

VOTO

REPERCUSSÃO GERAL

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Eminentíssimos pares, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados e demais que nos acompanham, o presente recurso extraordinário foi interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que declarou inconstitucional a Lei distrital 5.345, de 20 de maio de 2014, que dispõe sobre as fases do procedimento de licitação realizado por órgão ou entidade do Distrito Federal.

A controvérsia *sub examine* contida neste feito submetido à sistemática da repercussão geral, e que reclama a deliberação do Plenário de modo a assentar tese uniforme sobre a matéria, refere-se à possibilidade, ou não, de os entes subnacionais editarem normas a permitir a inversão da ordem de fases nas modalidades concorrência e tomada de preços da licitação, a despeito da ausência de previsão na Lei 8.666/1993. O Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu repercussão geral ao *thema decidendum* veiculado neste recurso extraordinário, nos seguintes termos: “competência legislativa para editar norma sobre a ordem de fases de processo licitatório, à luz do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.” (Tema 1.036 do Plenário Virtual).

Início o voto analisando, em sede preliminar, a admissibilidade deste recurso extraordinário, para, em seguida, passar ao mérito da controvérsia. Antecipo, desde logo, que Lei distrital 5.345/2014, ao inverter a ordem das fases do procedimento licitatório, não viola o artigo 22, inciso XXVII, da CRFB.

I. PRELIMINARES

Ab initio, reafirmo a admissibilidade deste Recurso Extraordinário submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, porquanto os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do apelo extremo restam presentes.

A legitimidade da Procuradora-Geral do Distrito Federal para interpor recurso extraordinário no curso de fiscalização abstrata de

constitucionalidade promovida pelo Tribunal de Justiça tem sido reconhecida em diversos precedentes desta Corte, seja em razão da natureza eminentemente jurídica do recurso extraordinário (RE 1.126.828-AgR, Relator Min. Edson Fachin, Relatora para acórdão Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 21/02/2020), seja por força da simetria com a defesa que o Advogado-Geral da União exerce em relação às normas federais (RE 570.392, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 11/12/2014). Impedir que o Procurador-Geral do Distrito Federal interponha recurso extraordinário em defesa de lei distrital importa em retirar-lhe os meios de realizar os fins que lhe foram constitucionalmente atribuídos, conforme assentado em precedente do Plenário desta Corte assim ementado:

“O Procurador-Geral do Estado dispõe de legitimidade para interpor recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça proferido em representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º, da Constituição da República) em defesa de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em simetria a mesma competência atribuída ao Advogado-Geral da União (art. 103, § 3º, da Constituição da República). Teoria dos poderes implícitos.” (RE 570.392, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 11/12/2014)

Quanto à indispensável ofensa direta à Constituição Federal, verifica-se, de plano, situação de densidade constitucional a demandar o enfrentamento por esta Corte, na medida em que o debate se refere à suposta ofensa ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República. Tem-se, portanto, que a controvérsia pressupõe a análise de repartição de competência entre os entes nacionais e do pacto federativo, assim como da adequação do procedimento licitatório, cuja obrigatoriedade fora estabelecida no artigo 37, XXI, da Constituição, em observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O ADVENTO DA LEI 14.133, DE 1º/4/2021: VALIDADE TEMPORAL DA LEI 8.666/1993 E OS POSSÍVEIS IMPACTOS NO EXAME DO TEMA 1.036 DA RG

Ab initio, enfrente a questão relativa aos eventuais impactos do novel diploma na análise do Tema da repercussão geral. O fenômeno da

inversão da ordem das fases de habilitação dos licitantes e de classificação das propostas no procedimento licitatório, introduzida no ordenamento nacional por intermédio de legislação esparsa, veio a se consagrar como diretriz normativa à Administração Pública na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021).

