

VOTO – VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Governador do Distrito Federal, no qual se discute a possibilidade de o Ente Federativo subnacional inverter fases do procedimento licitatório, em divergência com o que contido na Lei Federal de caráter nacional (Lei 8.666/1993), tendo em vista o disposto no art. 21, inciso XXVII, da Constituição Federal, situando-se no tema 1.036 da sistemática da repercussão geral.

Na origem, trata-se de ação direta de inconstitucionalidade intentada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios em face da Lei Distrital 5.345/2014, por suposto desrespeito ao art. 17, § 1º; art. 19, *caput*; art. 26; e art. 28 da Lei Orgânica do Distrito Federal, promulgada em junho de 1993, ao argumento de inconstitucionalidades formal (art. 22, XXVII, da CF) e material, por violação aos postulados da legalidade, impessoalidade, moralidade e razoabilidade.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios julgou, à unanimidade, a norma inconstitucional, com efeitos *ex tunc* e eficácia *erga omnes*, em acórdão assim ementado:

“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". (eDOC 4, p. 92/137)

Opostos embargos de declaração para discutir a modulação de efeitos, os quais restaram desprovidos (eDOC 6, p. 22/32)

O Governador do Distrito Federal aduz, no apelo extremo, que "*a Lei em questão inverteu a ordem das fases do processo licitatório previsto na Lei federal nº 8.666/1993, sem, entretanto, abrir mão de nenhuma delas*", além de questionar se "*podem os demais entes da Federação, no exercício de sua competência legislativa suplementar em matéria de licitações e contratos, modificar a ordem das fases previstas na Lei federal nº 8.666/1993, preservando-se, todavia, cada uma dessas fases?*".

Alega 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”.

Refere que:

“A inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, tal como prevista na Lei Distrital impugnada permite apenas simplificar o procedimento licitatório e lhe conferir maior celeridade. Ao se iniciar com a classificação e julgamento das propostas, analisar-se-á todas as proponentes constituindo, ao final desta fase a ordem de classificação das propostas e definindo aquele licitante melhor classificado.

Portanto, na fase de habilitação, será necessário avaliar as condições de regularidade previstas no edital de um único proponente e, caso atenda às exigências do instrumento convocatório, será declarado vencedor do certame.

(...)

De aplicação semelhante, a inversão de fases também se encontra prevista no procedimento licitatório do pregão, com larga utilização pelos órgãos públicos em virtude de sua eficiência e celeridade na análise das propostas e contratação. Uma das justificativas da recorrente utilização do pregão é a existência da inversão de fases de julgamento e habilitação, o que permite uma escolha mais imparcial e célere, garantindo não somente a proposta, como o procedimento licitatório mais vantajoso para o Poder Público.

(...)

A Lei Federal nº 12.462/2011, que trata da aceleração das licitações e contratos administrativos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações em 2013 e da Copa do Mundo em 2014, denominada de Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, prevê como regra ordinária a inversão de fases, admitindo a fase de habilitação antes do julgamento por decisão motivada do Poder Público, constando no instrumento licitatório expressa previsão.

(...)

Nessa linha, a Lei distrital não só respeita os princípios gerais de licitação e os princípios constitucionais da Administração Pública, como enaltece o princípio da eficiência, sendo a economia e celeridade, geradas pela Lei local, alguns desses reflexos. Desse modo, percebe-se que não existe inconstitucionalidade na inversão das fases procedimentais,

devido à competência dos Estados para legislar sobre procedimentos administrativos. Além disso, não se fere nenhum dos princípios gerais da Administração Pública". (eDOC 6, p. 34/59)

A Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em suas contrarrazões, defende, em síntese, que, *"da simples leitura do acórdão recorrido, é possível concluir que foi apontada, de forma completa e fundamentada, a afronta a importantes princípios e normas da Lei Orgânica distrital pela norma impugnada"*, além de que:

"(...) nesse particular, não se vislumbra qualquer violação, pelo acórdão recorrido, aos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que tratam da competência privativa da União para dispor sobre normas gerais de licitação e da contratação mediante processo licitatório, como alegado, na medida em que eles constituem os principais fundamentos da decisão, o que inviabiliza o manejo do recurso extraordinário". (eDOC 6, p. 62/69)

Negado seguimento ao recurso extraordinário pela Vice-Presidência do TJDF (eDOC 6, p. 75/78), o Governador do DF interpôs agravo em recurso extraordinário (eDOC 6, p. 81/101).

A Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal interveio no feito, requerendo a declaração de constitucionalidade da norma questionada (eDOC 6, p. 114)

A Procuradoria-Geral da República, ao entendimento de que a lei questionada *"tratou de tema essencial do procedimento licitatório - ordem das fases licitatórias -, de interesse de todas as unidades da Federação e que deve ser uniformemente aplicado no território nacional"*, concluiu no sentido de que *"o legislador distrital efetivamente afrontou a competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitações"*, ofertando parecer pelo desprovimento do apelo extremo, em peça assim ementada:

"Recurso extraordinário com agravo. Controle abstrato de constitucionalidade. Lei distrital n. 5.345/2014, que dispôs sobre a inversão de fases em procedimentos licitatórios. Ofensa à competência da União. Parecer pelo desprovimento do recurso". (eDOC 6, p. 121/124)

O Relator, Min. Fux, inicialmente desproveu o agravo em recurso extraordinário, com base no entendimento externado na ADI 3.735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 1º.8.2017 (eDOC 9).

