



SEPARAÇÃO DE PODERES E CONFLITO FEDERATIVO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A HOMOLOGAÇÃO PRÉVIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER LEGISLATIVO

Cláudio Ladeira de Oliveira*

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz*

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal tem afirmado a inconstitucionalidade de normas que determinam a homologação prévia pelo Poder Legislativo de contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo sob o argumento de que elas infringem a “separação de Poderes”, segundo o qual não caberia ao Poder Legislativo interferir na esfera do Poder Executivo. Neste artigo sustentamos, em primeiro lugar, que o princípio da separação dos Poderes, sobretudo na versão adotada pelo tribunal, não é o fundamento mais consistente para rechaçar a constitucionalidade dessas normas. Em segundo lugar, afirmamos que a questão deve ser enfrentada a partir de uma interpretação das disposições constitucionais sobre a distribuição de competências legislativas entre os entes federativos, especialmente o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição de 1988, que afirma ser competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação. Na interpretação de tais dispositivos, o Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade, deve manter uma postura de deferência em relação aos juízos políticos realizados pelo Poder Legislativo federal. Assim, é possível afirmar a inconstitucionalidade dessas normas sem incorrer nos problemas que surgem quando adotado o argumento da “separação de poderes”.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo; conflito federativo; homologação; poder legislativo; separação de poderes.

SEPARATION OF POWERS AND FEDERATIVE CONFLICT: ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT’S DECISIONS ON THE PRIOR APPROVAL OF PUBLIC CONTRACTS BY THE LEGISLATIVE BRANCH

ABSTRACT

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, Santa Catarina, Brasil). Coordenador do GConst – Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político UFSC/CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0246-512X>.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Florianópolis, Santa Catarina, Brasil). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Advogado sócio do escritório Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados. Membro do GConst – Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político UFSC/CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7380-7708>.





The Brazilian's Supreme Court has ruled that legal norms which determine the prior approval of public contracts by the Legislative Power are unconstitutional based on the principle of separation of powers, based on the argument that the Legislative Branch can't interfere in the sphere of the Executive Branch. In this article, we maintain, first of all, that the principle of separation of powers, especially in the version adopted by the Court, is not the most consistent basis for rejecting the constitutionality of these legal norms. Second, we affirm that the issue must be faced from an interpretation of the constitutional provisions on the distribution of legislative powers among federal entities, especially item XXVII of article 22 of the Brazilian's Constitution, which states that it is the exclusive competence of the Union to legislate on general rules for bidding and contracting. In the interpretation of such provisions, the Judiciary, in exercising constitutionality control, must maintain a deferential stance in relation to the political judgments made by the Federal Legislative Power. Thus, it is possible to affirm the unconstitutionality of these legal norms without incurring the problems that arise when adopting the "separation of powers" argument.

KEYWORDS: Public contracts; federative conflict; prior approval; legislative branch; separation of powers.

1 INTRODUÇÃO

Um tema que surge com certa frequência na pauta política é a possibilidade de o Poder Legislativo homologar previamente a assinatura de contratos administrativos pelo Poder Executivo, em especial os contratos de concessão comum e de parceria público-privada. A rigor não há no ordenamento jurídico pátrio previsão constitucional (estadual) ou infraconstitucional que assim disponha, mas isso não significa que não tramitem nas casas legislativas projetos nesse sentido.

Como exemplo, no ano de 2019 tramitou na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 002/2019, que altera as competências da Assembleia Legislativa para incluir a obrigação de homologar previamente à contratação de projetos de parcerias público-privadas deliberadas pelo Chefe do Poder Executivo. Além disso, caberia ao Poder Legislativo estadual também homologar previamente as concessões dos serviços de gás canalizado, serviços e instalações de energia elétrica, aproveitamento energético de cursos d'água e de carvão mineral e transporte rodoviário intermunicipal. A PEC foi aprovada pelas comissões internas e, desde então, aguarda-se a sua entrada em pauta para discussão e votação no Plenário (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 2022, p. 1, 13-16).

O Supremo Tribunal Federal já analisou a constitucionalidade de normas que tratam da homologação prévia pelo Poder Legislativo de contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo. O principal argumento adotado pela Corte para apontar a inconstitucionalidade dessas normas é que elas violam o princípio da "separação dos Poderes", porquanto representariam uma interferência do Poder Legislativo nas atribuições do Poder Executivo.

O presente artigo pretende estudar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e apontar que o argumento da "separação dos Poderes" não é o mais adequado para se analisar a (in)constitucionalidade de normas que versem sobre a homologação prévia de contratos administrativos pelo Poder Legislativo, propondo-se um novo prisma para o



entendimento do tema: a competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pública.

2 O ARGUMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Supremo Tribunal Federal já se debruçou em algumas oportunidades sobre disposições de constituições estaduais ou de legislação estadual/municipal que trata de uma suposta homologação prévia pelo Poder Legislativo de contratos administrativos, convênios e instrumentos congêneres.

Em 1998, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADI nº 1.857-2/SC, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, para suspender os efeitos do artigo 20 da Constituição do Estado de Santa Catarina que determinava a apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo de convênios, ajustes, acordos, convenções e instrumentos congêneres firmados pelo Poder Executivo. Na oportunidade, reconheceu-se a plausibilidade da alegação de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Estadual. O segundo argumento adotado, invocando precedente da Representação nº 1.024-4/GO e da ADI nº 165-5/MG, foi de que inexistia analogia entre esse dispositivo e a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional de acordos e tratados internacionais – em outras palavras, é uma situação diferente dos acordos e convênios, que estão sujeitos ao controle *a posteriori* exercido pelo Poder Legislativo (BRASIL, 1998). Em 2003, a medida liminar foi confirmada sob os mesmos argumentos (BRASIL, 2003).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.865-5/SC, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, suspendeu-se liminarmente os efeitos da Lei do Estado de Santa Catarina nº 10.865/1998, que regulamentava o artigo 20 da Constituição Estadual, conforme a argumentação da ADI nº 1.857-2/SC (BRASIL, 1999). A referida Lei foi revogada pela Lei Complementar Estadual nº 656/2015, razão pela qual a sobredita ação perdeu o objeto.