O advento da nova lei não esvaziou o objeto do Tema da repercussão geral, dado que, nos termos de seu art. 193, II, apenas após decorridos dois anos de sua publicação ter-se-á revogada a Lei 8.666/1993, prazo este que foi prorrogado até 30/12/2023, conforme alterações legislativas provocada pela Medida Provisória nº 1.167/23 e pela Lei Complementar nº 198/2023. Durante o lapso, terá a Administração ao seu dispor a opção por licitar de acordo com a nova lei ou com a anterior, devendo a escolha ser indicada expressamente no edital ou no aviso, vedada a aplicação combinada delas – art. 191.

Com efeito, não sendo autorizada a mescla das leis, os entes federativos que se encontrarem em fase de adaptação ao novel regramento e que não dispuserem ainda de condições de optar pela disciplina integral do texto da nova lei, não poderão indicar, a reger a disputa, a combinação da Lei 8.666/1993 com a inversão de fases trazida pela Lei 14.133/2021.

Assim é que, para além da consequência de solucionar a questão meritória veiculada no processo em julgamento e grassar efeitos decorrentes da sistemática da repercussão geral naqueles sobrestados na origem aguardando a fixação da tese, a definição da questão constitucional pela Suprema Corte orientará a aplicabilidade normativa regional e local frente à Lei 8.666/1993, bem como, de assegurar a validade dos atos praticados durante a vigência da lei impugnada.

Ademais, durante o período de vigência da Lei 8.666/93, diversas outras leis estaduais ou municipais previram a possibilidade de inversão de fases. Sendo assim, a questão constitucional a ser debatida ultrapassa o marco legal de vigência da Lei 8.666/93, resguardando a competência dos demais entes federativos para legislar sobre procedimento administrativo.

A matéria constitucional está devidamente prequestionada e a

solução da controvérsia prescinde de interpretação da legislação ordinária e revolvimento da matéria fático-probatória e as matérias constitucionais pertinentes foram suscitadas em sede de representação de inconstitucionalidade no âmbito distrital, tendo havido seu expresse enfrentamento por parte do Tribunal *a quo*. Ademais, consigno o preenchimento de todos os demais requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria (Tema 1.036 do Plenário Virtual).

Conheço, pois, do presente recurso extraordinário e passo ao exame de mérito.

II. MÉRITO

A *vexata quaestio* ora submetida à apreciação deste Plenário cinge-se à definição acerca da competência legislativa dos entes federativos em matéria de licitações públicas. Em especial, a questão trazida à apreciação desta Suprema Corte se refere à constitucionalidade, ou não, de lei do Distrito Federal que estabeleceu, como regra, a transposição da fase de classificação das propostas licitatórias para antes da abertura dos envelopes de habilitação.

Cuida-se, noutros termos, de precisar os limites de lei não federal sobre a matéria, cumprindo definir se, ao determinar a adoção de procedimento licitatório com ordem de fases diversa daquela indicada pela Lei nº 8.666/1993, o Distrito Federal usurpou competência legislativa privativa da União para editar 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, à luz do artigo 22, XXVII, da Constituição Federal.

CONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI DISTRITAL 5.345/2014 – A MERA INVERSÃO DA ORDEM DAS FASES DE LICITAÇÃO POR LEI DISTRITAL NÃO USURPA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS E NÃO VIOLA O PRINCÍPIO FEDERATIVO

A Constituição alçou a forma federativa como cláusula pétrea – art.

60, § 4º, inc. I –, tendo a concreção da estrutura federativa brasileira sido expressa no art. 18, no que preconizado: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Como sabido, o federalismo consiste em arranjo institucional que envolve a partilha de poder, legislativo e material, entre diversas entidades políticas autônomas, as quais coexistem no interior de um único Estado soberano. Trata-se de modelo de organização política pelo qual se busca conciliar a *unidade com a diversidade*.

Consoante já me manifestei por ocasião do julgamento da ADI 4.060, de minha relatoria (Plenário, DJe de 29/04/2015), a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal, situação essa que se agrava sobretudo frente à própria engenharia constitucional estabelecida pela repartição de competências dos arts. 21 a 24 da CRFB/88.

A centralização visa evitar situação de caos na Administração e na gerência da coletividade brasileira, marcada por conflitos e disputas entre diferentes centros locais de poder. Assim, o necessário prestígio à iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes retrai-se em casos de **necessidade evidente de uniformidade federal na disciplina da temática**.

