

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório do i. Ministro Relator.

Em apertada síntese, trata-se de firmar entendimento desta Corte, em sede de julgamento submetido à repercussão geral, acerca da possibilidade de que entes estaduais e municipais possam elaborar leis referentes à licitação que invertam as fases do procedimento licitatório, em desacordo à disciplina levada a efeito pelo ente federal, no âmbito de normas gerais conforme dicção do artigo 22, inciso XXVII da Constituição da República, *in verbis*:

“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;

(...)”

O caso concreto a gerar o debate que ora se apresenta refere-se à declaração de inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 5.345/2014 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que invertia as fases do procedimento licitatório, dispondo que a fase de classificação das propostas seria anterior à fase de habilitação dos concorrentes, em sentido divergente daquele disposto na Lei nº 8.666/1993, no seguinte sentido

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DISTRITAL N. 5.345, DE 20 DE MAIO DE 2014 – INVERSÃO DAS FASES DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO REALIZADO POR ÓRGÃO OU ENTIDADE DO DISTRITO FEDERAL - VIOLAÇÃO À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL (LODF) - VÍCIO MATERIAL - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O art. 113 do Regimento Interno desta Corte de Justiça permite que o relator, em face da relevância da matéria e de seu

especial significado para a ordem social e segurança jurídica, após informações e a manifestação do Procurador-Geral do D. F. e do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, submeta o processo diretamente ao Conselho Especial, que, por sua vez, terá a faculdade de julgar a ação em definitivo.

2. A Lei distrital impugnada, de autoria do Poder Executivo, ao dispor sobre as fases do procedimento de licitação realizado por órgão ou entidade do Distrito Federal, inverte fases do procedimento licitatório previsto na Lei Federal n. 8.666/1993.

3. A Lei n. 8.666/1993 já declara, no artigo 1º, que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. E o artigo 118 do mesmo diploma legal determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos 'ao disposto nesta Lei'. Doutrina.

4. Se é certo, de um lado, que na repartição de competências estabelecida no art. 24 da Constituição Federal, reproduzida pela Lei Orgânica do Distrito Federal, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, não é menos exato, de outro, que o Distrito Federal, no caso de normas gerais veiculadas em leis nacionais - como a Lei de licitações e contratos da Administração Pública (Lei n. 8.666/1993) - não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo distrital incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade.

5. A edição, pelo Distrito Federal, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados em sede de normas gerais ofende, de modo direto, artigos da Lei Orgânica do Distrito Federal. A inversão de fases do procedimento licitatório previsto na Lei Federal n. 8.666/1996 invade a competência privativa da União. Impossível admitir a possibilidade de alteração de disposições e conceitos ali definidos, pois o Distrito Federal 'no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União' (§ 1º, art. 17, LODF), devendo observar fielmente a legislação federal quanto ao processo de licitação pública (art. 26, LODF).

6. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada

procedente.”

A legislação em comento possui a seguinte redação:

“Art. 1º O processo de licitação dos órgãos e das entidades do Poder Executivo deve observar, na modalidade de concorrência e tomada de preço, as seguintes fases, nesta ordem:

- I – edital;
- II – classificação;
- III – habilitação;
- IV – homologação;
- V – adjudicação.

§ 1º A fase de habilitação pode preceder a fase de classificação mediante ato motivado e desde que expressamente previsto no edital.

§ 2º Os serviços continuados de terceirização de mão de obra devem ser licitados, prioritariamente, na modalidade de pregão presencial.

§ 3º Sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, aplica-se o disposto no art. 114 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no que se refere à realização da pré-qualificação de licitantes.

