

# A inversão de fases nas licitações: a constitucionalidade das leis estaduais e municipais

## **Flávio Amaral Garcia**

Professor de Direito Administrativo da FGV-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena & Associados.

## **Rodrigo Crelier Zambão da Silva**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena & Associados.

---

**Palavras-chaves:** Procedimento licitatório. Inversão de fases. Constitucionalidade. Princípio federativo.

**Sumário:** **1** Inversão de fases nas licitações – repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 1.188.352 – **2** Normas gerais e licitação – breves considerações – **3** A constitucionalidade da inversão de fases nas licitações de estados e municípios – **4** Conclusão

---

## **1** Inversão de fases nas licitações – repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 1.188.352

No Recurso Extraordinário nº 1.188.352, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral na controvérsia relacionada à possibilidade de lei promover inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas – também conhecida simplesmente como *inversão de fases* – em procedimento licitatório submetido à disciplina geral da Lei nº 8.666/93.

O caso concreto é oriundo de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios em desfavor da Lei Distrital nº 5.345/2014, que foi julgada procedente pelo tribunal local, ao fundamento de invasão da competência da União prevista no artigo 22, inciso XXVII,<sup>1</sup> da CRFB.

---

<sup>1</sup> 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

Buscando questionar a decisão de inconstitucionalidade, a Procuradoria-Geral do Distrito Federal interpôs o citado recurso extraordinário, que lida diretamente com a potencial invasão de espaço reservado a “normas gerais” em matéria de licitações e, por conseguinte, com o reconhecimento ou não da existência de campo para os demais entes federativos buscarem, nas disciplinas regionais e locais, medidas que aproximem os respectivos processos licitatórios de mecanismos mais eficientes e céleres.

É relevante destacar que diversos outros entes da Federação implementaram inovações normativas cujo objetivo era, exatamente, possibilitar a inversão nas fases. Isso ocorreu também no estado da Bahia (Lei nº 9.433/2005), no estado de Sergipe (Lei nº 5.848/2006), no estado do Paraná (Lei nº 15.340/2006) e no estado de São Paulo (Lei nº 13.121/2008).

## 2 Normas gerais e licitação – breves considerações

De início, cabe registrar que a formulação do conceito de “normas gerais” é tarefa tormentosa, inexistindo um conceito normativo preciso delimitador da expressão. Diogo de Figueiredo Moreira Neto,<sup>2</sup> em substancioso estudo sobre o tema, chegou a destacar que “que normas gerais são *declarações principiológicas que cabe à União editar*, no uso de sua competência concorrente limitada, *restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos*, que deverão ser respeitadas pelos Estadosmembros na feitura das suas respectivas legislações através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos”.

Também em trabalho de peso, Alice Gonzales Borges destaca que “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam”, de modo que também não poderiam se afastar do “mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos”.<sup>3</sup>

o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. *Revista de Informação Legislativa*, v. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

<sup>3</sup> BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 194, p. 97-106, abr. 1993. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45899>. Acesso em: 25 jun. 2019. Doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v194.1993.45899>.

A despeito do que estabelece o artigo 1º da Lei nº 8.666/93, não há mais dúvidas de que nem todas as normas ali contidas são gerais, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI nº 927-3, no qual foi fixado o entendimento de que regra editada pela União não poderia limitar a doação de bens apenas para entes públicos, no que estaria restringindo a autonomia político-administrativa inerente ao princípio federativo.<sup>4</sup>

De fato, não se pode admitir que a competência da União para a edição de leis-quadro afaste espaços para a atuação suplementar dos demais entes federativos. A lógica inerente à autonomia federativa requer o reconhecimento de que alternativas legítimas sejam valorizadas, sobretudo quando orientadas a adaptar a disciplina geral às peculiaridades regionais e locais e a potencializar princípios constitucionais que disciplinam o exercício da função administrativa.