Interposto agravo pelo Governador do Distrito Federal (eDOC 12), o relator reconsiderou a decisão recorrida, julgou prejudicado o agravo regimental e proveu “o AGRAVO para determinar a sua CONVERSÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, de modo a permitir melhor exame dessa relevante matéria”. (eDOC 16)

Posteriormente, o feito teve a repercussão geral reconhecida em acórdão assim ementado:

“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 1.188.352, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 20.3.2019)

A União requereu sua admissão no feito, na condição de *amicus curiae*, defendendo o desprovimento do RE (eDOC 24), obtendo o deferimento de seu ingresso pelo relator (eDOC 27).

Em novo parecer, a Procuradoria-Geral da República reiterou sua manifestação anterior, assim sintetizado:

“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". (eDOC 33)

Em resumo, impende definir se é possível aos Entes subnacionais alterarem a ordem das fases das licitações, desde que não suprimam nenhuma daquelas previstas na lei federal de caráter geral (art. 21, inciso XXVII, da CF).

1) Preliminar de não conhecimento do recurso em ADI por não ter sido assinado pelo Governador do Estado

Invoca a Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) que o recurso extraordinário não deveria ser conhecido porquanto ausente a assinatura do Governador do Distrito Federal, constando apenas a do Procurador-Geral do Distrito Federal (PGDF).

Sem razão, tendo em vista que esta Corte sedimentou, em sede de repercussão geral, o entendimento de que é de ser reconhecida a legitimidade recursal do Procurador Geral do Estado (ou Distrito Federal), em se tratando de ADI estadual/distrital em face de lei local, tal como se colhe da seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. LEI PROIBITIVA DE NEPOTISMO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA LEGISLATIVA: INEXISTÊNCIA. NORMA COERENTE COM OS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. 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. 2. Não é privativa do Chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na Administração Pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante n. 13. 3. Recurso extraordinário provido”. (RE 570.392, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 19.2.2015, grifo nosso)

No mesmo sentido, reconhece-se a legitimidade do Procurador-Geral dos municípios em se tratando de controle concentrado de lei municipal perante os Tribunais de Justiça:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITOS DO CONSUMIDOR, DO TRABALHO E EMPRESARIAL. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO EXERCÍCIO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE RECURSAL DO ENTE PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE ASSINATURA DO CHEFE DO EXECUTIVO NA PETIÇÃO. INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL. MÉRITO. LEI MUNICIPAL. OBRIGATORIEDADE DE SERVIÇO DE EMPACOTAMENTO EM SUPERMERCADOS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. DIREITO DO TRABALHO E DIREITO COMERCIAL. MATÉRIAS DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, I, DA CRFB). INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA, AINDA QUE A PRETEXTO DE VERSAR SOBRE ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, E 170 DA CRFB). LIBERDADE DE CONFIGURAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. VEDAÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE ARTIFICIAL MANUTENÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO. OFENSA AOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES (ART. 5º, XXXII, DA CRFB). VENDA CASADA (ART. 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE EM REPERCUSSÃO GERAL. **1. Preliminar: o Município ostenta legitimidade para interpor Recurso**

Extraordinário em face de decisão proferida no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, bastando que a peça esteja subscrita por Procurador Geral do Município, não sendo necessária a oposição da assinatura do Prefeito Municipal. (Precedente: RE 570392, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014) 2. O novo Código de Processo Civil, inspirado pelo paradigma da instrumentalidade processual, exorta as partes e o Estado-juiz à observância dos preceitos de cooperação e boa-fé (artigos 5º e 6º), impondo a eliminação de formalidades estéreis para privilegiar a solução integral do mérito (art. 4º) e a proteção das partes contra surpresas processuais (art. 10), por isso que o artigo 932, parágrafo único, do mesmo diploma concede prazo ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. (...) 9. Recurso Extraordinário julgado improcedente para a fixação da seguinte tese em Repercussão Geral (art. 1.038, § 3º, do CPC/2015): ‘São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição)’.” (RE 839.950, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 2.4.2020, grifo nosso)

Sendo assim, na linha do precedente firmado em sede de repercussão geral, afasto a preliminar e reconheço a legitimidade recursal do Procurador-Geral do Estado/Distrito Federal para interpor recurso, em seu nome próprio ou representando o correspondente Governador, em se tratando de ação de controle concentrado de constitucionalidade de lei local estadual/distrital perante os Tribunais de Justiça.

2) Superveniência da Lei Federal 14.133/2021

Apesar de não ter sido aventado pelas partes, em suas manifestações escritas, é importante mencionar que, recentemente, houve a promulgação da Lei Federal 14.133/2021 (DOU 1º.4.2021) que visa a suplantiar a Lei 8.666/1993.