Art. 2º Os procedimentos de licitação regidos por esta Lei devem observar o seguinte:

I – a classificação das propostas deve atender aos requisitos e especificações do edital, desclassificando-se as propostas não conformes ou incompatíveis;

II – após classificadas, a comissão deve proceder à habilitação do licitante que apresentar a proposta mais vantajosa;

III – se o licitante de que trata o inciso II desatender às exigências de habilitação, deve ser examinada a qualificação do licitante, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de um que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

IV – concluída a habilitação, nos termos do edital, os licitantes devem manifestar imediatamente e por escrito, na sessão pública de que trata o § 4º, a intenção de recorrer, quando lhes será concedido o prazo de cinco dias úteis para apresentar por escrito suas razões;

V – manifestada a intenção de recorrer por pelo menos um

dos licitantes, os demais ficam desde logo intimados para apresentar contrarrazões em até cinco dias, a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada a vista imediata dos autos;

VI – interposto recurso e apresentadas as contrarrazões, a comissão pode acolher as razões da impugnação, em até cinco dias, ou determinar, no mesmo prazo, a remessa dos autos para a autoridade competente;

VII – a autoridade competente deve proferir a decisão do recurso no prazo de até cinco dias úteis, contado do seu recebimento;

VIII – encerrado o julgamento dos recursos ou não havendo recurso e não sendo necessária qualquer diligência, a comissão deve encerrar a disputa e encaminhar os autos à autoridade competente para decidir sobre a homologação, a adjudicação do objeto da licitação e a contratação do licitante vencedor.

§ 1º Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, exclui-se o dia do início e inclui-se o do vencimento.

§ 2º É exigida como condição de participação dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação do edital.

§ 3º Verificando-se falsa a declaração de que trata o § 2º, cabe à autoridade competente a aplicação das sanções contidas no instrumento convocatório, sem prejuízo daquelas previstas na legislação pertinente.

§ 4º A classificação, a habilitação e o anúncio do licitante vencedor são realizados em sessão pública, previamente designada, devendo ser lavrada ata circunstanciada assinada pelos licitantes presentes e pela comissão ou servidor responsável.

§ 5º É facultado à comissão ou à autoridade superior, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento que devesse constar originalmente da proposta ou da habilitação.

§ 6º É vedada a participação de uma única pessoa como representante de mais de um licitante.

§ 7º Iniciada a sessão de abertura das propostas, não pode ocorrer a desistência do licitante, salvo por motivo justo,

decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão ou por decadência do prazo de validade da proposta.

§ 8º Pode a autoridade competente, até a assinatura do contrato, excluir licitante, em despacho motivado, se tiver ciência de fato ou circunstância anterior ou posterior ao julgamento da licitação que revele inidoneidade ou falta de capacidade técnica ou financeira.

Art. 3º O chefe do Poder Executivo expedirá regulamento para a execução desta Lei em até 90 dias de sua entrada em vigor.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.”

No apelo extraordinário, sustenta o Recorrente que a inversão das fases do processo licitatório, sem que se abra mão de nenhuma delas, não ofende o disposto no artigo 22, inciso XXVII do texto constitucional, e que *“tal modificação é possível com vistas a imprimir maior eficiência e economicidade nos processos licitatórios, sem que isso importe invasão de competência legislativa da União ou ferimento a princípios constitucionais aplicáveis à espécie”*.

Esta Corte reconheceu a repercussão geral da questão, sob o Tema 1.036 da sistemática:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DISTRITAL 5.345/2014. INVERSÃO DAS FASES DO PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO REALIZADO POR ÓRGÃO OU ENTIDADE DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PACTO FEDERATIVO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. MANIFESTAÇÃO PELA REPERCUSSÃO GERAL.”

(RE 1188352 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)

A Procuradoria-Geral da República, em seu Parecer, opina pela manutenção do acórdão recorrido:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1036. LEI DISTRITAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INVERSÃO DE FASES. NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Recurso Extraordinário *leading case* do Tema 1036 da sistemática da Repercussão Geral: “*Competência legislativa para editar normas sobre a ordem de fases de procedimento licitatório, à luz do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal*”.

2. É defeso ao ente federado subnacional editar normas sobre a ordem de fases de procedimento licitatório em contrariedade ao disposto na lei federal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, nos termos do art. 22, XXVII, da CF/88.

4. Proposta de tese de repercussão geral: É inconstitucional lei local que disciplina as fases do procedimento licitatório de modo diverso do previsto na legislação federal.

— Parecer pelo desprovimento do recurso e fixação da tese sugerida.”

A definição que ora se propõe resume-se em saber se Estados, Distrito Federal e Municípios, no uso de sua competência legislativa complementar em matéria de licitações e contratação pública, podem prever normativamente que a fase de classificação das propostas em certame licitatório ocorra antes da fase de habilitação dos proponentes, de modo diverso ao que prevê a Lei nº 8.666/1993.