### 3 A constitucionalidade da inversão de fases nas licitações de estados e municípios

Fixadas breves premissas conceituais sobre o tema, parece-nos que a consagração da chamada *inversão das fases* nas licitações de estados e municípios *não apresenta vício de inconstitucionalidade*.

Em primeiro lugar, porque a simples inversão das fases não cria nenhuma exigência nova para que os licitantes possam participar de uma licitação. Se as legislações estadual ou municipal admitissem outras exigências distintas daquelas estabelecidas na Lei nº 8.666/93, poder-se-ia argumentar violação às normas gerais ou mesmo riscos à desejável uniformidade que se pretende estabelecer com a fixação de diretrizes nacionais para todos os entes.

A inversão das fases ostenta índole meramente *procedimental*, não criando ou inovando em aspectos materiais ou substanciais da habilitação dos licitantes. Não se coloca, portanto, em risco a pretendida uniformidade das licitações públicas no país. Ao contrário, permite-se que os entes federados, no exercício da sua competência legislativa, possam manejar a ordem procedimental – sem supressão de fases – dos atos que se sucederam nessa etapa do certame.

<sup>4</sup> Sobre o tema, GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Editora Malheiros, 5ª edição. p. 53: “Nem todas as normas da Lei nº 8.666/93 são gerais. Um exemplo é a regra contida no art. 87, §3º, o qual determina que os Secretários de Estado e Município são os agentes públicos competentes para aplicar a sanção de declaração de inidoneidade. Ora, essa é uma matéria que se insere no âmbito da competência legislativa de cada ente federado, não cabendo a uma norma de cunho geral se imiscuir na distribuição interna de competência dos entes públicos. Válida, portanto, norma estadual ou municipal que eventualmente discipline de forma distinta e atribua essa competência a outro agente que no Secretário de Estado ou Município”.

Em segundo lugar, porque a inversão das fases nas licitações públicas estaduais não ofende aos três princípios nucleares e fundamentais das licitações públicas: *isonomia, competitividade e ampla defesa e contraditório*.

A *isonomia* é preservada, eis que a inversão das fases atinge igualmente a todos os licitantes. Todos têm direito subjetivo ao mesmo procedimento e a mesma dinâmica sequencial das etapas licitatórias. Noutros termos: a regra do jogo é idêntica para todos os potenciais licitantes.

A *competitividade* também não é maculada, na medida em que a simples mudança procedimental das etapas não afeta nem remotamente a formulação das propostas de preço ou, eventualmente, as propostas técnicas (se a licitação for regida pela melhor técnica ou técnica e preço).

Como são fases distintas e que apresentam objetivos diversos, seria um arrematado exagero promover qualquer aproximação que pudesse invocar a competitividade como argumento para afastar a viabilidade de inversão das fases.

O princípio constitucional da *ampla defesa e do contraditório* não é, igualmente, vulnerado, porquanto o direito de questionar a documentação do primeiro colocado é preservado após a declaração do vencedor do certame, sistemática essa que obedece a exitosa experiência do sistema recursal da modalidade pregão.

Em terceiro lugar, porque o sistema de pós-habilitação promove maior *celeridade* e *eficiência* nas licitações, simplificando o procedimento e, seguramente, reduzindo os litígios.

De fato, sabe-se que o sistema prévio de habilitação torna as licitações mais *demoradas* e mais *litigiosas*.

Mais *demoradas* porque examinar os documentos de todos os licitantes leva bem mais tempo do que examinar apenas os documentos de habilitação apenas do licitante vencedor. Ademais, o sistema de habilitação prévia demanda uma etapa recursal própria e específica, o que alonga o prazo de finalização das licitações públicas.

Mais *litigiosas* porque, sabidamente, é na fase de habilitação que se concentram as maiores polêmicas e controvérsias das licitações públicas, sempre com enorme risco de contencioso administrativo ou judicial, cuja consequência, no limite, é a paralisação ou suspensão da licitação, com evidente prejuízo para o interesse público que está sendo tutelado no certame.