A sistemática constitucional confere à União a incumbência de estabelecer normas gerais sobre matérias que reclamam um tratamento normativo federativamente harmonioso. *In casu*, a Lei 8.666/1993, agora sucedida pela Lei 14.133/2021, configura norma geral ao traçar limites mínimos para a atuação dos demais entes, determinar procedimentos, modalidades e regras gerais, evitando sobreposições e incongruências, capazes de violar inclusive o bem jurídico pretendido pela norma – sabidamente a proteção ao patrimônio público.

O cenário, porém, não é estático. A tensão latente entre centralização e descentralização acaba por gerar uma dinâmica ao longo da existência do regime federativo, que se manifesta por oscilações entre a maior e a menor autonomia local em face da unidade nacional, razão pela qual,

torna-se necessário revitalizar a vertente descentralizadora do princípio federativo brasileiro, a qual abandona qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes).

No arcabouço federativo, **os interesses nacionais são representados e reunidos na figura da União**, responsável por atuar em seu interesse no campo internacional e interestadual. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz afirma que *“toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num ambiente autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral”* (Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19).

Nessa esteira, Gilmar Mendes e Paulo Gonet destacam que, *“no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas, deve a União preservar a autonomia dos Estados-Membros e dos Municípios, dever que decorre do próprio princípio federativo. De igual modo, a ação dos Estados e Municípios é orientada pelo dever de fidelidade [à federação (Bundestreue)] e de cooperação para com a realização dos objetivos da República”* (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017). No contexto federativo, a edição de normas gerais viabiliza a uniformização normativa, essencial para harmonizar as relações federativas, prevenindo conflitos.

É sabido que a expressão normas gerais envolve a definição de *“diretrizes nacionais que se dirigem precipuamente aos legisladores estaduais, para os quais são cogentes, direta e imediatamente eficazes”* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais, *Revista de Informação Legislativa* 100, 1988, 161). Sem esgotar a disciplina do tema, as normas gerais fixam balizas, diretrizes, critérios, mecanismos e procedimentos de cooperação entre os entes federativos, deixando margem para que os demais entes desenvolvam normatização própria.

Em apertada síntese, a encampação de interpretações extremas do conceito de norma geral – seja para torná-la excessivamente ampla, seja para restringi-la em demasia – pode desencadear desequilíbrios indesejáveis no pacto federativo. É essa a visão que melhor se coaduna com o princípio do pluralismo político (art. 1º, V, da CRFB/88) em sua acepção conformadora da organização federal brasileira, especialmente ao estimular a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal.

Em diversos precedentes recentes, a Corte tem revisto sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política. Foi o que se verificou na ADI 6.341 e na ADI 6.343, a respeito da competência concorrente dos entes federativos para a proteção da saúde, diante da crise sanitária provocada pelo coronavírus.

Em nome de um experimentalismo democrático, portanto, entende-se adequado que a regra geral seja, sempre que possível, a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia.

Nessa esteira, Roberto Mangabeira Unger traz valiosas lições sobre a necessidade do experimentalismo constitucional, destacando a flexibilização como uma medida eficaz a ser tomada para evolução do regime federalista: *“Para isto, é preciso superar a contradição no federalismo clássico entre sua doutrina experimentalista e seu arcabouço institucional que suprime o experimentalismo potencial do regime ao teimar em repartição rígida de competências entre os três níveis da federação. A primeira etapa é flexibilizar o federalismo. Não basta ter competências comuns ou concorrentes; é preciso organizar um federalismo cooperativo que facilite iniciativas conjuntas e experimentos compartilhados da União, dos estados e dos municípios. E o segundo passo — mais radical — é romper com o princípio de que todas as localidades precisam gozar de um grau uniforme de direito de divergência. Se queremos estimular partes da federação ou até mesmo setores da sociedade e da economia a construir contramodelos em que a sociedade possa vislumbrar outra*

imagem de seu futuro, precisamos permitir que a divergência em um lugar possa ser radical sem que todas as localidades ou todos os setores tenham de gozar sempre do mesmo grau de liberdade para divergir das soluções centrais.” (UNGER, R. M. (2011). A constituição do experimentalismo democrático. Revista De Direito Administrativo, 257, 57-72. <https://doi.org/10.12660/rda.v257.2011.8584>