De início, cumpre assentar que a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 43, assim dispõe:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos

concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

§5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

§6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.”

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, revoga a Lei nº 8.666/1993, mas mantém, em seu artigo 193, a vigência da maior parte dos

dispositivos desta norma por dois anos a partir da data de sua publicação.

A novel legislação, por sua vez, disciplina a matéria de modo diverso, estabelecendo a fase de classificação das propostas como antecedente à fase de habilitação, *verbis*:

“Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do **caput** deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do **caput** deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do **caput** deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo

licitatório depois de seu encerramento.

§ 6º A Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:

I - estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;

II - conclusão de fases ou de objetos de contratos;

III - material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.”

Nada obstante o parâmetro utilizado pelo acórdão *a quo* ter sido a disciplina da matéria pela Lei nº 8.666/93, compreendo que o presente julgamento não perde seu objeto, por dois motivos. Em primeiro lugar, diante da manutenção da vigência da referida Lei até 31 de março de 2023, com a possibilidade expressa de sua utilização para reger licitações, nos termos do artigo 191 da Lei nº 14.133/21. Em segundo lugar, porque a compreensão da qualidade de norma geral da novel Lei de Licitações mostra-se deveras útil, sendo mister que esta Corte analise a matéria e profira resultado de mérito a orientar as instâncias ordinárias e a Administração Pública.

Com essas considerações, passo a demonstrar em meu voto, à semelhança do que já assentei em oportunidades anteriores, que a solução para o deslinde da questão posta passa pela recompreensão do federalismo brasileiro que tenho sustentado nesta Corte.

Parto, assim, de duas premissas que passo a esmiuçar.

Quanto à **primeira premissa**, assevero que adiro Adiro aos pressupostos de que partiu o Relator, Min. Luiz Fux, na ADI 4.060 (DJe 04.05.2015), sobre o atual estágio do federalismo brasileiro.

Isso pois há tempos a repartição de competências é lida a partir de um modelo estanque que se biparte no sentido horizontal ou vertical, ou ainda, em competência legislativa ou administrativa. **Como princípio informador, a predominância de interesses ocupa lugar de destaque, rechaçado qualquer outro critério ou princípio de distribuição destas competências.**

E não se está aqui a afirmar que esse princípio não é relevante para o Estado Federal brasileiro, mas não pode ser visto como **único princípio informador**, sob pena de se resultar uma excessiva centralização de poder na figura da União.

Nesse sentido, é comum que se consigne a limitação da competência

do Estado-membro para legislar além do que prescrito em normas gerais editadas pela União no exercício da competência concorrente, bem como da competência municipal, reputando-se inconstitucional, por exemplo, a utilização do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional.

Ou seja, **havendo lei federal sobre determinada matéria não poderiam os Estados e Municípios contrariarem seus dispositivos.**

O nascedouro dessa compreensão tem sua origem histórica nos textos das Constituições anteriores e na interpretação jurisprudencial, notadamente desta Suprema Corte, que a eles se deu.

O problema é que tal solução para os conflitos de competência federativa foi equacionada pela Corte, na vigência da atual constituição, de modo semelhante.

Há, no entanto, inegáveis diferenças entre o federalismo da Constituição de 1988 e o das que a antecederam. A primeira e talvez uma das mais fundamentais inovações foi a elevação do município a ente federativo. Como consequência da maior autonomia outorgada pela Carta, também se previu aos municípios um conjunto de competências próprias. Assim, além da distribuição expressa de competências e da competência concorrente, técnicas previstas tanto pela Constituição de 1946, quanto pela Constituição de 1967, o atual Texto previu competências residuais (para os Estados) e locais (para os municípios), competências comuns e competências complementares extensíveis aos municípios (art. 30, II, da Constituição da República).

O conjunto de novos entes e de novas formas de repartição dos poderes tem promovido relações de cooperação e coordenação entre os entes federativos, processo que a doutrina chamou de federalismo cooperativo. Se, de um lado, a Corte manteve a jurisprudência que aplicava sobre a extensão do federalismo brasileiro, de outro, não pôde explorar todas as inovações previstas pela Constituição de 1988.