Em quarto lugar, porque a simples inversão das fases não é nenhuma novidade no direito brasileiro apta a constituir em substancial inovação capaz de alterar o conteúdo geral das regras e normas que tratam do tema.

A Lei Federal nº 10.520/2002 – que instituiu a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns – foi a pioneira em inverter essa lógica,

com o objetivo de tornar o processo de licitação mais célere e eficiente, conforme restou disciplinado no seu artigo 4º, §12.<sup>5</sup>

A Lei Federal nº 11.079/2004 – que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública – também prevê a possibilidade do gestor, no exercício da sua discricionariedade, promover inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento em seu artigo 13.<sup>6</sup>

A Lei Federal nº 12.462/2011 – que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – inverteu as fases, admitindo que o gestor, em caráter excepcional e motivadamente, possa retomar a sistemática da habilitação prévia, conforme previsto no seu artigo 12, parágrafo único.<sup>7</sup> Idêntica solução foi consagrada no procedimento licitatório específicos das estatais, observado o artigo 51 e §1º da Lei Federal nº 13.303/16.

Logo, fácil perceber que a legislação vem evoluindo a passos largos para a adoção de ritos mais eficientes, o que se explica pelos resultados satisfatórios obtidos a partir de uma dinâmica procedimental mais célere e consentânea com o que se espera da contratação pública no direito administrativo contemporâneo.

A maior prova de que essa é uma tendência inexorável é que o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional e que, ao que tudo indica, modificará a legislação nacional de licitações públicas também converge para não mais tornar rígida a fase de habilitação prévia, admitindo-a apenas em caráter excepcional e motivado, como ocorre com o regime diferenciado de contratação.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital.

<sup>6</sup> Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

<sup>7</sup> Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I - preparatória; II - publicação do instrumento convocatório; III - apresentação de propostas ou lances; IV - julgamento; V - habilitação; VI - recursal; e VII – encerramento. *Parágrafo único.* A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

<sup>8</sup> Confira-se o disposto no artigo 17 do PLS: “Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – divulgação do edital de licitação; III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; VII – homologação. § 1º A fase de que trata o inciso V do caput poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput, desde que expressamente previsto no edital de licitação”.

## 4 Conclusão

Mesmo com a legislação nacional em vias de ser alterada<sup>9</sup> e ainda que o tema espere decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, não parece existirem obstáculos para que as demais instâncias federativas aguardem a tão esperada modificação à nível nacional, podendo implementar a saudável medida que veicula a possibilidade de inversão das fases nas licitações públicas submetidas à disciplina geral da Lei nº 8.666/93.

O princípio federativo exige que se atribua a estados e municípios um espaço para introdução, nos seus respectivos territórios, de modelos que, respeitadas as normas-quadro fixadas pela União, concretizem o princípio da eficiência, de modo a reduzir custos procedimentais que dificultam a realização dos objetivos pretendidos no campo das contratações públicas.

Ao Poder Judiciário cabe agir para resguardar o legítimo exercício de competências estaduais e municipais, com especial deferência a propostas legislativas que procurem aprimorar, ainda que sem os efeitos mais amplos de uma desejada reforma a nível nacional, o tão criticado cenário das licitações e contratos administrativos.

---

**Keywords:** Bidding process. Phase inversion. Constitutionality. Federation.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCIA, Flávio Amaral; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A inversão de fases nas licitações: a constitucionalidade das leis estaduais e municipais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 49-54, jan./mar. 2020.

---

---

<sup>9</sup> O texto do PL 1292/95 foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2019 e está aguardando apreciação pelo Senado Federal. O artigo 17 do Projeto de Lei prevê: “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II – divulgação do edital de licitação; III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; VII – homologação. § 1º A fase de que trata o inciso V do caput poderá, mediante ato motivado com explicitações dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput, desde que expressamente previsto no edital de licitação.”