Os dois precedentes catarinenses citados versam sobre convênios, acordos e instrumentos congêneres firmados pelo Poder Executivo. Existem outros precedentes análogos, que versam tanto sobre a aprovação pela Câmara de Vereadores quanto pela Assembleia Legislativa (conforme o ente federativo), como a Representação nº 1.024-4/GO (1980); Representação nº 1.210-7/RJ (1984); ADI nº 177-9/RS (1996); ADI nº 165-5/MG (1997); ADI nº 342-9/PR (2003); ADI 770-0/MG (2002). E, nesses casos, o fundamento para rechaçar as referidas normas foi a separação dos Poderes.

No ano de 1996, foi julgada procedente a ADI nº 676-2/RJ, relatada pelo Ministro Carlos Velloso. Na ação, impugnou-se o inciso XX do artigo 99 da Constituição Estadual, que tratava da apreciação e aprovação pela Assembleia Legislativa de contratos administrativos celebrados com particulares (além de convênios, acordos etc.), por conta da ofensa à separação dos Poderes (BRASIL, 1996).

Em 2002, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.166-9/DF, foi declarado inconstitucional trecho da Lei Orgânica do Distrito Federal que determinava a competência da Câmara Legislativa do Distrito Federal para autorizar ou aprovar contratos que resultassem em



encargos não previstos em lei orçamentária. O argumento para tanto também foi a ofensa à separação dos Poderes (BRASIL, 2002).

No ano de 1997, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 462-0/BA, de Relatoria do Ministro Moreira Alves, que questionava trechos da Constituição do Estado da Bahia, dentre eles o § 1º do artigo 25 e o inciso XXX do artigo 71. Em suma, esses dispositivos determinavam a competência da Assembleia Legislativa de aprovar/autorizar previamente concessões de serviço público.

Os referidos dispositivos foram declarados inconstitucionais, por unanimidade. Em seu voto, o Ministro Moreira Alves afirmou que eles ofendem o artigo 2º da Constituição Federal (que trata da separação e independência dos Poderes). Além disso, aduziu que eles constituem pressuposto de validade das concessões de serviço público, o que não se coaduna com a previsão da Constituição Federal do controle *a posteriori* de atos do Poder Executivo exercido pelo Poder Legislativo (BRASIL, 1997).

Em todos esses precedentes, o principal argumento para repelir as normas questionadas é a ofensa à separação dos Poderes. Outros argumentos citados nos julgados elencados tratam do fato de a aprovação prévia pela Assembleia Legislativa não estar em consonância com o controle *a posteriori* exercido pelo Poder Legislativo e que inexistente analogia entre essa medida e a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional de acordos e tratados internacionais.

No restante deste artigo, esperamos demonstrar que o argumento da “separação de poderes” é inadequado, que deve se pautar por uma interpretação do art. 22, XXVII, da Constituição, que trata da competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”.

3 A “SEPARAÇÃO DE PODERES” NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 não faz referência expressa à “separação de poderes” no título I, destinado aos princípios fundamentais, mas no art. 2º estabelece que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tal dispositivo faz alusão, ainda que de forma bastante abstrata, a algumas das ideias frequentemente encontradas na literatura sobre o tema: primeiro, os “poderes” são essencialmente três, o legislativo, o executivo e o judiciário; segundo, cada um deles dispõe de alguma autonomia e funções próprias e as exerce com independência dos demais poderes; terceiro, as instituições não atuam isoladas umas das outras, mas integram um sistema complexo de governo, o que demanda “harmonia” no exercício de funções muitas vezes diretamente relacionadas e potencialmente sobrepostas.

Mais importante que o princípio estabelecido no art. 2º, o título IV da Constituição, o mais extenso do texto, dispõe sobre o regramento minucioso dos clássicos três poderes e também das “funções essenciais à Justiça”, denominação que abrange o ministério público, a advocacia (pública e privada) e a defensoria pública. O constituinte optou por denominar o título IV de “organização”, ao invés de separação, “dos poderes”. É nesse título que se encontram as disposições fundamentais que de fato organizam o sistema constitucional brasileiro no tocante às relações “independentes” e (nem sempre tão) “harmônicas” entre os poderes, essencialmente os da União.

Além disso, o título III da Constituição (“Da organização do Estado”) dispõe também sobre aquilo que convencionou-se denominar de separação “vertical” entre os poderes. Ao invés de distribuir poderes “horizontalmente” em instituições localizadas no mesmo âmbito federal

(o Legislativo e o Executivo da União, por exemplo), o título III separa poderes e competências políticas entre instituições que se relacionam “verticalmente”: a União, os Estados e os Municípios. Trata-se da complexa organização do Estado federal brasileiro, e o federalismo é certamente uma forma de “separar poderes” no âmbito das instituições de um mesmo Estado nacional.

Por fim, o constituinte conferiu à “separação de poderes” (recorrendo agora sim à expressão clássica) a proteção especial típica de um limite material ao poder de reforma, vedando a “deliberação” de propostas de emenda à Constituição “tendentes” a abolir o referido princípio (art. 60, § 4º, II). Nos mesmos termos, estabeleceu também a mesma proteção para a “forma federativa de Estado” (art. 60, § 4º, II). Em ambos os casos, contudo, as duas matérias são tratadas de forma extremamente abstrata: não há a indicação específica de dispositivos concretos que não podem ser objeto de emenda à Constituição, mas um mandamento genérico de que a “separação de poderes” e a “forma federal de Estado” não podem ser “abolidas” do texto. Se, além disso, aproximadamente metade dos artigos da Constituição (cerca de 46%) encontram-se reunidos nos títulos III e IV, e se a Constituição (assim chamada) “federal” é parâmetro de controle também para a legislação produzida pelos Estados e municípios, então são previsíveis a dificuldade e a amplitude dos conflitos que podem surgir no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos federais a título de controle de tais matérias.

A questão é como tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, devem enfrentar os problemas resultantes do modelo adotado. Como identificar os precisos limites a partir dos quais o exercício da competência legislativa de emendar a constituição incorre na proibida “abolição” de algum dispositivo protegido pelo artigo 60? E mais importante para o problema aqui discutido, como aplicar as disposições sobre “separação de poderes” da Constituição Federal para avaliar a constitucionalidade dos atos normativos estaduais?

Mas se é certo que alguma reflexão sobre o significado de “separação de poderes” é dogmaticamente necessária, a dúvida é se a literatura sobre o tema é capaz de oferecer alguma orientação mais concreta, capaz de auxiliar o tribunal no enfrentamento de questões de tal natureza. A própria Constituição não adotou uma formulação “técnica” do princípio da separação de poderes, e nem poderia ser de outra forma. Constituições não são textos acadêmicos destinados a solucionar intrincadas divergências teóricas, mas sim instituições políticas que criam, organizam e limitam os poderes e competências do Estado, vigorando sobre uma comunidade cujos membros seguirão divergindo sobre temas e conceitos políticos dos mais diversos, dentre eles o próprio sentido de “separação de poderes”.