Assim, a **primeira premissa** de que parto sobre o Federalismo Brasileiro delineado pela Constituição da República pode ser assim sintetizada: *Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, têm suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional. Retira-se a possibilidade de que espaços sejam preenchidos para que seja atingido o interesse regional ou local.*

Reduzida a importância no exercício de suas competências, reduz-se também a efetividade deste exercício para o atendimento do bem comum.

A **segunda premissa** que explicito em meu voto, por sua vez, está diretamente conectada com a primeira. Pode ser sintetizada nos seguintes termos: *no federalismo pátrio, a pluralidade de regimes normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa.*

Assim, ressalto que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o 'estado da arte' anterior optou por concentrar no ente federal as principais competências federativas, mas é necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988, para enfrentar os problemas de aplicação que emergem do pluralismo.

A compreensão e recompreensão do federalismo pela Corte não podem ser emudecidas por interpretações fatalistas que neguem, de antemão, a ver o tema à luz de novas questões postas ao longo da diacrônica experiência constitucional.

A controvérsia posta nestes autos está, assim, conectada a essas dificuldades. A *questio iuris* consiste em saber se os Estados podem, por meio de legislação específica, instituir regras que invertam as fases do procedimento licitatório nos certames concorrenciais realizados pelo respectivo ente federativo.

A dúvida reside em saber se o âmbito de abrangência da competência dos Estados para instituir normas suplementares invade sobejamente a competência da União, no ponto. As soluções que decorrem da interpretação dada pelo Requerente e pelas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com a devida vênia, parecem não ser suficientes para esse exame.

Com efeito, a repartição constitucional de competências, matéria afeta à organização do Estado, compreende, de acordo com o Texto Constitucional: o estabelecimento de competência material exclusiva da União (art. 21); competência legislativa privativa da União (art. 22); competência material comum entre União, Estados e Municípios (art. 23), competência concorrente (art. 24), incluindo, neste ponto, as dos Municípios (art. 30, II), competência residual dos Estados; e competência local dos municípios (art. 30, I).

Se entre as ações materiais previstas no âmbito da competência material, seja comum, seja exclusiva, inclui-se a de "legislar sobre", então há possível conflito entre cada um dos regimes de competência. As regras oferecidas pela Constituição parecem emergir todas do âmbito territorial dos respectivos entes federativos. Assim, excetuando-se as competências

exclusivas (art. 21) e privativas (arts. 22 e 30), as competências comum, concorrente e residual devem observar a regra de prevalência do interesse geral, para a União, regional, para os Estados, e local, para os Municípios.

A diferença entre a comum e a concorrente reside no grau de autonomia atribuído ao ente. Daí falar-se em relações de cooperação, nos casos em que eles agem em igualdade de atribuições e tem autonomia uns em relação aos outros, e coordenação, quando a autonomia é mitigada por uma cadeia de responsabilidades.

Ocorre, no entanto, como já se aludiu aqui, que há espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora sejam legitimados a agir com autonomia, podem sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Em situações como essa, a regra de circunscrever-se à territorialidade não satisfaz plenamente o conflito existente entre elas, pois é preciso, ainda, eleger, entre os entes envolvidos, qual circunscrição prevalecerá.

Para o desate desse nó, decorre, à luz da normatividade constitucional, o princípio da subsidiariedade e dos dois critérios que permitem a sua aplicação.

Pelo princípio da subsidiariedade, ancorado nas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho, haveria uma primazia do interesse da localidade.

Ou seja, no dizer do autor “Dentro das preocupações federativas, o Governo local deve assumir grande projeção, desde que sua efetivação, estrutura quadros políticos, administrativos e econômicos que se projetam na globalidade dos entes da Federação. No exercício de suas atribuições, o governo das entidades federativas poderá promover ações que devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e de qualidade de vida”.

No mesmo sentido, Raul Machado Horta defende que, a partir do complexo feixe de competências criado pela Constituição da República, é possível extrair o princípio da subsidiariedade, a possibilitar, no federalismo contemporâneo, que se desfaça “(...) a tendência centralizadora do federalismo centrípeto, para explorar, em profundidade, as perspectivas do federalismo cooperativo e de equilíbrio”.