Deveras, a imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (*laboratory of democracy*). É desejável que os entes federativos gozem de certa liberdade para regular assuntos de forma distinta, não apenas porque cada um deles apresenta peculiaridades locais que justificam adaptações da legislação federal, mas também porque o uso de diferentes estratégias regulatórias permite comparações e aprimoramentos quanto à efetividade de cada uma delas.

Nas palavras do *Justice Brandeis*, “*é um dos felizes incidentes do sistema federal que um único Estado corajoso possa, se seus cidadãos assim decidirem, servir como laboratório, e tente experimentos sociais e econômicos inovadores sem riscos para o resto do país*” (tradução livre, voto divergente em *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 - 1932). Sob este prisma, impor ao Estado-membro a simples reprodução acrítica de norma federal, quando tal circunstância não decorre de mandamento constitucional ou de algum imperativo real de uniformidade nacional, inviabiliza uma das facetas do federalismo enquanto meio de, nos estritos limites das competências constitucionais de cada ente, inovar e evoluir na política regulatória.

In casu, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assentou que ao instituir inversão de fases de habilitação e apresentação das propostas no certame licitatório, o Distrito Federal editou norma geral de licitação e contrato, em afronta ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição, que atribui tal competência privativamente à União.

A questão federativa a ser respondida no presente caso, cuja interpretação é perfeitamente compatível com a atuação desta Corte, refere-se ao alcance da competência federal para editar normas gerais em matéria de licitação e contrato, tendo sido exaustivamente debatida por este Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões. Cito

exemplificativamente os seguintes precedentes: ADI 3.059, Relator Min. Ayres Britto, em que fiquei redator para o acórdão, julgada em 09/04/2015; ADI 927-MC, Relator Min. Carlos Velloso, julgada em 03/11/1993; e o RE 423.560, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, abaixo transcrito.

“Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. **A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.** O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido”. (RE 423.560, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012).

A repartição de competências entre as entidades federativas, com a definição de campos próprios de atuação, constitui-se mecanismo para a sobrevivência equilibrada do sistema federativo.

O inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal preceitua a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI.

É cediço, à luz da literalidade do dispositivo constitucional, que, em matéria de licitação e contratação pública, a competência legislativa privativa da União cinge-se à edição de normas gerais, sendo facultada aos Estados e Municípios a complementação dessa previsão por meio de regras e condições específicas que as adequem à realidade local.

A questão volta-se, assim, à **delimitação do alcance da expressão “normas gerais”**, cuja distinção possui grande relevância para a preservação da autonomia dos entes federativos.

O conceito de “norma geral” é essencialmente fluido, de fronteiras incertas, o que, embora não o desautorize como parâmetro legítimo para aferir a constitucionalidade de leis estaduais, distritais e municipais, certamente requer maiores cautelas no seu manejo. Isso porque a amplitude com que a Suprema Corte define com conteúdo do que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira.

Qualquer leitura maximalista do aludido conceito constitucional milita contra a diversidade e a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, em flagrante contrariedade ao pluralismo que marca a sociedade brasileira. Contribui ainda para asfixiar o experimentalismo local tão caro à ideia de federação. Nesse cenário, é preciso extrema cautela na árdua tarefa de densificar o sentido e o alcance da expressão “normas gerais”, limitando a censura judicial às manifestações nitidamente abusivas de autonomia.

A disciplina da ordem das fases do procedimento, nada obstante

compondo o texto da Lei 8.666/1993, não tem natureza de norma geral.