Ocorre que o novel diploma determinou que a revogação da Lei 8.666/1993 somente ocorrerá após o decurso do prazo de 2(dois) anos da entrada em vigor daquela (art. 193, II, da Lei 14.133/2021), de sorte que a exclusão da legislação ora questionada sucederá apenas em 1º.4.2023.

Além disso, até a revogação da Lei 8.666/1993, subsiste a possibilidade de a Administração optar por ambos os diplomas normativos, tal como previsto, a saber:

“Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso , e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do *caput* do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.

Art. 193. Revogam-se :

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - **a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993** , a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, **após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei**” . (grifo nosso)

Ou seja, até 1º.4.2023, a Administração Pública poderá escolher qual regime jurídico será aplicável (Lei 8.666/1993 ou Lei 14.133/2021), motivo pelo qual persiste a necessidade de analisar eventual inconstitucionalidade da Lei Distrital 5.345/2014 frente o disposto no art. 21, inciso XXVII, da CF e sua regulamentação pela Lei 8.666/1993.

3) Mérito

Eis o teor da norma distrital impugnada:

“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”.
(grifo nosso)

Em síntese, a regra geral é aquela disposta nos arts. 1º, incisos II e III, e 2º, I e II, para as modalidades de concorrência e tomada de preço: primeiro classificam-se as propostas (desclassificando-se as propostas não conformes ou incompatíveis) e depois de “*classificadas, a comissão deve proceder à habilitação do licitante que apresentar a proposta mais vantajosa*”.

Todavia, a lei distrital, ora questionada, permite, no § 1º do art. 1º, que “*A fase de habilitação pode preceder a fase de classificação mediante ato motivado e desde que expressamente previsto no edital*”.

Em outras palavras, **desde que haja ato motivado e seja expressamente previsto no edital**, possibilita-se, no § 1º do citado artigo, que o certame inicie-se pela fase de habilitação e depois passe-se à fase da classificação.

Por sua vez, a Lei Federal 8.666/1993 assim dispõe sobre as fases da licitação:

“ Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º. Concorrência é a modalidade de licitação **entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar,** comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º. Tomada de preços é a modalidade de licitação **entre interessados devidamente cadastrados** ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, **observada a necessária qualificação**

(...)

§ 8º. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. (grifo nosso)

Ou seja, enquanto a ordem sequencial na Lei 8.666/1993, é primeiro habilitarem-se os concorrentes e depois realizar-se a classificação das

propostas, a regra geral da lei distrital em tela é primeiramente classificar as propostas e depois proceder-se à habilitação dos participantes.

Calha lembrar que a Lei 10.520/2002 inovou no ordenamento jurídico, trazendo a modalidade de licitação de pregão, para licitação de bens e serviços comuns na tomada de preços, e invertendo algumas fases, de maneira a antecipar as etapas da classificação para depois suceder-se à habilitação. Confira-se:

“Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

(...)

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos **Estados, do Distrito Federal** e dos Municípios, **quando efetuadas pelo sistema de registro de preços** previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, **poderão adotar a modalidade de pregão**, conforme regulamento específico”. (grifo nosso)

Ou seja, a licitação, na modalidade de pregão e, por extensão, no sistema de tomada de preço (art. 11), desde 2002, já contempla a inversão de algumas de suas fases: primeiro as etapas de classificação, com posterior habilitação, tratando de forma diferente daquela disposta na Lei 8.666/1993.

Atualmente, a Lei 14.133/2021 que visa à substituição da Lei 8.666/1993, trouxe novas luzes envolvendo a inversão das fases de habilitação, a saber:

“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”. (grifo nosso)

Ou seja, a nova Lei 14.133/2021 estipula, como regra, primeiro haver a fase da classificação e depois da habilitação, exatamente na linha da legislação distrital em tela, editada em 2014.

Também permite, no §1º do art. 17, desde que haja motivação e seja previsto expressamente no edital, que a fase de habilitação poderá preceder às fases de apresentação de propostas e de lances, além daquela de julgamento. Mas trata como exceção.

Esse é o panorama fático-normativo.

Pois bem. O art. 22, XXVII, da Constituição estipula que:

“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”.

Dito isso, passa-se especificamente a realizar o cotejo entre as previsões contidas nas legislações **federais**, ao longo dos anos:

(i) até 17.7.2002, as fases da licitação em questão eram dispostas apenas na Lei 8.666/1993, sucedendo primeiro a habilitação e depois a classificação;

(ii) de 18.7.2002 até 1º.4.2021, caso a licitação **não** fosse realizada na modalidade tomada de preço, persistia o cenário da Lei 8.666/1993 (item “i” acima), ao passo que, se o certame fosse desenvolvido na modalidade tomada de preço, a Lei 10.520/2002 passou a prever que primeiro ocorresse a fase de classificação e, somente após a finalização desta, adentrar-se-ia na fase de habilitação; e

(iii) de 1º.4.2021 até 31.3.2023, por força do art. 191 da Lei 14.133/2021 (regra de transição), a Administração Pública poderá optar por realizar a licitação, de acordo a novel legislação ou com a Lei 8.666/1993; se seguir

esta antiga, aplica-se a situação descrita no item “ii” acima; caso opte pela lei nova, primeiro ocorre a fase de classificação e, somente após, inicia-se a fase de habilitação; e

(iv) a partir de 1º.4.2023, a regra geral passará a ser a disposta nesta legislação, de sorte que a fase externa do certame iniciar-se-á com a classificação e depois passar-se-á à habilitação.