Ao se sustentar a existência de um princípio da subsidiariedade no âmbito do federalismo brasileiro, é possível, inclusive, retomar a aplicação que foi formulada nos tratados da União Europeia para o contexto nacional, não porque seja lícito à Corte realizar um transplante de normas ou um *constitutional borrowing* sem mediações, mas porque, na medida em que a experiência comparada faz uso de um princípio geral

do direito, tal qual aqui retratado, também no Brasil seria possível aplicá-lo.

Assim, a questão passa a ser como se substancializa a preferência dada ao ente que de forma “mais apropriada” ou “mais eficiente” exerce os poderes de governo?

Colhendo elementos da experiência europeia (Protocolo de Amsterdam) e da doutrina de George Bermann, no âmbito da União Europeia a subsidiariedade funciona de quatro formas diferentes. A primeira é legislativa: cada ente integrante da unidade política pode determinar se a lei ou ato elaborado adequa-se ao princípio. Em segundo lugar, caso haja dúvida acerca do alcance da aplicação do princípio, deve-se adotar uma interpretação que seja mais favorável a ele. Em terceiro, o princípio é cláusula de controle de legalidade das normas editadas pela União. Finalmente, a subsidiariedade serve também de garantia para que os entes integrantes da unidade política tenham segurança de que sua autonomia será respeitada.

Por seus elementos de concretização, pode-se falar em um aspecto formal do princípio que é destinado sobretudo aos poderes legislativos, pois exige que se deem razões, se possíveis quantitativas, para demonstrar que a legislação deve ser editada de modo uniforme pelo ente maior.

Essa procedimentalização, por sua vez, transmuda o enfoque a ser dado pelo Poder Judiciário: ao invés de se investigar qual competência o ente detém, perquire-se como deve exercê-la.

Como esclarece o ministro Lewandowski em obra doutrinária, a subsidiariedade é complementada pela proporcionalidade. Em suas palavras, *“Consoante o primeiro, o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo que este puder fazer com maior economia e eficácia. De acordo com o segundo, é preciso, sempre, respeitar uma rigorosa adequação entre meios e fins”*.

É preciso, neste ponto, restringir, também, o alcance do conceito de proporcionalidade. É comum, especialmente, na jurisprudência desta Corte, que o princípio tenha sido usado para fazer uma ponderação entre valores constitucionais. O Tribunal, contudo, ainda, deve enfrentar de modo mais incisivo o alcance desse princípio, levando em conta, que, na ponderação de direitos fundamentais, a proporcionalidade não contribui para esclarecer o sentido dos direitos em conflito.

A proporcionalidade, entretanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência parece ter nítida orientação constitucional. Está, assim, a exigir que se examinem as razões

que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consiste, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou-se por motivos que não poderiam ter sido considerados.

Interpretando os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o conteúdo meramente formal do princípio e reconhecer um aspecto material, consubstanciado, à semelhança do direito norte-americano, numa presunção de autonomia a favor dos entes menores (*presumption against pre-emption*), para a edição de leis que resguardem seus interesses. Assim, apenas quando a lei federal claramente indicar que os efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores (*clear statement rule*), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior.

A aplicação desse entendimento às competências concorrentes pode mostrar-se extremamente vantajosa para melhor delimitar qual deve ser o sentido dos termos geral, residual, local, complementar e suplementar.

No entanto, para o caso dos autos a discussão envolve, ainda, a disputa de sentido desses conceitos quando se opõem às competências expressas da União, de Estados e de Municípios. **Nessas hipóteses, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela.**

À luz da doutrina de Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, Leonardo Martins e Roberto Mangabeira Unger, é preciso reconhecer que os Estados-membros devem **servir como verdadeiros laboratórios legislativos**, ou seja, como espacialidades em que se possibilita a procura de novas ideias sociais, políticas e econômicas, sempre na busca de soluções mais adequadas para os seus problemas peculiares e, eventualmente, tais resoluções serem passíveis de incorporação mais tarde por outros Estados ou até mesmo pela União em caso de êxito.

Essa leitura está afinada com a reorientação de práticas e atitudes dadas pelo experimentalismo democrático.