Deveras, a Lei 8.666/1993, **conforme declarado na ADI-MC 927/SP, nos dispositivos em que não se estabelece norma geral, configura lei federal.** Nesse julgamento da medida cautelar, sobrelevando o princípio federativo, o Supremo Tribunal Federal possibilitou que Estados, Distrito Federal e Municípios pudessem legislar sobre a alienação de seus bens, de modo diverso ao previsto na Lei 8.666/1993. Eis a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA. Lei nº 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 . 17, I, "c" e § 1º do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte

II. Cautelar deferida, em parte.

Ao emprestar interpretação conforme à Constituição ao art. 17, I, b, e II, b, entendendo que *"a expressão - 'permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo' – somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal"*, o Ministro Carlos Velloso, consignou:

"No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública.

[...]

Referentemente à permuta de bem móvel art. 17, II, b - que a lei estabelece exclusivamente entre órgãos ou que será "permitida entidades da Administração Pública", parece-me que o legislador federal se excedeu. O que se disse relativamente à doação de bens imóveis art. 17, I, b tem aplicação aqui. A interpretação conforme, no ponto, é esta: a norma mencionada "permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública", inscrita no art. - 17, II, b – somente tem aplicação no âmbito federal." (Plenário, DJ de 10/11/1993).

No campo das licitações e contratos, a doutrina contribui para delinear o alcance de normas gerais e, conseqüentemente, a competência

privativa da União. Quanto ao tema, são precisas as lições de Marçal Justen Filho, *in verbis*:

"Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração Indireta), atinente à disciplina de: a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade em licitação; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 16).

Na mesma linha, especificamente favorável à inversão de fases, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes defende haver permissivo para a disciplina de procedimentos por parte dos demais entes federativos, no que incluiu não apenas a inversão de fases, mas outras simplificações procedimentais que se apresentam para aprimorar o procedimento de adaptação a que alude o art. 118 da Lei 8.666/1993. Sublinha o autor:

A ordenação da precedência das fases é matéria que, na atualidade, frise-se, é reconhecida como indene à efetividade dos princípios gerais e específicos do Direito Administrativo.

(...)

Não há nenhum argumento oponível à normalização que mude a ordem das fases de julgamento na licitação, exceto unicamente a exigência de cumprir rigorosamente parte da LNLC, olvidando a aplicação dos arts. 115 e 117 a 119. Portanto, como se observa, nem mesmo a Lei 8.666/93 serve de sustentação a este argumento. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Inversão de fases da licitação – Concorrência e a simplificação de procedimentos. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./dez. 2012, p. 25-35)

Com efeito, a previsão na lei distrital da inversão de fases do procedimento licitatório não constitui afronta aos preceitos da Constituição Federal que estabelecem a competência privativa da União na disciplina geral de licitações e contratos administrativos. Antes,

revela norma que atende a autonomia das entidades federativas subnacionais para editarem leis de auto-organização.

Além disso, não cria exigência adicional, para os licitantes, ao que previsto na lei geral, nem produz conteúdo insólito no ordenamento jurídico, configurando-se mera disciplina procedimental. A inversão de fases consiste em mera alteração procedimental, não afetando as modalidades licitatórias ou fases existentes.

CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI DISTRITAL 5.345/2014: A INVERSÃO DE FASES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NÃO VIOLA O REGRAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS NEM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRATANTE

Como visto, a licitação pública, logicamente, não representa um fim em si mesma, mas um meio pelo qual são tutelados o patrimônio público e os princípios essenciais à Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput*, da CRFB. Nesse sentido são as lições do Ministro Eros Grau sobre o processo licitatório, que:

“visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Seu fundamento, bem assim o dos concursos públicos, encontra-se no princípio republicano. Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avançar, mas também aos cargos e funções públicas.

Daí porque a escolha do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, na República, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante. Isso significa que ainda que a Constituição nada dispusesse a respeito da exigência de prévia licitação para que a Administração possa contratar, ainda assim algum processo seletivo, informado pelo princípio da isonomia, impor-se-ia em razão do princípio republicano.” (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 105-106).

Além disso, o caráter instrumental das contratações públicas e parcerias com a iniciativa privada decorre de viabilizarem a concretização

dos objetivos constitucionais da atuação estatal, por meio da aquisição de bens e serviços, do desenvolvimento de infraestrutura e da prestação de serviços públicos.