Já a Lei Distrital 5.345/2014, ora em debate, que entrou em vigor em 21.5.2014, para as modalidades de concorrência e **tomada de preço**, estipulou, em regra, a fase classificatória e depois a de habilitação.

(Disponível em:

http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/76881/Lei_5345_20_05_2014.html.

Acesso em: 4.5.2022)

A questão que impende definir é se a inversão das fases de habilitação e classificação, das modalidades de concorrência e tomada de preços, operada pela lei distrital em tela, fere ou não o § 8º do art. 22 da Lei 8.666/1993 e/ou a regra geral de a União dispor sobre normas gerais de licitação. A resposta, para mim, é negativa.

Não me parece, com todas as vênias, que simplesmente inverter a fase de classificação para preceder à fase de habilitação, sem alterar qualquer outra disposição da Lei 8.666/1993, seja dispor sobre normas gerais em matéria de licitação e conflitar com o disposto no inciso XXII do art. 22 da CF.

Primeiro, porque o Ente distrital **não** criou nova fase de uma modalidade específica ou tampouco introduziu nova modalidade de licitação, mesclando-as, o que seria expressamente vedado pelo § 8º do art. 22 da Lei 8.666/1993, o qual torno a transcrever:

“§ 8º. É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”

Tal regra geral proibitiva – de observância obrigatória aos entes subnacionais, por força do inciso XXII do art. 22 da CF – estaria sendo transgredida se a lei de ente subnacional inovasse com a introdução de nova modalidade de licitação, o que não o fez, tendo em vista que cuidou apenas das modalidades de concorrência e de tomada de preços, já existentes.

Igualmente, seria ilegítima se a lei estadual/distrital/municipal realizasse a conjugação de fases entre as modalidades existentes ou se dispusesse de forma diversa dentro das fases em si, estipulando novas

exigências em descompasso com a lei geral.

Por fim, caso lei de entes subnacionais: estipulasse novas formas de dispensa de licitação; exigisse novos documentos ou certificados; ou, ainda, promovesse modificação de valores para fins de enquadramento em diferentes modalidades, como forma de burlar as regras previstas na Lei 8.666/1993, não tenho dúvidas em assentar sua inconstitucionalidade, tal como teve oportunidade de julgar esta Corte em inúmeros precedentes, como se percebe das seguintes ementas:

“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 4.658, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2019, grifo nosso)

“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 3.735, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 1º.8.2017, grifo nosso)

Sobre essa disposição constitucional normativa, que prevê atribuição precípua à União dispor sobre normas gerais de licitação e a aparente abertura de suplementação pelos Estados e Distrito Federal no tema, relembrem-se as valiosas lições do saudoso Min. Teori Zavascki, no citado

julgamento de sua relatoria:

“2. No arranjo de competências legislativas instituído pelo texto da CF/88, a responsabilidade pelo estabelecimento de normas gerais sobre licitações e contratos foi privativamente outorgada ao descortino da União (art. 22, XXVII). Esta privatividade, contudo, não elidiu a competência dos demais entes federativos para legislar sobre o tema. Na medida em que se limitou ao plano das normas gerais, a própria regra de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupôs a integração da disciplina jurídica da matéria pela edição de outras normas, não gerais, a serem editadas pelos demais entes federativos, no desempenho das competências próprias que lhes cabem, seja com fundamento nos arts. 24 e 25, §1º, da CF no caso dos Estados-membros ou no art. 30, II, da CF no tocante aos Municípios.

Isso quer dizer que, embora tenha sido capitulada como uma competência legislativa de exercício privativo da União, a disciplina geral de licitações e contratos não segue estritamente o mesmo regime jurídico que caracteriza as demais incumbências previstas no art. 22 da Constituição Federal, cuja transferência para os Estados somente é admitida mediante autorização formal de lei complementar, e mesmo assim, apenas, para o tratamento de questões específicas (art. 22, § único, da CF). Por essa razão, há na doutrina quem subscreva o posicionamento de que a edição de normas gerais sobre licitações e contratos estaria melhor acomodada no repertório do art. 24 da Constituição, título que abriga as hipóteses de competência concorrente na Federação brasileira.

É como pensa Fernanda Dias Menezes de Almeida:

‘Em termos técnicos, cabe fazer uma crítica à inclusão, no artigo 22, de matérias que serão objeto de normas gerais ou de diretrizes estabelecidas pela União. É o que ocorre nos incisos IX; XXI; XXIV e XXVII, em que se cuida, respectivamente, de diretrizes da política nacional de transportes; de normas gerais de organização das polícias militares; de diretrizes e bases da educação nacional e de normas gerais de licitação e contratação na Administração Pública em geral.