As transformações sociais mudam, por consequência, as concepções do Estado, inclusive no tocante à sua estruturação, atingindo também a

repartição de competências. Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Um olhar voltado para a otimização da cooperação entre os entes federados; um olhar voltado para a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; um olhar voltado para o respeito e efetividade do pluralismo como marca característica de um Estado Federado.

Uma sociedade plural se caracteriza pela diversidade; diversidade essa facilmente extraível da realidade continental do território brasileiro.

São florestas tropicais, quilômetros de cerrado, de caatinga, e de diferentes formações vegetais. Diversidade extraível ainda da pluralidade da formação do povo brasileiro, a partir de diferentes culturas de povos, tanto os originários quanto aqueles que para cá imigraram e se integraram e se miscigenaram. Há diversas crenças religiosas, filosóficas e políticas em constante dialeticidade neste Estado soberano. Multiplicam-se interesses a serem conjugados a partir da ótica oferecida pela Constituição de 1988 e, nesta perspectiva, é preciso alargar a leitura ou realizar uma nova leitura do federalismo brasileiro a partir da Constituição Cidadã. Se o Estado é plural, não é possível a centralização de competências em um único ente em detrimento de interesses locais e regionais que se destaquem do âmbito de abrangência das normas gerais.

É essa a mirada que compreendo exigir a concretização do federalismo cooperativo presente na Constituição da República.

Finalmente, se é possível descrever o princípio da subsidiariedade nos termos da argumentação aqui formulada, então é possível indicar, seguindo o magistério de Raul Machado Horta, que, **na subsidiariedade, estão os critérios da realização suficiente e da melhor realização, termos que, em verdade, apenas explicitam a proporcionalidade, entendida como *presumption against pre-emption* e *clear statement rule*.**

A síntese desses argumentos não implica o abandono das diretrizes que a própria Constituição fixou para a solução dos conflitos federativos.

Noutras palavras, o reconhecimento dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade não implica o afastamento dos critérios típicos de repartição das competências constitucionais, ou seja, o da exclusividade de competências materiais da União (art. 21 da CRFB), o da generalidade, regionalidade e localidade para a competência legislativa concorrente (art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CRFB) e o da

cooperação para a competência comum.

A subsidiariedade e a proporcionalidade funcionam como critérios complementares destinados ao intérprete, que detém a árdua missão de concretizar os abstratos conceitos de normas gerais ou de identificar, na multiplicidade de temas e de competências materiais, qual deve preponderar.

O caso dos autos trata, precisamente, de um conflito para o qual as regras de repartição não dão clara solução. Com efeito, o reconhecimento de eventual inconstitucionalidade, *in casu*, exige que se investigue se a competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações (art. 22, XXVII, da CRFB) impede o exercício da competência suplementar de Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar determinando que a fase de classificação das propostas no certame licitatório preceda a fase de habilitação dos proponentes.

Nos estritos limites constitucionais, poder-se-ia trazer à colação o trecho do voto do e. Ministro Carlos Velloso na ADI 933:

“A formulação do conceito de ‘normas gerais’ é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei 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 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 será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as ‘normas gerais’, leis nacionais, ‘são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas’, pelo que ‘não são normas gerais as que ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam’. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de ‘norma geral, conclui: ‘são normas as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para

que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”. (Alice Gonzalez Borges, ‘Normas Gerais nas Licitações Contratos Administrativos’, RDP 96/81).”

Não obstante o esforço de delimitação semântica do conceito de normas gerais, a tarefa que ainda compete ao intérprete é extremamente complexa. Trata-se precisamente de analisar a proporcionalidade na predominância dos interesses entre os entes federais, na linha do que sustenta Bernardo Gonçalves Fernandes:

“Além do princípio da indissolubilidade do vínculo Federativo (já citado), existe um outro princípio importante para o federalismo e para o tema ora em análise. Esse princípio é chamado de **Princípio da predominância dos interesses**. Nesses termos, à luz do referido princípio: a União tem sempre interesse geral; os Estados-membros, interesse regional e os Municípios, interesse local.

(...)

Nesses termos, deve haver razoabilidade na análise da situação concreta porque o interesse que é local será também regional e também nacional (...).”

(FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2015, pp. 746-750)

Em virtude dos novos entes federativos assim como de novas formas de repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 inegavelmente trouxe nova valoração à autonomia dos entes federativos, cuja diretriz, segundo o entendimento aqui esboçado, traduz-se na exigência de que a subsidiariedade, enquanto fundamento da indissolubilidade, seja fundamentada de forma clara, a fim de afastar a presunção de autonomia de que gozam os demais entes federativos.

Registre-se, uma vez mais, que não se trata de critério alternativo às formas constitucionais de solução de conflitos de competência, mas complementar, ou seja, tem lugar precisamente nos momentos em que os critérios de interpretação ainda são demasiadamente amplos e se justifica pela valoração da autonomia dos entes federados.

No caso em tela, a norma impugnada prevê, como acima já se expôs, que a fase de classificação das propostas nas licitações seja antecedente à

fase de habilitação dos proponentes, de modo diverso ao que prevê a Lei nº 8.666/1993.

Cabe indagar se referida Lei federal 8.666/93 estabelece, de forma clara (*clear statement rule*), a impossibilidade de inversão das fases no certame licitatório. A resposta é negativa.

O art. 43 da Lei 8.666 dispõe, *in verbis*:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 2º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

§ 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.”

Como facilmente se depreende da leitura do texto normativo, a União, ao dispor sobre regras gerais de licitações, não vedou expressamente que Estados e Municípios, com vistas à concretização dos princípios constitucionais inerentes à licitação, pudessem inverter fases do procedimento, sem, contudo, abrir mão de qualquer delas ou de suas exigências tal como dispostas na legislação.

A ausência de regra clara (*clear statement rule*), portanto, não afasta a presunção relativa de autonomia do demais entes federativos e, por essa razão, impõe que se reconheça como compatível com a distribuição constitucional de competência norma estadual que disponha, sem excluir qualquer delas, sobre a ordem de fases do procedimento externo das licitações.

Não desconheço que esta Corte vem compreendendo por qualificar a quase integralidade das normas constantes da Lei nº 8.666/1993 como normas gerais, de observância estrita e compulsória pelos demais entes federados.

Tal raciocínio inicia-se com a decisão proferida no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927, prolatada meses após a vigência da Lei, no qual somente se negou essa qualificação aos dispositivos que tratavam da permuta e doação de bens públicos móveis:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, "b" (doação de bem imóvel) e art. 17, II, "b" (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União

Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, "c" e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte."

(ADI 927 MC, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/1993, DJ 11-11-1994 PP-30635 EMENT VOL-01766-01 PP-00039)

Dai se seguiram outros precedentes, a assentar a natureza de norma geral a várias disposições da Lei Geral de Licitações, impedindo que os demais entes federados inovassem legislativamente nas matérias:

"EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PARANAENSE N. 17.081/2012. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VÍCIO FORMAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO: INC. XXVII DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Ao se determinar que o poder público adquira o mínimo de 65% (sessenta e cinco por cento) dos bens e serviços definidos em sistema de registro de preços, na Lei estadual se invadiu a competência privativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevista no inc. XXVII do art. 22 da Constituição da República. 2. No § 4º do art. 15 da Lei n. 8.666/1993 se dispõe que "a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições". 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente."

(ADI 4748, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 26-09-2019 PUBLIC 27-09-2019)

"Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO

CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF). 1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. 2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desigualdades entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. 3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no rol de documentos exigidos para a habilitação, o legislador estadual se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de acesso a licitações e criou uma presunção legal, de sentido e alcance amplíssimos, segundo a qual a existência de registros desabonadores nos cadastros públicos de proteção do consumidor é motivo suficiente para justificar o impedimento de contratar com a Administração local. 4. Ao dispor nesse sentido, a Lei Estadual 3.041/05 se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos, e, com isso, usurpou a competência privativa da União de dispor sobre normas gerais na matéria (art. 22, XXVII, da CF). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.”

(ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

“Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ARTIGO 34, VII DA LEI ESTADUAL PARANAENSE N.

15608/2007. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO. NORMAS GERAIS. HIPÓTESE INOVADORA DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS.