Por essa razão, o imperativo da vantajosidade que deve se fazer presente nos contratos públicos corresponde a um consectário lógico desse cenário: sendo os recursos públicos eminentemente escassos, a Administração Pública deve almejar a obtenção dos melhores resultados possíveis com o menor dispêndio de verbas (custo-benefício). O dever de licitar é apresentado por alguns autores como uma espécie de “mal necessário” que pretende minorar potenciais desvios, mas que pode, ele mesmo, resvalar em ineficiências econômicas e incentivos perversos (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos Administrativos in Direito dos Contratos II*. PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 204).

O desafio imposto ao legislador, na criação da norma regente, e ao administrador público, na sua aplicação ao caso concreto, é equalizar os incentivos jurídico-econômicos gerados pelas licitações públicas sem provocar riscos perversos de sacrifício à eficiência e ao dinamismo que as contratações demandam.

O texto constitucional não delineou os meios que caracterizam um processo licitatório ideal, porquanto a diversidade de contratações das quais a Administração Pública lança mão diuturnamente demanda a delimitação pelo legislador infraconstitucional, por meio de normas gerais e normas específicas, cujos contornos variam conforme as alterações nas conjunturas econômicas, políticas, sociais e tecnológicas.

O regramento estabelecido pela Lei Geral de Licitações e Contratos pretende alcançar esse justo de custos e benefícios, ao estabelecer os meios aplicáveis à maioria de casos a que se destina. Nada obstante, a necessidade de mitigação ensejou a edição pela União de sucessivas leis esparsas a afastar, no ponto, a ordem de fases do procedimento geral da Lei nº 8.666/1993.

A alteração procedimental das fases, tendo por contraste o que previsto na Lei 8.666/1993, fez-se tendência legislativa, a conferir: Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), Lei das Concessões (Lei

11.196/2005 que incluiu o art. 18-A na Lei nº 8.987/1995), Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011). Corroou-se, finalmente, com a a previsão no art. 17 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133, de 1º/4/2021), no que consagrada como diretriz procedimental à Administração Pública. Estabelece o dispositivo que:

“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.

(...)”

Considerado o êxito decorrente da aplicação do novel estatuto, outros entes da federação procederam a inovações normativas de similar teor, como se sucedeu nos Estado da Bahia (Lei 9.433/2005); Sergipe (Lei 5.848/2006); Paraná (Lei 15.340/2006); e São Paulo (Lei 13.121/2008).

Assim, os demais entes que estabeleceram nas hipóteses necessárias, um rito notoriamente menos custoso, mais efetivo e que não desatende os princípios gerais da licitação **não podiam ser submetidos a uma escolha da Administração federal**, que só veio a ceder prevendo a inversão da ordem das fases para todas as licitações em 2021, com a Lei 14.133, depondo contra o princípio da eficiência.

A respeito do tema, a eficiência administrativa constitui um dever de boa gestão da coisa pública, por meio da otimização de seus recursos humanos e financeiros sob uma análise de custo-benefício, inclusive no que pertine aos serviços internos das repartições.

A título de exemplo aplicado ao caso em questão, dados apontam

que, em cumprimento à Lei Baiana de Licitações (Lei estadual 9.433/2005), a análise da habilitação apenas dos três primeiros colocados proporcionou redução de 50% do gasto de tempo e aumento de 36,6% de licitações realizadas no primeiro ano de vigência da lei. Uma concorrência de valor elevado cuja tempo era de 90 dias passou a ser feita em 40 dias e as tomadas de preços passaram de 30 para 20 dias. (HASSAN, Eduardo Amin Menezes. A constitucionalidade da inversão das fases procedimentais da Lei de Licitações do Estado da Bahia. Fórum de Contratação e Gestão Pública, ano 13, n. 145, jan. 2014, p. 14-15)

Nesse sentido, a interpretação que melhor assegura a autonomia organizatória dos entes federativos é aquela segundo a qual **os legisladores federais, estaduais e municipais detêm competência para alterar a ordem das fases da licitação do certame licitatório**, observados os princípios da licitação e os dispositivos constitucionais pertinentes.