4 POSSÍVEIS ACEPÇÕES PARA “SEPARAÇÃO DE PODERES”

Como frequentemente ocorre com temas dessa natureza, não há uma definição canônica para o princípio da “separação de poderes” disponível na literatura, capaz de oferecer uma orientação segura para cada caso controvertido. Historicamente, é certo que a ideia de separação de poderes deita raízes nas ideias pré-modernas de “governo misto” ou “balanceado” (VILLE, p. 37), as quais propunham um modelo de governo limitado que resultava da mistura coerente entre instituições que representavam distintas classes sociais, de modo a forçar que os interesses relevantes de cada uma delas fossem levados em conta nos processos de governo. Neste sentido, o governo misto e balanceado, seria o resultado de um arranjo entre “monarquia”, “aristocracia” e “democracia”, forças políticas que, quando governando de forma isolada e ilimitada,



degenerariam em arbitrariedade (BELLAMY, p. 195). O caráter pré-moderno desses modelos reside no fato de que os arranjos institucionais visam assegurar um equilíbrio de forças entre distintas classes sociais, cada qual possuidora de uma dignidade própria já estabelecida e “direitos” especiais, o que contraria o pressuposto fundamental do constitucionalismo moderno da igualdade jurídica entre todos os cidadãos.

Contudo, apesar das diferenças, a teoria do governo misto e a da separação de poderes estão relacionadas, ao menos no sentido de que as primeiras forneceram às segundas ideias sugestivas que formam a base das segundas (VILLE, p. 38). Por exemplo, Bolingbroke (1997, p. 127), que – décadas antes de Montesquieu – tendo em mente a tradição institucional britânica e a tradição intelectual do “governo misto”, sustentava ser evidente que os poderes de Estado deveriam ser organizados na forma de um equilíbrio resultante do contrapeso de forças opostas (democracia, aristocracia e monarquia). Assim, cada uma dessas forças seria moderada e estimulada a produzir bons efeitos, sendo ao mesmo tempo restringida pelas outras duas forças, de um modo tal que limitaria a tendência (“natural a cada uma delas”) a produzir efeitos perniciosos. Também Montesquieu (1985, p. 148), que dedicou o capítulo VI do livro 11º à “Constituição da Inglaterra”, não fornece uma “concepção” propriamente de separação de poderes, mas sim pretende descrever as condições peculiares do “governo misto”, “balanceado”, existente na Inglaterra.¹

A própria denominação do princípio é objeto de controvérsia. Carl Schmitt (2003, p. 186), por exemplo, recomendava o uso da expressão distinção ou diferenciação (“Unterscheidung”) de poderes, ao invés de separação (“Trennung”) ou divisão (“Teilung”). “Separação”, significaria poderes “isolados”; “divisão” estaria limitado à organização interna de cada poder (exemplo: poder legislativo, “dividido” em duas casas). Jeremy Waldron (2016, p. 49), por sua vez, identifica ao menos cinco significados potencialmente concorrentes para o princípio, que pode significar uma exigência de que:

- (i) as funções de governo devem ser separadas umas das outras;
- (ii) o poder político deve ser disperso, evitando a concentração excessiva nas mãos de uma única pessoa ou órgão;
- (iii) os órgãos com poder decisório devem possuir alguma espécie de poder de vetos sobre as decisões uns dos outros (os “freios e contrapesos”);
- (iv) o processo legislativo demande a concorrência de duas casas legislativas separadas atuando no processo legislativo (bicameralismo);
- (v) o Estado nacional separe poderes entre várias unidades políticas sobrepostas espacialmente, com jurisdição sobre o mesmo povo e território (federalismo).

Se nos ativermos à primeira e à terceira acepções do princípio, as mais importantes para o tema do presente artigo, será possível perceber que essas ideias exigem desenhos institucionais distintos, conflitantes ou complementares, a depender dos detalhes da formulação. Por exemplo, uma separação rigorosa das funções legislativas (criação de normas gerais e abstratas) e executivas (o exercício da gestão administrativa nos casos concretos) pode conflitar com a exigência de que os poderes legislativo e executivo exerçam vetos recíprocos entre si (exemplo: poder de veto do Presidente da República no processo legislativo; competência legislativa para derrubar o veto do Presidente). Ainda mais controvertido que isso, o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos gerais e abstratos aprovados pelo Poder Legislativo, se por um lado pode corresponder à exigência de “freios e contrapesos” por

¹ “O ponto de partida de Montesquieu, a Constituição inglesa, de existência real, corresponde à premissa de que não se tem que primeiro inventar princípios asseguradores da liberdade, mas que estes não de ser descobertos em uma realidade ‘já existente’” (MAUS, 2010, p. 20).



outro oferece uma óbvia fonte de conflito com a exigência do exercício de funções “separadas”, posto que pode conferir a algum tribunal as competências de legislador negativo ou mesmo positivo.

Na primeira acepção identificada por Waldron (2016, p. 70-71), separação de poderes está relacionada à pretensão de poderes “independentes” (CF/88, art. 2º) e significa “governo articulado através de sucessivas fases de governança, cada qual mantendo sua própria integridade”. A exigência de um governo enquanto processo articulado em sucessivas etapas está relacionada aos ideais de “Estado de Direito” e “governo das leis”: o poder político organizado deve ser exercido sobre os cidadãos apenas mediante procedimentos juridicamente pré-definidos, sendo que cada etapa oferece distintas perspectivas para avaliar a adequação da aplicação do poder coercitivo do Estado sobre os cidadãos. Por sua vez, a “integridade” de cada uma das etapas significa que elas possuem uma importância própria e envolvem diversos assuntos e competências específicas, que devem ser realizadas separadamente. Conceitualmente, é uma exigência de desempenho separado de funções públicas importantes: a decisão que estabelece a legislação (normas gerais e abstratas, válidas para todos com antecedência aos casos de aplicação, e não diretamente um caso particular, de indivíduos determinados); a jurisdição (a decisão sobre conflitos concretos com fundamento na legislação pré-existente) e a tarefa executiva da administração, de gestão pública com fundamento nas leis pré-existentes. São tarefas distintas, embora todas relacionadas ao exercício do poder político do Estado sobre os cidadãos, que demandam instituições com distintas competências:

cada uma dessas respectivas tarefas possui uma integridade própria, a qual é contaminada quando considerações executivas ou judiciais afetam o modo como a legislação é implementada, quando considerações legislativas e executivas afetam o modo como a função judicial é desempenhada, e quando questões específicas ao poder executivo são enredadas com questões de legislação e jurisdição (WALDRON, 2016, p. 66).