O constituinte houve por bem adotar a técnica de separar, como já se sabe, as competências legislativas

privativas das competências legislativas concorrentes.

No caso das competências privativas, a regra é que seu exercício seja conferido em plenitude à respectiva esfera de poder. Isto é, o poder competente fica autorizado a normatizar todos os aspectos, gerais e específicos, das matérias submetidas à sua competência.

Já nas hipóteses de competência legislativa concorrente, a regra que examinaremos melhor no momento certo é a de que à União cabe editar normas gerais, ficando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com a legislação suplementar

Ora, se assim é, deveriam ter figurado entre as matérias objeto de competência legislativa concorrente, arroladas no artigo 24, aquelas que, impropriamente, constaram nos incisos IX; XXI; XXIV e XXVII do artigo 22. Ter-se-ia então num mesmo artigo todas as matérias em relação as quais cabe à União editar normas gerais, e, em outro, todos os assuntos passíveis de disciplina legislativa plena pelo poder central'. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988 , 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87)

Esses argumentos tiveram sua coerência abonada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como pode ser ilustrado pela síntese enunciada pelo Min. Ayres Britto em voto proferido na ADI 3059, cujo julgamento foi concluído em 9/4/15:

'14. É de se questionar, então: as normas gerais de licitação e contratação, editadas pela União, têm por contraponto, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas ou normas suplementares? Resposta: a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza suplementar . Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de normas gerais (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo

lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrantando o princípio federativo. Marçal Justen Filho bem percebeu essa particularidade do inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, *in verbis* :

‘(...) Rigorosamente, a disciplina do art. 22, inc. XXVII, da CF/88 não produz maiores efeitos ou inovações na sistemática geral. A União dispõe de competência para editar normas gerais seja por força do referido art. 22, inc. XXVII, seja por efeito do art. 24. Existe a competência privativa dos entes federativos para editar normas especiais. A eventual omissão da União em editar normas gerais não pode ser um obstáculo ao exercício pelos demais entes federativos de suas competências. Assim, por exemplo, a eventual revogação da Lei nº 8.666, sem que fosse adotado outro diploma veiculador de normas gerais, não impediria que os demais entes federativos exercitassem competência legislativa plena.’

Não há dúvidas, portanto, de que o estatuto constitucional brasileiro reconhece em favor de seus Estados-membros autonomia para criar direito em matéria de licitações e contratos, o que independe de autorização formal da União. Todavia, esta autonomia não é incondicionada, devendo ser exercida apenas para a suplementação das normas gerais expedidas pela União, que, no caso, encontram-se previstas na Lei 8.666/93.

3 . A questão formal que se coloca, aqui, é saber se a Lei Estadual 3.041/05 foi editada pelo Estado de Mato Grosso do Sul para dispor a partir das normas gerais sobre licitações e contratos veiculadas pela federal Lei 8.666/93 e assim se ateuve aos limites da competência estadual para dispor legislativamente no tema ou se, a pretexto de assim proceder, a lei estadual entrou a preceituar em substituição ao legislador nacional, como se tivesse autoridade para recriar as condições normativas que só uma lei geral (proveniente da União) poderia

prever.

Trata-se de questão que não é nem de longe tão singela como poderia parecer. A primeira grande dificuldade inerente a ela está no fato de que o conceito de normas gerais é indeterminado por natureza, o que já inviabiliza qualquer proposta de identificação apodítica dos temas subsumíveis na sua definição e daqueles que seriam periféricos, e, assim, admitiriam cuidado legislativo particularizado. A noção do que é verdadeiramente geral somente pode ser extraída a partir de um modelo posto em concreto, mas nunca de forma abstrata.

A segunda complexidade hermenêutica ínsita ao processo de verificação da validade de leis diante do parâmetro de normas gerais está no fato de que, no mais das vezes, não há contraste direto entre as referências normativas objeto de exame, o que facilitaria muito o controle jurisdicional das disposições locais, que poderia ser feito pelas instâncias ordinárias. O mais comum é que a lei presumidamente não geral acrescente uma nova previsão normativa dentro do contexto da legislação tida como geral. Este acréscimo, contudo, pode induzir ao descrédito do sistema instituído pelas normas gerais, desfigurando suas premissas, hipótese em que ter-se-á um caso de incompatibilidade oblíqua, que poderá resultar na invalidade formal da lei especial. Em geral, são estas sutilezas que acabam criando um interesse objetivo na submissão direta deste tipo de questão à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Para se validar, portanto, a suplementação oferecida pelas leis locais em adendo às normas gerais do ordenamento deve passar, pelo menos, por um teste constituído de duas etapas: (a) a identificação, em face do modelo nacional concretamente estabelecido, das normas gerais do sistema; e a (b) verificação da compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais estabelecidas e as inovações fomentadas pelo direito local

(...)