Preconiza o art. 43, da Lei 8.666/1993, que a licitação será processada observando como procedimento a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação – com devolução dos envelopes fechados aos inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação – e 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.

Observa Hely Lopes Meirelles que a fase de habilitação – posta em momento posterior ao do julgamento das propostas na lei distrital –, é fluida na própria Lei 8.666/1993:

“A habilitação é realizada em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação: na concorrência faz-se após a abertura da licitação, em fase preliminar à do julgamento; na tomada de preços é anterior à instauração do procedimento licitatório e genérica, porque depende da inscrição do interessado no registro cadastral; no convite é feita a priori pelo órgão licitante, que escolhe e convoca aqueles que julga capacitados e idôneos para executar o objeto da licitação; no concurso é facultativa; no leilão é desnecessária, por se tratar de alienação de bens de entrega imediata e pagamento à vista, salvo nas hipóteses de leilão para a privatização

de empresas, em decorrência do Plano Nacional de Desestatização.” (Direito Administrativo Brasileiro, 43. ed., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 356).

Ao dedicar-se ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, José dos Santos Carvalho Filho divisa vantagem na inversão: *“observando a tendência que se vem verificando, em prol da desburocratização e celeridade do certame, a fase de habilitação é posterior à de julgamento”*. E ao lidar com o pregão, afiança:

“A grande vantagem do sistema de pregão é que, diversamente do que ocorre na Lei nº 8.666/1993, só haverá a necessidade de examinar os documentos de habilitação relativos ao licitante vencedor. Com isso, resta simplificado, sem qualquer dúvida, o procedimento de verificação desses documentos, sendo forçoso reconhecer que tal exame é trabalhoso e demorado se for feito em relação a todos os participantes da licitação”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 296 e 314)

A inversão, como se disse, não inova em termos de exigências estabelecidas na Lei 8.666/1993 para a participação nas licitações, seja na fase de habilitação, seja na da apresentação de propostas. Logo, não põe em risco a uniformidade dos parâmetros entre os entes federativos, muito menos constitui circunstância alheia às condições estabelecidas na licitação. Por fim, não ocasiona barreira à livre concorrência e nem afeta a finalidade de selecionar a melhor proposta.

O debate relativo à inversão das fases da licitação se insere justamente no contexto da busca pela otimização dos incentivos econômicos gerados pelo referido processo. Consoante aponta Carlos Ari Sunfeld, pela consagração da fase de habilitação como momento inicial da licitação, não só se limita o número de propostas de preço que serão conhecidas, como, em virtude da rigidez formal e da extensão do procedimento no tempo, abre-se oportunidade para recursos que eliminem mais participantes e também para negociações ocultas entre os remanescentes. (SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e o princípio da concorrência. Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22-23).

Deveras, a inversão permite que os preços praticados no mercado sejam melhor conhecidos, porque não limitada a análise da proposta apenas aos proponentes habilitados. Os valores ofertados são postos à mesa. A preferência da contratação recai, então, a quem efetivamente apresentou a proposta mais vantajosa. A inversão, assim, proporciona, notadamente em relação aos preços, maior transparência. Demais disso, com ela: reduz-se o consumo dispendioso de tempo e esforço humano na verificação das condições de habilitação de cada um dos, muitas vezes, numerosos licitantes, mesmo que a contratação recaia apenas sobre o vencedor; mitiga-se rumores de inabilitação por excesso de rigorismo ou por indesejáveis preferências; e desencoraja-se a chamada “guerra de habilitações”, no que estreitada a via da interposição de recursos por licitantes inabilitados (é na habilitação onde reside a maior incidência de recursos, que postergam o início da fase seguinte), com reflexos também na diminuição de litígios envolvendo o certame, o que torna a disputa mais ágil e o interesse público melhor atendido.

In casu, a lei distrital declarada inconstitucional na origem, estabeleceu a inversão da ordem das fases da licitação especificamente nas modalidades concorrência e tomada de preços, **sem abrir mão de qualquer das fases previstas na Lei 8.666/1993**. Dessa forma, atende ao princípio da razoável duração do processo administrativo e confere mais praticidade, economicidade e celeridade à licitação, a beneficiar não apenas a Administração, mas toda a coletividade.