Essa acepção de “separação de poderes”, e a justificativa que a acompanha, pode ser identificada – ainda que de modo incompleto – em John Locke (2002, p. 66), que ressaltava a necessidade de atribuir as tarefas de elaborar as leis e colocá-las em prática a grupos distintos de pessoas, de modo que aqueles que elaboram as leis não possam posteriormente, no momento da aplicação, isentar-se dessas mesmas leis conforme seus interesses particulares. A formulação lockeana é “incompleta” em função da ausência de uma identificação da função judiciária nos termos modernos, mas capta o essencial na exigência de funções separadas para evitar o arbítrio. Bem mais famosa, todavia, são as passagens de Montesquieu em “O Espírito das Leis” no capítulo destinado à “Constituição” da Inglaterra (1985, p. 148). Em especial:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (MONTESQUIEU, 1985, p. 149).

Ou então, na clássica formulação de James Madison (2011, p. 438),



A acumulação de todos os poderes, legislativo, executivo e judicial, nas mesmas mãos, quer sejam as de um, de poucos, ou de muitos, que sejam hereditárias, autoneameadas, ou eleitas, pode justamente ser declarada como a definição mesma de tirania.

Ainda que tais expressões estejam longe de produzir exatamente uma “definição” de separação de poderes, se o princípio da “separação de poderes” é entendido nessa primeira acepção, então a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está no caminho certo, uma vez que a atribuição do Poder Legislativo de homologar previamente concessões e parcerias público-privadas concede a ele uma função importante na gestão concreta de cada projeto. É indiferente avaliar se uma ideia estrita de separação de poderes impediria o controle judicial de atos legislativos – nesta acepção, de poderes *separados* –, bastando aqui a conclusão de que existe algum respaldo teórico à tese endossada pelo Supremo Tribunal Federal. Tampouco é importante aqui avaliar se tal modelo de separação estrita de poderes é atraente ou mesmo simplesmente viável nas condições do moderno Estado administrativo, no qual o Poder Executivo desempenha cotidianamente funções das mais variadas, inclusive algumas de natureza claramente legislativa e “quase jurisdicional”, como é o caso das agências reguladoras (VERMEULE, 2016).

Em sentido contrário, a terceira formulação identificada por Waldron (“freios e contrapesos”), poderia levar a uma conclusão diversa. Em síntese, nessa acepção, “separação de poderes” significa uma exigência de que os poderes, ao invés de estritamente separados, estejam relacionados de tal modo que diversos agentes, com competências potencialmente conflitantes, possam exercer uma espécie de policiamento recíproco uns sobre os outros, evitando que o poder termine concentrado nas mãos de um único agente:

a grande proteção contra uma concentração gradual dos diversos poderes no mesmo departamento consiste em dar àqueles que administram cada departamento os meios constitucionais e os motivos pessoais necessários para resistir à usurpação pelos outros. (...) Deve-se fazer com que a ambição contrabalance a ambição. O interesse do homem deve estar ligado aos direitos constitucionais do cargo. (...) primeiro é preciso habilitar o governo a controlar os governados; e, seguidamente, obrigar o governo a controlar-se a si próprio (MADISON, 2011, p. 468).

Trata-se de um modelo que possui estrutura muito similar ao argumento da “mão invisível” de Adam Smith²: do mesmo modo que a competição dos agentes de mercado, que atuam guiados apenas pela busca de seu próprio interesse, produz resultados positivos em termos de bem-estar público que não eram conscientemente buscados pelos agentes, também a competição entre instituições políticas (“checks and balances”), cada qual ocupada por agentes dispostos a maximizar o próprio bem-estar, produz também o resultado (não planejado) de um governo não-arbitrário. Não importa neste momento analisar se a analogia madisoniana entre a competição dos agentes em mercados competitivos e a “competição” entre instituições políticas no âmbito de um Estado é defensável ou teoricamente arbitrária.³ Para o nosso argumento, é suficiente por ora demonstrar que essa acepção de “separação de poderes” é acertada e pode ser endossada pelo argumento de que o combate à corrupção na gestão da coisa pública em geral,

² “Não é da bondade do homem do talho, do cervejeiro ou do padeiro que podemos esperar o nosso jantar, mas da consideração de que eles têm o seu próprio interesse. Apelamos, não para a sua humanidade, mas para o seu egoísmo, e nunca lhes falamos das nossas necessidades, mas das vantagens deles” (SMITH, 1987, p. 95).

³ Para uma resposta positiva à questão: VERMEULE, 2011, p. 65 e seguintes.



e no processo licitatório em particular, seria beneficiado se ampliássemos os agentes políticos competentes para decidir sobre a matéria.

O fato, portanto, é que a longa tradição da teorização política sobre o princípio da separação de poderes é inconclusiva para a questão. Especialmente no âmbito do exercício do controle judicial de constitucionalidade, a consequência de tal indeterminação é que uma eventual Proposta de Emenda à Constituição (PEC) destinada a alterar a Constituição nesse sentido não deveria ser declarada inconstitucional, ao menos não com fundamento na simples expressão “separação de poderes” prevista no art. 60, §4º, III do texto constitucional. Tal expressão não fornece um modelo concreto e minucioso de distribuição de competências entre os poderes e em tal hipótese é recomendável que o tribunal adote uma postura de deferência em relação à opção legislativa, se nada na Constituição proíbe tal opção além da dúvida razoável. Mais que isso: é sabido que o *caput* do §4º do art. 60, que dispõe sobre os limites materiais ao poder de emenda, não proíbe a “modificação” das matérias indicadas nos incisos, mas sim a “abolição” das mesmas. Naturalmente, “abolir” é ato de maior intensidade, consistente na completa extinção da cláusula, distinto de “modificar”, expressão que tolera interpretação no sentido que as matérias ali indicadas podem sofrer modificações que reduzem o chamado “âmbito de proteção” ao limite material. Enfim, nas palavras de Oliver Wendell Holmes, “princípios abstratos não resolvem casos concretos” (ESTADOS UNIDOS, 1905). E se o tribunal atuar de outro modo, declarando inconstitucional a PEC em questão, não está propriamente “interpretando” a disposição constitucional, mas impondo sua própria convicção sobre o melhor modelo a ser adotado quanto à matéria.