1. Esta Corte já assentou o entendimento de que assiste aos Estados competência suplementar para legislar sobre licitação e contratação, desde que respeitadas as normas gerais estabelecidas pela União. 2. Lei estadual que ampliou hipótese de dispensa de licitação em dissonância do que estabelece a Lei 8.666/1993. 3. Usurpa a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação norma estadual que prevê ser dispensável o procedimento licitatório para aquisição por pessoa jurídica de direito interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública, e que tenha sido criado especificamente para este fim específico, sem a limitação temporal estabelecida pela Lei 8.666/1993 para essa hipótese de dispensa de licitação. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, com modulação de efeitos, a fim de preservar a eficácia das licitações eventualmente já finalizadas com base no dispositivo cuja validade se nega, até a data desde julgamento.”

(ADI 4658, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-245 DIVULG 08-11-2019 PUBLIC 11-11-2019)

Diante desses arestos, creio ser oportuno, em acréscimo às razões que acima lancei, as quais demonstram a compreensão que tenho do federalismo que a Constituição da República instituiu e que sempre fundamentam os votos que apresento nessa matéria, alongar-me ainda quanto à possibilidade de inversão das fases licitatórias pelos demais entes federados.

De fato, dos precedentes que acima citei – e que apenas exemplificam a posição que a Corte vem espelhando – é possível depreender, ademais, uma linha decisória, que se resume na necessidade de uniformização do tratamento da matéria específica para manter hígidas as funções reitoras do procedimento licitatório: assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes e obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Desse ponto de vista, a inversão das fases do processo licitatório não

implica nem em contrariedade à garantia de isonomia entre os concorrentes, nem em violação à obtenção da melhor proposta pela Administração.

Ademais, o próprio ente federal vem, paulatinamente, abandonando a colocação da fase de habilitação dos proponentes como a primeira a ser avaliada pelas comissões de licitação. Como bem asseverou o i. Ministro Relator no acórdão que reconheceu a repercussão geral da questão ora debatida, desde a Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995) o legislador federal vem experimentando que a apresentação das propostas possa ocorrer antes da habilitação, de modo a concretizar o princípio da eficiência do serviço público, eliminando a necessidade de se promover à aferição da habilitação de proponentes que não apresentarem propostas vantajosas para a contratação.

Desde então se seguiram previsões semelhantes na Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002), Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011); até, finalmente, concretizar como regra a postergação da fase de habilitação na novel Lei Geral de Licitações (Lei nº 14.133/2021).

Assim, se mesmo o ente federal veio ao longo do tempo sinalizando a mudança na ordem de fases das licitações, vedar aos demais entes federados semelhante possibilidade não se mostra adequado à concretização do princípio federativo.

Especialmente quando não demonstrada a imperiosidade de uniformidade no tratamento da matéria, pois não há desconfiguração de nenhuma das fases do procedimento, nem mitigação das exigências legais, a macular a isonomia entre os concorrentes.

Em síntese, Ministro Presidente:

a) A distribuição de competência entre os diversos entes federativos, à luz do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988 não se satisfaz tão somente com o princípio informador da predominância de interesses, ou seja, a pluralidade de regimes normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa;

b) Isso porque se vislumbra a existência de espaços de indeterminação, nos quais os entes, embora sejam legitimados a agir com autonomia, podem sobrepor-se a áreas de competências de outros entes. Em situações como essa, a regra de circunscrever-se à territorialidade não satisfaz plenamente o conflito existente entre elas;

c) Para o desate desse nó, decorre, à luz da normatividade constitucional, o princípio da subsidiariedade e dos dois critérios que permitem a sua aplicação: presunção contra a preempção (presumption against pre-emption) e a clareza de que a legislação sobre o tema deve ser editada de modo amplo, geral e uniforme pela União, afastando de forma clara qualquer potencialidade legiferante em sentido diverso (clear statement rule);

d) No presente caso, a União, no exercício de sua competência privativa, não afastou expressamente a possibilidade de inversão das fases do procedimento licitatório, a fim de que a classificação das propostas possa ocorrer antes da habilitação dos proponentes. Ao não afastar de modo claro o exercício da competência dos demais entes, reconhece-se competência autônoma dos Estados para assim proceder.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao apelo extraordinário do Governador do Distrito Federal, entendendo como constitucional a Lei Distrital nº 5.345/2014.

Como tese, propõe-se:

“É constitucional lei local que disciplina as fases do procedimento licitatório de modo diverso do previsto na legislação federal.”

É como voto.