218, de 12 de fevereiro de 1999, do Estado de São Paulo.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 1206/2019