Disto decorrem algumas inferências dignas de nota. A mais evidente delas é pertinente com a definição do que o sistema brasileiro, na sua compleição normativa, se pode compreender como 'normas gerais'. Realmente, se a igualdade de condições na participação em processos licitatórios é uma garantia constitucional relevante, as restrições a esta proteção deveriam constar do programa de normas gerais.

Isto levou Marçal Justen Filho a asseverar, com bom grau

de convencimento, que os requisitos de participação em licitações estão compreendidos na categoria de normas gerais no sistema brasileiro:

‘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 de licitação;

(c) requisitos de participação em licitação;

(d) modalidades de licitação;

(e) tipos de licitação;

(f) regime jurídico de contratação administrativa’.
(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos . 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 16)

Poder-se-ia supor, então, que, dada a natureza limitada de sua competência, os Estados-membros não poderiam dispor de forma alguma sobre requisitos de participação em licitações, porque, diante das diretrizes oferecidas pelo art. 37, XXI, da CF, toda e qualquer norma que interfira com a ‘igualdade de condições’ constituiria ‘norma geral’.

Isto é verdade apenas em parte. Afinal, se a Constituição ela mesma permite que o direito de participar de processos licitatórios em igualdade de condições seja ponderado até mesmo pelo administrador, seria um contrassenso negar aos entes federativos periféricos a competência constitucional para fazer o mesmo. Assim, é forçoso reconhecer que podem os Estados-membros, também eles, restringir a competitividade dos certames sob sua direção. Dizer o contrário seria aminorar injustificadamente a autonomia federativa destes entes, tornando-a inferior, em dignidade, à discricionariedade unipessoal de agentes da administração.

De outro lado, é necessário ter presente que a competência legislativa dos Estados-membros para criar requisitos de

participação em licitações não pode comprometer a competência federal para fazer o mesmo, pois esta última tem clara precedência (art. 22, XXVII). A definição que se impõe, nesses circunstâncias, é a respeito das consequências dessa posição de preferência da lei nacional.

Uma das consequências certamente está relacionada com o âmbito material de regulação da norma local. É que somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequilíbrios 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. É o que pode suceder com obras de infraestrutura de alta complexidade ou fornecimento de bens em grande escala, por exemplo. **A aprovação de diplomas locais com esses desígnios tem o benfazejo efeito de padronizar as exigências rotineiramente praticadas pela administração estadual em licitações específicas, estabilizando as expectativas dos respectivos participantes.** (ADI 3.735, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 1º.8.2017, grifo nosso)

Redobradas as vênias, não me parece que tenha ocorrido quaisquer dessas situações descritas acima, eis que a lei distrital não inovou em nada dentro de cada uma das fases; não criou nova modalidade de licitação ou novas exigências aos interessados em participar dos certames; e muito menos fundiu ou mesclou elementos de modalidades de certames diversas.

O que a lei promoveu foi simplesmente alterar a ordem de duas fases específicas, apenas para as modalidades de concorrência e tomada de preços, de forma igualitária: iniciando-se com a classificação e depois passando-se à habilitação, de sorte que apenas haveria a abertura desta fase para aquele licitante vencedor na anterior fase classificatória.

A *voluntas legislatoris*, segundo o Governador e a Assembleia Distritais, tinha a intenção de “*simplificar o procedimento licitatório e lhe conferir maior celeridade*”. Eis os argumentos declinados no encaminhamento do projeto de lei pelo Chefe do Poder Executivo Distrital:

“O Anteprojeto de Lei estabelece a realização da fase de

classificação das propostas em momento anterior à fase de habilitação de licitantes e simplifica esta última à análise dos documentos do licitante que apresentar a proposta mais vantajosa. Com isso, **devem ser reduzidos o volume de documentos a ser analisado pela Administração e a quantidade de decisões passíveis de contestação nas vias administrativa e judicial, tornando o processo mais eficiente e efetivo, sem prejuízo do direito de ampla defesa dos participantes.**

Cumprе ressaltar que o estabelecimento da sequência de fases ora sugerida segue a tendência das legislações federais mais modernas, como a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei 12.426/2011 (Regime Diferenciado de Contratação - RDC), e que outros entes da federação já legislaram no mesmo sentido, invertendo a sequência de fases da Lei 8.666/1993, como os Estados da Bahia, de São Paulo e do Paraná.

Segundo levantamentos internos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o processo licitatório na modalidade de concorrência leva, em média, 285 dias para ser concluído) enquanto que com a aplicação do RDC presencial os processos demandam cerca de 118 dias.