5 UMA HIPÓTESE: “SEPARAÇÃO DE PODERES” CONJUGADA COM “PRINCÍPIO DA SIMETRIA”?

A Constituição de 1988 não é exclusivamente “federal”, como se convencionou chamá-la, mas também “nacional”. Ela não regula apenas a organização das instituições políticas federais, tais como o Congresso Nacional, a Presidência da República, o Supremo Tribunal Federal etc., mas também regulamenta expressa e minuciosamente certos aspectos fundamentais da organização dos Estados e Municípios. São muitos os exemplos: as regras sobre a competência privativa dos Estados (art. 25, §2º) e Municípios (art. 30, III), as disposições sobre o número de deputados das assembleias legislativas estaduais (art. 27), o número de vereadores das câmaras municipais (art. 29, IV), a eleição e duração dos mandatos de governadores estaduais (art. 28), a eleição e duração dos mandatos dos prefeitos municipais (art. 29, I), as regras de organização do poder judiciário nacional (ingresso na carreira, promoção etc., conforme art. 93 e seus incisos) que incluem diretamente os magistrados estaduais. Em alguns casos, o constituinte optou por estender aos Estados ou Municípios disposições especificamente relativas à União, como é o caso das imunidades dos parlamentares estaduais (art. 27, § 1º). Em todos esses casos, por decisão deliberada do legislador constituinte, a Constituição regula de forma expressa as referidas matérias, seja criando disposições específicas para as subunidades federadas, seja por remissão a disposições que tratam da União.

Mas além de tais disposições em grande parte objetivas e minuciosas, o texto constitucional faz referência também a “princípios” de índole abstrata que, estando presentes no corpo da Constituição, devem ser respeitados pelo Estados e Municípios no exercício de



suas competências: os Estados se organizam por Constituições e legislação próprias, “observados os princípios desta Constituição” (art. 25, *caput*); de modo similar, os Municípios regem-se por leis orgânicas, “atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 29, *caput*); “os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição” (art. 125, *caput*); na elaboração das Constituições estaduais serão “obedecidos os princípios” da Constituição. Naturalmente, com a opção do constituinte pela referência a “princípios” limitadores das competências administrativas e políticas dos entes federados surge a questão de como definir objetivamente a amplitude de tais limites nos casos concretos. E, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, essa obrigação imposta aos entes federados de respeitar os “princípios” da Constituição (assim chamada) federal tem sido tratado há décadas mediante o recurso a uma construção da própria jurisprudência do Tribunal: o “princípio” da “simetria”, segundo o qual as disposições constitucionais que disciplinam as relações entre os poderes no âmbito da União devem, em grande medida, ser adotadas também pelos Estados e Municípios. Nisso consistiria o respeito que Estados e Municípios devem prestar, nos limites de suas competências legislativas, aos “princípios” da Constituição. Trata-se, no entendimento da Corte, de uma

construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da CF e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República (BRASIL, 2009).

Como seria de se esperar, a aplicação de tal dever de simetria na jurisprudência da Corte comporta inúmeras dúvidas e pontos de obscuridades na definição precisa dos arranjos institucionais que devem ser reproduzidos pelos Estados e Municípios. De todo modo, é certo que mediante o uso de tal princípio

foi erigido jurisprudencialmente o entendimento de que a maneira como a Constituição Federal disciplina os três poderes da União e determina seus freios e contrapesos deve ser reproduzida, em linhas gerais, no âmbito dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, quando forem organizar os próprios poderes mediante a edição das respectivas constituições estaduais e leis orgânicas (LOPES FILHO, 2019, p. 51).

Vejamos por exemplo o caso do processo legislativo: muito embora os arts. 59 a 69 da Constituição façam referência expressa apenas ao processo legislativo no âmbito da União, a jurisprudência da Corte é profícua em exigir que Estados adotem regras idênticas no âmbito do seu próprio processo legislativo, sempre que isso seja possível (as exceções óbvias decorrem do fato de que a própria Constituição estabeleceu que o Congresso Nacional é bicameral, ao contrário do que ocorre com as unicamerais assembleias estaduais):

A Constituição do Brasil, ao conferir aos Estados-membros a capacidade de auto-organização e de autogoverno – art. 25, *caput* –, impõe a obrigatória observância de vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo. O legislador estadual não pode usurpar a iniciativa legislativa do chefe do Executivo, dispondo sobre as matérias reservadas a essa iniciativa privativa (BRASIL, 2008).

Em especial relação ao processo legislativo, o ativismo da Corte na imposição do dever de simetria é ainda mais notável uma vez que na Constituição atual não existe disposição comparável ao artigo 13, III, da Constituição de 1967, o qual dispunha que “Os Estados se

organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (...) III - o processo legislativo;”. Com isso, não é exagero algum afirmar que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade dos atos legislativos estaduais, exerce considerável poder de formulação do nosso modelo de Estado federal: “O constituinte estadual, segundo a jurisprudência tradicional do STF, deve reproduzir o sistema federal em suas minúcias, não podendo formular inovações significativas” (SOUZA NETO, 2019, p. 335).

Se aplicado à hipótese do presente artigo, o “princípio da simetria” poderia levar à conclusão de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é inadequada. Neste caso, a alegada inconstitucionalidade não seria o resultado direto da violação de um modelo de separação de poderes visto como “correto” pelo tribunal, mas sim do fato de que os Estados deveriam reproduzir simetricamente o modelo de separação de poderes adotado pela União no âmbito de suas competências.

No presente artigo não pretendemos sustentar o equívoco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com fundamento no princípio da simetria. Muito embora o princípio da simetria seja apresentado como uma “decorrência lógica do mínimo de unidade que se espera do pacto federativo” (FONTELES, 2015, p. 133), não apenas ele não se encontra descrito expressamente no texto constitucional, como é certo que não pode simplesmente ser objeto de “dedução lógica” a partir do texto. Seu uso pelo tribunal exemplifica uma hipótese de “escolha”, “decisão”, da corte sobre o modo como as instituições devem ser organizadas, muito mais do que uma “interpretação” da opção fixada no texto constitucional. Entendemos que sua aplicação tem ensejado não apenas uma considerável expansão das competências legislativas da União, mas – o que é particularmente grave em termos de legitimidade política – uma expansão objeto de escolha não pela Assembleia Nacional Constituinte ou pelo Congresso Nacional, mas pelo Supremo Tribunal Federal. Como os exatos contornos do princípio e suas hipóteses de aplicação sempre dependerão de juízos essencialmente casuísticos, não é exagero afirmar que o tribunal, no final das contas,

termina reconhecendo que quem determina o modelo é ele, o próprio Supremo, dando um claro indicativo de reconhecimento de que ele é o construtor da federação brasileira. Ou seja, de que a federação brasileira é construída pela Jurisdição Constitucional (ARAÚJO, 2009, p. 76).