A alteração procedimental instituída pelo Distrito Federal não descarta da observância aos princípios consagrados na Constituição Federal, nem os ofende. De resto, o que é medular: **a essência do procedimento licitatório não se desestabiliza à circunstância de que tal e qual fase preceda ou suceda à outra**.

Impende ressaltar que a inversão não é de todo obrigatória, prevendo a lei distrital que a alteração pode não ocorrer a depender do edital – art. 1º, § 1º. Dessa forma, em licitações de grande vulto e com singularidades que reclamem melhor conhecimento do futuro contratado, há a possibilidade de a aferição das condições habilitatórias ocorrerem antes mesmo da classificação das propostas.

Por fim, a inversão de fases não induz a perda de qualidade do

futuro contratado, uma vez que os parâmetros da qualificação e as características mínimas são aquelas estabelecidas no edital e que devem ser cumpridas pelo autor da melhor proposta.

DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE PROCEDIMENTO

Assoma-se às razões anteriormente consignadas a circunstância de que todos os entes federativos são detentores de competência legislativa para dispor sobre procedimentos administrativos.

Em Direito Administrativo, procedimentos são um conjunto sucessivo e encadeado de atos que objetivam o atingimento de um ato final visado pela Administração Pública.

O procedimento administrativo representa instrumento para o exercício da autonomia da Administração de cada entidade federativa, do que decorre a competência para a edição de normas sobre a matéria. Nesse sentido, o magistério de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

"Se o processo administrativo, instrumentalizador das condutas administrativas e somente utilizado para a garantia dos direitos subjetivos do cidadão e do administrado em geral, não fosse inserido no espaço de competência própria e autônoma de cada entidade federada, como se ter que a auto-administração dessa pessoa estaria garantida? Como dizer autônoma para organizar a sua própria administração quem não dispõe de autonomia política para legislar, sequer sobre o processo a ser seguido no exercício dessa matéria?"
(ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Revista de Direito Administrativo, nº 209, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 198)

Também nesse sentido, acentuam, com propriedade, Edite Hupsel e Leyla da Costa, que as entidades federadas são detentoras da competência para legislar sobre procedimento administrativo. (HUPSEL, Edite M. & COSTA, Leila B. C. Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia: Lei nº 9.433, de 1º mar. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

O caso *sub examine*, portanto, apresenta repercussões concretas na autonomia dos entes federativos para dispor sobre procedimento nas

licitações públicas. A previsão da inversão de fases constante na lei declarada inconstitucional na origem decorre da competência legislativa de que o Distrito Federal porta para legislar sobre procedimentos no âmbito da sua esfera político-administrativa.

CONCLUSÃO

Restou demonstrado que a inversão das fases do procedimento licitatório realizada pela lei distrital se insere na competência que dispõem os entes subnacionais para legislar de forma suplementar, não se revestindo de caráter geral as regras que tratam sobre a ordem das fases da licitação constantes da Lei 8.666/1993.

Por tal razão, a Lei distrital 5.345/2014, ao inverter as fases do procedimento licitatório, não viola o artigo 22, inciso XXVII, da CRFB.

Ex positis, **PROVEJO** o recurso extraordinário, assentando a constitucionalidade da Lei distrital 5.345/2014, e afirmando a seguinte tese objetiva em sede de repercussão geral: “São constitucionais as leis dos Estados, Distrito Federal e Municípios que, no procedimento licitatório, antecipam a fase da apresentação das propostas à da habilitação dos licitantes, em razão da competência dos demais entes federativos de legislar sobre procedimento administrativo”.

Sugestão de **tese alternativa**:

“São constitucionais as leis dos Estados, Distrito Federal e Municípios que, no procedimento licitatório, antecipam a fase da apresentação das propostas à da habilitação dos licitantes, desde que devidamente motivado, em virtude da competência dos demais entes federativos de legislar sobre procedimentos administrativos”.

É como voto.