A proposta tem natureza de norma-regra de cunho meramente procedimental e respeita os princípios constitucionais da Administração Pública e de licitação, além de enaltecer os princípios da eficiência, economia e celeridade, o que resulta em melhor atendimento da função pública". (eDOC 3, p. 20/21, grifo nosso)

Em complemento, transcrevam-se os argumentos da Procuradoria-Geral do Distrito Federal:

“Com a inversão de fases de habilitação e julgamento, passa-se a verificar a habilitação apenas do ou dos licitantes que tenham apresentado a melhor ou as melhores propostas. Isto permite que a duração do processo licitatório seja significativamente reduzida e, conseqüentemente, sejam economizados recursos da administração pública. Ao postergar a fase de habilitação, a medida também propicia um menor grau de litigância no curso da licitação, evitando-se a ocorrência de disputas judiciais dispensáveis e, muitas vezes, meramente protelatórias. Com o saneamento de falhas, a autoridade competente pode abrir prazo para apresentação

dos elementos faltantes e também corrigir os erros materiais irrelevantes da documentação. Assim evita-se que o licitante capacitado deixe de ser contratado por uma falha meramente documental, sem correspondência com a sua condição real

Além do Estado de São Paulo, ao menos três outros entes federativos já tinham instituído tais medidas para as suas licitações: o Estado da Bahia, o Município de São Paulo e o Estado do Paraná. A Lei baiana 9.433/2005 determina a inversão de fases e o saneamento de falhas para as licitações que adotem as modalidades de concorrência, tomada de preços e, no que couber, ao convite. E a Lei paulistana 14.145/2006 modificou a Lei 13.278/2002 para dispor que o processamento das modalidades licitatórias no município passaria a ocorrer nos termos das normas específicas ali previstas, que também instituíram a inversão de fases e o saneamento de falhas. Da mesma forma, o Estado do Paraná, por meio da Lei 15.340/2006, adotou a inversão de fases de habilitação e julgamento e possibilitou a utilização do saneamento de falhas, a complementação de insuficiências e as correções formais no curso do procedimento.

É preciso considerar o percurso histórico da inversão de fases e da flexibilização das regras licitatórias, de que é fruto também o saneamento de falhas. O fenômeno destas mudanças nas licitações tem origem mais distante e vem se desenvolvendo há, pelo menos, uma década". (eDOC 4, p. 38/39)

Insta relembrar que, quando adveio a legislação ora objurgada, em 2014, a lei geral do pregão eletrônico, em vigor desde 2002 – aplicável à modalidade de tomada de preços – , já previa a inversão das citadas fases classificatória e habilitatória, assim como a Lei Federal 12.426/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), cuja constitucionalidade está em debate nas ADIs 4645 e 4655, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux, com pedido de vistas do Min. Édson Fachin.

Ou seja, essa inversão de fases estava prevista como disposição válida a todos os entes federativos, ao menos para uma das modalidades previstas na Lei 8.666/1993 e para o RDC, de sorte a ocorrer uma alteração dos marcos normativos gerais sobre o tema.

Tal inovação realizada pelo Distrito Federal, ao prever a necessidade de igualar as fases de classificação e habilitação, ao menos entre as modalidades de concorrência e de tomada de preços, além de ser vanguardista (por antecipar o que viria a suceder anos após com a Lei

14.133/2021 em relação à concorrência), preocupou-se em evitar incongruência sistêmico-normativa entre as diversas modalidades de licitação.

Essa releitura constitucional permitindo certa liberdade aos entes subnacionais, em matéria tão rígida de normas sobre licitações, longe de ser anarquista no sensível tema de licitações e contratos públicos, incentiva a eliminação de gargalos e *gaps* legislativos, que demoram anos para corrigir e uniformizar procedimentos, bem ainda diminuir a burocracia estatal.

Sabe-se que o Constituinte optou por elencar matérias que, em razão da melhor manutenção da harmonia do pacto federativo, devem ser observadas de maneira uniforme por todos os Entes.

É certo, todavia, que o sistema federativo não deve ser um sistema engessado, uma vez que constantemente submetido a novos contextos fáticos da realidade humana, assim como a demandas políticas e sociais das diversas regiões.

Daí a importância da atuação legislativa dos Estados, especialmente em temáticas para as quais já exista normas gerais. A ideia de haver laboratórios da Federação faz-se especialmente presente nas chamadas competências concorrentes, elencadas no art. 24, da Constituição Federal, às quais o federalismo cooperativo tem vinculação direta.

A questão torna-se instigante ao se observar determinadas matérias incluídas no rol das competências privativas da União, elencadas no art. 22, da Constituição Federal. É indubitoso que os temas dispostos nesse artigo foram selecionados com o objetivo de conferir maior unidade à federação e em atendimento à noção de que determinadas questões devem ser necessariamente legisladas pela União.

Contudo, como vem sendo apontado desde muito pela doutrina constitucional, houve certa inadequação técnica do Constituinte ao atribuir certas temáticas ao rol de competências legislativas privativas da União e não ao rol das competências legislativas concorrentes.

Nas lições da Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida, esse seria o caso de matérias elencadas no art. 22, da Constituição Federal, nas quais há menção à *elaboração de normas gerais ou de diretrizes nacionais*, como a competência privativa para legislar sobre diretrizes da política nacional de transportes e da educação nacional, art. 22, incisos IX e XXIV; assim como a própria competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos, art. 22, XXVII, CF. (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas,

2013, p. 87).

Com efeito, esta Corte vem cada vez mais pavimentando o caminho a permitir maior espaço de atuação legislativa suplementar de Estados e também dos Municípios em matéria relacionada a licitações, em temáticas que não conflitem diretamente com o disposto em norma geral elaborada pela União.