Para os nossos propósitos, é suficiente questionar os fundamentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base nas teses que apresentaremos no próximo item.

6 COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO

A proposta do presente artigo é confrontar o argumento da separação de Poderes utilizado comumente pelo Supremo Tribunal Federal para julgar inconstitucionais normas estaduais/municipais que tratam da homologação prévia pelo Poder Legislativo de contratos administrativos.

Isso porque o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição afirma que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para todos os entes federativos, empresas públicas e sociedades de economia mista:

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 misto, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Nas constituições anteriores à de 1988, não havia disposição semelhante sobre licitações e contratos administrativos. Havia a menção da competência da União para legislar sobre “normas gerais” de outras matérias, como por exemplo direito financeiro e de regime penitenciário, além da competência legislativa suplementar dos Estados.

Nesse ponto, é fundamental compreender o que se entende por “normas gerais de licitação e contratação”. Se o entendimento for de que a imposição de homologação prévia de contratos administrativos pela Assembleia Legislativa é norma de caráter geral e, portanto, é uma norma geral que deve pautar toda a legislação concorrente dos Estados, as normas que assim dispõem podem ser consideradas inconstitucionais. Por outro lado, caso se trate de norma específica, de competência legislativa residual dos Estados por força do § 2º do artigo 24 da Constituição, não há vício de constitucionalidade.

Conforme explica Juraci Mourão Lopes Filho (2019, p. 196), não há na doutrina e na jurisprudência um critério claro, explícito e amplamente difundido sobre o que se entende por norma geral de licitação e contratação. Em seu entendimento, prevalecem, “sem maiores censuras, critérios formais enunciados em cada lei específica, bem como o delineado caso a caso”.

Ainda assim, é possível encontrar na doutrina elementos que podem caracterizar uma determinada norma como de caráter geral – e, portanto, de competência legislativa privativa da União.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 539-540), uma norma de caráter geral poderá abordar os seguintes conteúdos: (i) princípios, fundamentos e critérios básicos que disciplinarão o conteúdo das leis que surgirão para especificar a matéria; (ii) preceitos de caráter nacional, aplicáveis em todo o país de modo indistinto, não gerando tratamento diferenciado aos bens que são igualmente tutelados pelo Direito; e (iii) padrões de defesa do interesse público que devem ser garantidos em todo o território nacional, de modo que ele não fique desprotegido por uma eventual omissão dos Estados ou dos Municípios.

Carlos Ari Sundfeld (1993, p. 276), por sua vez, complementa e afirma que não cabe à União legislar sobre questões particulares e detalhamento de organização dos demais entes. Segundo o autor, “As normas gerais contêm apenas os princípios da regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração”.

Especificamente sobre licitações e contratos administrativos, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 45) considera que os Estados e os Municípios devem respeitar as normas gerais de caráter nacional, sendo competentes para editar normas específicas. Temas atinentes às licitações, como os prazos de convocação e interposição de recursos, limites de valores para as modalidades licitatórias e hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, por exemplo, são normas gerais editadas pela União e não podem ser alteradas pelos outros entes políticos.

A seu turno, Marçal Justen Filho (2014, p. 20-23) aduz que a distinção entre norma geral e norma específica deve ser analisada caso a caso e dependerá de uma escolha a ser tomada pela União, ente competente para tanto. Se a União determinar que um dispositivo legal é de caráter geral, ele assim será considerado. No entanto, o autor propõe que as normas que se referem aos requisitos de validade da contratação administrativa, hipóteses de realização ou não de licitação, as modalidades e os tipos existentes e o regime jurídico da contratação administrativa compõem um “núcleo de certeza positiva” dentro do conceito indeterminado de norma geral, sendo uma



“disciplina imposta pela União e de observância obrigatória de por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta)”. Em síntese, conclui que “as normas gerais sobre licitação e contratação administrativa são aquelas pertinentes à instauração, formalização, realização e extinção de licitações e contratos”.

O mesmo entendimento é aplicável às normas que tratam de concessões de serviço público: as Leis Federais nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995, que versam sobre as concessões comuns, e a Lei Federal nº 11.079/2004, acerca das parcerias público-privadas.

Segundo Egon Bockmann Moreira (2010, p. 47-48), as normas gerais são de ordem nacional, valendo para todos os entes federativos. Diante disso, Estados e Municípios podem legislar sobre concessões de serviço público, especialmente em relação aos serviços de sua incumbência, porém não poderão contrariar as normas gerais nacionais instituídas pela União, sob pena da legislação ser reputada como inconstitucional.

De modo direto, Arnaldo Wald, Luíza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald (2004, p. 149) afirmam que:

No campo das concessões devem ser consideradas impositivas para os Estados e Municípios as normas gerais estatuídas nas Leis 8.987/1995 e 9.074/1995, que regulamentam as matérias expressamente enunciadas no art. 175 e seu parágrafo único.

Em obra monográfica sobre concessões de serviços públicos, Vera Monteiro (2010, p. 115-116) ressalta que a competência da União prevista no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal diz respeito a legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, e não contratos administrativos. Logo, a União deve legislar sobre “os requisitos que, concretizando os princípios constitucionais, legitimam o ato de outorga de uso de bens e prestação de serviços por terceiros”. Os aspectos contratuais, por sua vez, competem a cada ente federativo em relação aos serviços de sua competência.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também enfrenta dificuldades para definir o que seria “norma geral”. Em julgado recente, o Ministro Edson Fachin, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.658/PR, afirma que compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e aos Estados, de forma suplementar, legislar sobre “temas especiais, em observância aos interesses locais” (BRASIL, 2019). Assim, o entendimento é de que normas gerais atendem aos interesses nacionais, em contraponto ao interesse local das normas especiais. O grande problema passa a ser o que é o interesse local que fundamenta a competência suplementar de Estados e Municípios para editar normas ditas especiais. Em outro julgado, que versou sobre normas gerais em matéria tributária, o Supremo Tribunal Federal considerou que normas gerais não são genéricas, mas “aptas a vincular todos os entes federados e os administrados” (BRASIL, 2010).

Como se vê, a definição de normas gerais pelo Supremo Tribunal Federal pode ser considerada “substancialista”, não conseguindo escapar de expressões genéricas, tautológicas e redundantes que não resolvem os casos concretos. Ou então, “geral” é definido como “apto a vincular todos os entes federados” e com isso toda disposição que se apresenta na forma legislada torna-se “geral”, tornando irrelevante o espaço restante para legislação suplementar do Estado.

Diante dessa indefinição, o Poder Judiciário deve prestar deferência ao juízo político exercido pelo Congresso Nacional, responsável pela edição de leis no âmbito da União, quando define quais são as normas gerais de licitação e contratação, em atenção à competência



exclusiva prevista no inciso XXVII do artigo 22 da Constituição. Em outras palavras, não cabe ao Poder Judiciário estipular quais são as normas gerais quando o Poder Legislativo já o fez.

7 NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO PARA CONCESSÕES E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: LEIS FEDERAIS Nº 8.987/1995, Nº 9.074/1995 E Nº 11.079/2004

Especificamente em relação aos contratos de concessão comum e de parceria público-privada e a possibilidade de homologação prévia pelo Poder Legislativo, a União, no âmbito de sua competência legislativa, já tratou da temática em pelo menos três oportunidades.

Na Lei Federal nº 8.987/1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviço público, não há menção à necessidade de homologação prévia pelo Poder Legislativo. Dentre os requisitos formais para a realização da licitação para a concessão, não se encontra disposição nesse sentido – existem, por exemplo, outros requisitos, como a publicação de ato justificando a conveniência da concessão ou permissão, conforme artigo 5º da referida Lei. Assim, ao não legislar sobre a matéria, que se trataria de requisito de validade para a concessão, a União, por dedução lógica, não exige um aval prévio do Poder Legislativo.

A Lei Federal nº 9.074/1995, a seu turno, afirma em seu artigo 2º, que é vedado a todos os entes federativos concederem os serviços públicos à iniciativa privada sem lei que autorizativa, que é dispensada “nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995”.

Esse dispositivo tratou explicitamente do assunto e abordou a situação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, exigindo lei que autorize a concessão e apresentando exceções: os serviços de saneamento básico, limpeza e os previstos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios.

Em contraponto, Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar (1998, p. 27-28, 156) interpretam que o artigo 2º da Lei Federal nº 9.074/1995 não tem caráter de norma geral, não sendo aplicável aos demais entes da Federação. Esse dispositivo seria válido somente para a União, cabendo aos Estados e Municípios disciplinarem sobre concessões de serviço público de sua competência e acerca a necessidade de autorização legislativa para a delegação à iniciativa privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 71), por sua vez, possui um posicionamento mais combativo em relação ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.074/1995. Para a autora, a exigência de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos é ato de controle prévio e exceção ao princípio da separação de Poderes, o que só se admite em hipóteses previstas na Constituição Federal. E, nesse aspecto, o artigo 175 do texto constitucional já autoriza expressamente a possibilidade da concessão de serviços públicos.

Também interpretando tal dispositivo, Marcos Juruena Villela Souto (1999, p. 132) aduz que a lei autorizadora pode ser genérica, como está previsto na Constituição Federal e em diversos diplomas legais estaduais e municipais, sendo este o limite máximo da atuação do Poder Legislativo (cabendo a sua atuação posterior como órgão de controle). A opção por conceder um serviço público à iniciativa privada é um ato de gestão, de competência do Poder Executivo, não cabendo interferência do Poder Legislativo.

Por fim, há a Lei Federal nº 11.079/2004, que trata das parcerias público-privadas e que possui a seguinte ementa: “Institui *normas gerais* para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública” (grifou-se). A Lei, inclusive, possui uma

divisão clara quanto às normas gerais (até o artigo 13) e disposições específicas aplicáveis à União (Capítulo IV, do artigo 14 em diante).

Para Vera Monteiro (2005, p. 94), a Lei Federal nº 11.079/2004 “é norma geral sobre o tema – e, por isso, vinculante para as esferas federativas”. Em complemento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 73) aduz que as normas aplicáveis à União sobre Fundo Garantidor, garantidas do parceiro público e limites para a contratação “não são de aplicação obrigatória aos demais entes da federação”, de modo que cada um poderá disciplinar esses aspectos, observando as normas gerais de licitação e contratação no já citado inciso XXVII do artigo 22 da Constituição.

No Capítulo V, que trata das disposições para a licitação das parcerias público-privadas, uma norma de caráter geral e de observância por todos os entes federativos, o § 3º do artigo 10 afirma que, nas concessões patrocinadas⁴ cuja remuneração do ente privado seja constituída por mais de 70% (setenta por cento) pela contraprestação do parceiro público, a sua formalização dependerá de autorização legislativa específica.

8 HOMOLOGAÇÃO PRÉVIA PELO PODER LEGISLATIVO: NORMA GERAL OU NORMA ESPECÍFICA?

Uma vez que se admite que a análise da (in)constitucionalidade da homologação prévia de contratos administrativos pelo Poder Legislativo deve se dar pelo parâmetro das competências legislativas institucionais, a solução para a controvérsia não passa necessariamente pela definição sobre o que é norma geral de licitação e contratação.

Ao revés, o tema deve ser analisado à luz do fato de que já existem normas de licitação, essas sim de caráter geral, que disciplinam o tema. Trata-se de respeitar as opções legislativas então existentes, adotadas pelo Congresso Nacional, visto que é competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação.

Neste sentido, não se pode descurar que as leis que tratam de normas gerais de licitações e contratos (Lei Federal nº 8.666/1993 e a mais recente Lei Federal nº 14.133/2021) não dispuseram sobre a necessidade de anuência do Poder Legislativo para a formalização de contratos administrativos.

De outro bordo, no que tange às concessões de serviço público, a Lei Federal nº 8.987/1995 apresenta normas gerais para essa modalidade de contratação, sendo que não consta em seu teor a homologação prévia pelo Poder Legislativo, razão pela qual é possível deduzir que a norma geral dispensou tal exigência – uma espécie de norma geral por omissão. A Lei Federal nº 9.074/1995, por sua vez, também dispõe sobre normas gerais de concessões de serviços públicos e aduz que deverá haver lei autorizativa, exceto para os serviços de saneamento básico, limpeza urbana e os casos já previstos (autorizados) na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, dispensando a homologação prévia.