Na obra *O Federalista*, há uma análise dessa imbrincada relação entre o poder das esferas estaduais em cotejo com o nível federal, na percuciente passagem escrita por James Madison:

“Os poderes delegados no Governo Federal pela Constituição proposta são poucos e definidos. Os que irão permanecer nos Governos dos Estados são numerosos e indefinidos. Os primeiros serão exercidos precipuamente sobre objectos externos, como a guerra, a paz, a negociação e o comércio externo; e será a este último que o poder de tributação estará, na sua maior parte, ligado. **Os poderes reservados aos vários Estados estender-se-ão a todos os objectos que, no curso normal das coisas, dizem respeito á vida, à liberdade, e à propriedade do povo, e à ordem interna, ao desenvolvimento e à prosperidade do Estado**”. (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2011, p. 424/425, grifo nosso)

Guardando um paralelo com a nossa divisão de competências previstas na Carta Fundamental de 1988, o § 1º do art. 25 traz norma residual de semelhante abrangência, ao estipular que tudo que não seja atribuição da União ou dos Municípios (de competência expressamente vedada pela própria Constituição), será reservado aos Estados, aliado à competência suplementar daquelas disciplinas que superarem o caráter geral do Ente central.

Nessa confluência de ideias e parafraseando Madison, os poderes atribuídos aos Estados devem envolver as matérias que digam respeito à *ordem interna, ao desenvolvimento e à prosperidade do Estado*, tal como a redução do “*volume de documentos a ser analisado pela Administração e [d]a quantidade de decisões passíveis de contestação nas vias administrativa e judicial, tornando o processo mais eficiente e efetivo, sem prejuízo do direito de ampla defesa dos participantes*”, com a simples inversão de duas fases do procedimento licitatório, contendo, em uma das modalidades (registro de

preços - pregão eletrônico), idêntica previsão da lei geral (Lei 10.520/2002).

O Supremo Tribunal Federal possui inúmeros exemplos dessa deferência legislativa, em matéria de licitação, tal como se extrai dos seguintes julgados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. **1. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre licitações e contratos administrativos respalda a fixação por lei de preferência para a aquisição de softwares livres pela Administração Pública regional, sem que se configure usurpação da competência legislativa da União para fixar normas gerais sobre o tema (CRFB, art. 22, XXVII).** 2. A matéria atinente às licitações e aos contratos administrativos não foi expressamente incluída no rol submetido à iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo (CRFB, art. 61, §1º, II), sendo, portanto, plenamente suscetível de regramento por lei oriunda de projeto iniciado por qualquer dos membros do Poder Legislativo. 3. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não engessou a Administração Pública regional, revelando-se compatível com o princípio da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º), uma vez que a regra de precedência abstrata em favor dos softwares livres pode ser afastada sempre que presentes razões tecnicamente justificadas. 4. A Lei nº 11.871/2002 do Estado do Rio Grande do Sul não exclui do universo de possíveis contratantes pelo Poder Público nenhum sujeito, sendo certo que todo fabricante de programas de computador poderá participar do certame,

independentemente do seu produto, bastando que esteja disposto a celebrar licenciamento amplo desejado pela Administração. 5. Os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CRFB, arts. 37, *caput* e 70, *caput*) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente”. (ADI 3.059, Redator p/ acórdão Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 8.5.2015, grifo nosso)

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 1.602/2011 do Estado do Amapá. Projeto ‘Oportunidade’ para reinserção de apenados. 3. Inexistência de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo. **4. Competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos. Normas gerais.** **5. Inexistência de vício de inconstitucionalidade formal.** 6. Concretização de direitos fundamentais, internacionalmente assegurados. Direito do preso à ressocialização. 7. Inexistência de inconstitucionalidade material. 8. Importância das políticas públicas federais, estaduais e municipais, elaboradas com a colaboração do Poder Judiciário, Ministério Público e CNJ, para a reinserção dos presos e egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho. 9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI 4.729, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 16.6.2020, grifo nosso)

Sendo assim, a norma distrital em comento transparece-me plenamente compatível com a Constituição, a qual visa uniformizar procedimentos que já eram aplicáveis à modalidade de registro de preços.

Ad argumentandum tantum, caso se entenda que a lei distrital em questão adentrou em competência normativa geral da União (art. 22, inciso XXVII), deve ser declarada inconstitucional tão somente quanto à modalidade de concorrência, uma vez que suas normas estão de acordo com a Lei 10.522/2002, na modalidade de pregão por tomada de preços, quando inexistia qualquer conflito com a lei geral editada pela União, em sua entrada em vigor (DODF 21.5.2014), analisadas a ordem sequencial das fases de classificação e de habilitação.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso extraordinário, assentando a constitucionalidade da Lei Distrital 5.345/2014, na parte em que inverteu a ordem das fases de licitação, sem modificar o conteúdo

das fases em si, tampouco das modalidades previstas nas Leis 8.666/1993 e na 10.522/2002.

Plenário Virtual - minuta de voto - 24/05/2024