Por fim, a Lei Federal nº 11.079/2004, na parte de normas gerais sobre licitações para parcerias público-privadas, dispõe que haverá a necessidade de autorização legislativa específica somente no caso de concessões patrocinadas em que a remuneração do ente privado for composta de mais de 70% (setenta por cento) pela contraprestação da Administração Pública. Para as demais situações, ela não é requerida.

⁴ Segundo o § 1º do artigo 2º da Lei Federal nº 11.079/2004, “Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.



É importante destacar também que a homologação prévia pelo Poder Legislativo de concessões e de parcerias público-privadas pode ser interpretada como um quesito de validade dessas modalidades contratuais, de modo que sem essa anuência elas não poderiam ter vigência. Diante dessa característica, ela seria uma norma geral de licitação, justamente por versar sobre a validade dos contratos administrativos. E, como se sabe, cabe somente à União legislar sobre normas gerais de licitação.

Conjugando essas hipóteses, deduz-se que a necessidade de homologação prévia pelo Poder Legislativo de concessão e parceria público-privada é uma norma geral de licitação e contratação. Logo, é incumbência da União a edição de lei sobre o tema, a teor do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição. À luz desta conclusão, normas estaduais, distritais ou municipais que imponham tal obrigação no seu respectivo âmbito federativo podem ser entendidas como inconstitucionais por ofensa à competência federal para legislar sobre normas gerais de licitação.

9 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal entende que normas que determinam a homologação prévia pelo Poder Legislativo de contratos administrativos firmados pelo Poder Executivo são inconstitucionais, sob o argumento de que essas leis e emendas constitucionais atentam contra o princípio da “separação de poderes”.

No entanto, o princípio da separação de poderes não se mostra adequado para analisar a constitucionalidade dessas normas, na medida em que a sua própria definição não é conclusiva. Como a expressão não apresenta um modelo concreto e minucioso de distribuição de competências entre os poderes, o Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, deve adotar uma postura de deferência em relação à opção legislativa, se a Constituição for silente sobre tal matéria, sob pena de tão somente expressar a sua convicção acerca do tema.

A questão tampouco é aferida a partir da conjugação do princípio da separação de poderes e o princípio da simetria. Para além de o princípio da simetria não estar previsto na Constituição Federal, ele não pode ser fruto de uma dedução lógica do texto constitucional. Diante da ausência de definição e de previsão constitucional, a sua aplicação em juízos de constitucionalidade depende de uma decisão casuística do próprio tribunal.

A constitucionalidade dessas normas deve ser analisada a partir do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, que trata da competência exclusiva da União para legislar sobre normas gerais licitação e contratação públicas. Nesse sentido, compreende-se que a homologação de contratos administrativos é um quesito de sua validade, enquadrando-se como uma “norma geral” de licitação.

Por essa perspectiva, as principais leis sobre licitações e contratações públicas não dispõe sobre a necessidade de homologação prévia dos contratos administrativos pelo Poder Legislativo. Não há disposição nesse sentido na Lei Federal nº 8.666/1993 e na Lei Federal nº 14.133/2021. A Lei Federal nº 8.987/1995, que trata das normas gerais de concessões de serviço público, não apresenta disposição similar – ou seja, pode-se afirmar que foi opção do legislador federal não exigir essa homologação. A Lei Federal nº 9.074/1995, por sua vez, também dispõe sobre normas gerais de concessões de serviços públicos e aduz que deverá haver lei autorizativa para a concessão – exceto para os serviços de saneamento básico, limpeza urbana e os casos já previstos (autorizados) na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios – dispensando a homologação prévia.



Finalmente, a Lei Federal nº 11.079/2004, na parte de normas gerais sobre licitações para parcerias público-privadas, dispõe que haverá a necessidade de autorização legislativa específica somente no caso de concessões patrocinadas em que a remuneração do ente privado for composta de mais de 70% (setenta por cento) pela contraprestação da Administração Pública. Para as demais situações, ela não é requerida.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o argumento central para a declaração de inconstitucionalidade de normas que determinam a homologação prévia de contratos administrativos pelo Poder Legislativo deve ter como base a disposição do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, uma vez que elas atentam contra a competência exclusiva da União para legislar sobre licitação e contratação públicas. Este é o argumento adequado para analisar a sua constitucionalidade, em detrimento do princípio da separação de poderes adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição Constitucional e Federação**: o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **PEC/0002.0/2019**. Disponível em: <http://visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumento.s.jsf?token=1b81929f1e890e028cea29658ee61ca6509f608dc077f8d3be6d99c145bb59cc47a4069186fc9d8affb6be36ab61ed55> . Acesso em: 21 ago. 2022.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessões de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998

BELLAMY, Richard. **Political Constitutionalism**: a republican defense of the constitutionality of democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BOLINGBROCKE, Henry Saint John, Viscount of. **Political Writings**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 462-0/BA. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 20 ago. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 676-2/RJ. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 1º jul. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1166-9/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 05 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.594. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 04 jun. 2008.





BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1857-2/SC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 27 ago. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1857-2/SC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 fev. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1865-5/SC. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 04 fev. 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.298 MC. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 07 out. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4658. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 25 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 433352 AgR. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 28 mai. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of United States. *Lochner v. New York*. Estados Unidos, 1905. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>>. Acesso em 13 abr. 2020.

FONTELES, Samuel Sales. O princípio da simetria no federalismo brasileiro e sua conformação constitucional. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 40, n. 2, p. 119-140, jul./dez. 2015.

HAMILTON; Alexander. MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Government and A Letter Concerning Toleration**. New York: New York, 2002

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Competências Federativas**: na Constituição e nos Precedentes do STF. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAUS, Ingeborg. Separação de Poderes e Função Judiciária: uma perspectiva democrática. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **A Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-63.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. 14. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil – aspectos fiscais desse novo modelo de contratação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-113.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. 9. ed. Berlin: Dunker & Humblot, 2003.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. v. 1. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões e autorizações. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993.

VERMEULE, Adrian. **Law's Abnegation**: from law's empire to the administrative state. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

VERMEULE, Adrian. **The System of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 2011.

VILLE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of power**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Found, 1998.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **O direito de parceria e a lei de concessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.