

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas.

2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desigualdades entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.

3. Ao inserir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor no

ADI 3735 / MS

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.041/2005, do Estado de Mato Grosso do Sul, inexistindo efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Falou pelo Estado de Mato Grosso do Sul o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado.

Brasília, 8 de setembro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : **MIN. TEORI ZAVASCKI**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República para impugnar a Lei 3.041, de 7 de julho de 2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, editada para instituir “no âmbito da administração pública, a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor - CVDC”.

Este o teor da norma impugnada:

“LEI Nº 3.041, DE 7 DE JULHO DE 2005.

Institui no âmbito da administração pública, a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor - CVDC.

Art. 1º Fica instituída, no âmbito da administração pública, a Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor - CVDC, que será exigida de pessoas físicas ou jurídicas na contratação com a administração pública e com as suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, seja nas negociações diretas ou por meio de qualquer uma das modalidades de licitação.

§ 1º A CVDC será expedida em duas vias e em duas modalidades distintas a Negativa e a Positiva sendo que a primeira quando não houver informações na forma do art. 2º e a segunda quando houver as referidas informações.

§ 2º Os fornecedores interessados em participar de licitações públicas ou de contratos com a administração pública neste Estado, cujo valor exceda a cinquenta UFERMS (Unidade Fiscal Estadual de Referência de Mato Grosso do Sul), deverão apresentar CVDC

ADI 3735 / MS

Negativa, emitida pelo PROCON/MS, a fim de que possam ser considerados como habilitados para tal evento.

Art. 2º Será emitida Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor Positiva, quando os órgãos de defesa do consumidor de que trata o art. 3º, certificarem em face do fornecedor pesquisado a ocorrência de:

I - descumprimento de sanção administrativa fixada em decisão definitiva, na qual o fornecedor tenha sido condenado;

II - sentença judicial de âmbito individual transitada em julgado, em que no mérito, o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor;

III - sentença judicial de âmbito coletivo prolatada nas ações coletivas propostas pelos legitimados pelo art. 5º da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e pelo art. 82 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, transitadas em julgado, em que no mérito o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor;

IV - execução de termo de ajustamento de conduta.

Art. 3º Recebido o requerimento de expedição da CVDC, será verificado pelo Cadastro de Fornecedores mantido pelo PROCON/MS, na Procuradoria-Geral de Justiça e na Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado, a existência das situações previstas no artigo anterior.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo para a caducidade das informações a que se refere o artigo anterior.

Art. 4º A emissão da CVDC caberá à Superintendência para Orientação e Defesa do Consumidor - PROCON/MS, órgão da Secretaria de Estado de Trabalho, Assistência Social e Economia Solidária, mediante requerimento e recolhimento da competente taxa e tendo por base:

I - os dados registrados no Cadastro de Reclamações Fundamentadas, mantido pelo PROCON/MS, do qual serão extraídas as informações de que trata o inciso I do art. 2º;

II - certidão fornecida pela Procuradoria-Geral de Justiça;

III - certidão fornecida pela Procuradoria-Geral da Defensoria Pública do Estado.

Art. 5º A CVDC será expedida em cinco dias contados do

ADI 3735 / MS

protocolo do requerimento, seguindo os modelos instituídos nos Anexos I e II.

Art. 6º Os recursos arrecadados na forma do art. 4º serão destinados ao Fundo Estadual de Defesa dos Direitos do Consumidor - FEDDC, criado pela Lei nº 1.627, de 24 de novembro de 1995.

Art. 7º A CVDC terá validade de sessenta dias a contar da data de sua expedição.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 9º Revogam-se as Leis nº 1.179, de 1º de julho de 1991; nº 1.399, de 16 de julho de 1993; nº 1.537, de 23 de novembro de 1994 e nº 2.453, de 23 de maio de 2002."

Alega o proponente que o diploma impugnado incorreria em vício de inconstitucionalidade formal, porquanto teria sido editado em contravenção com o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que reserva privativamente à União o exercício da competência legislativa para editar normas gerais de licitação e contratação com o Poder Público. Acrescenta que, no desempenho desta competência, a União promulgou a lei federal 8.666/93, em que estariam elencados, de forma exaustiva, os documentos exigíveis para a participação em procedimento licitatório, não havendo espaço para que outros requisitos fossem adicionados por efeito de legislação estadual ou municipal.

O Min. Ayres Britto, então relator, entendeu de imprimir ao caso o rito do art. 12 da Lei 9.868/99.

As informações da Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul defendem a regularidade formal do processo legislativo que originou a lei impugnada.

O Governador do Estado de Mato Grosso do Sul veio aos autos com informações que sustentam a constitucionalidade da norma atacada e se fundamentam nas seguintes teses: (a) as regras gerais editadas pela União em matéria de licitações e contratos com o Poder Público limitam-se ao indispensável para o regramento da matéria, o que legitimaria os demais entes à edição de normas estabelecendo "*condições específicas exigíveis de quem com ele deseje licitar e/ou contratar*"; (b) a certidão de que cuida a Lei

ADI 3735 / MS

3.041/2005 é documento essencial à comprovação da idoneidade dos licitantes; e (c) a exigência de apresentação do documento atende ao interesse público primário configurado na contratação de interessados idôneos.

O Advogado-Geral da União pronunciou-se pela inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, por ofensa ao artigo 22, XVII, da Constituição, ou seja, *“por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.”* (fls. 45-53).

O Procurador-Geral da República concluiu de maneira convergente, em parecer que opina pela inconstitucionalidade da lei estadual questionada.

É o relatório.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. A Lei 3.041/2005, ora impugnada, instituiu no ordenamento do Estado de Mato Grosso do Sul a chamada Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor – CVDC, que passou a ser exigida dos interessados em participar de licitações e celebrar contratos com órgãos e entidades daquela unidade federativa, seja por meio de negociações diretas ou de alguma das modalidades de licitação existentes.

Para o Procurador-Geral da República, a lei em questão teria estabelecido normas gerais em sede de licitações e contratos, o que não poderia ter feito, porque, segundo o art. 22, XXVII, da CF, somente a União poderia dispor legislativamente sobre a matéria. Em sentido divergente, o Governador do Estado afirma que os Estados-membros estariam legitimados à edição de normas como as da espécie, pois elas preconizariam condições específicas para a participação nas licitações e contratos realizadas no plano estadual. Ressalta que *“o interesse público primário estará melhor resguardado se o Estado se cercar do cuidado indisponível de firmar contratos com empresas idôneas, que não lesem os consumidores, pois o Poder Público não pode ‘premiar’ os maus fornecedores nem muito menos ‘correr o risco’ de receber um produto defeituoso ou um serviço mal feito, que, não obstante reclamações anteriores dos consumidores, não foram solucionados pelos fornecedores”* (fls. 66).

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

ADI 3735 / MS

de competência do art. 22, XXVII, da CF pressupõe 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.

ADI 3735 / MS

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-

ADI 3735 / MS

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.

ADI 3735 / MS

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.

4. Pois bem. A lei ora atacada definitivamente não transpõe o teste proposto. Como se sabe, a competitividade é a pedra de toque dos procedimentos licitatórios. Ao valorizá-la, fomentando a disputa entre os interessados em contratar com o poder público, o ordenamento atende

ADI 3735 / MS

simultaneamente a dois outros interesses públicos de alta carga de relevância. De um lado, viabiliza que o Estado obtenha a melhor oferta possível, enquanto, de outro, garante o tratamento isonômico dos participantes.

Esta visão, de crucial importância para o bom funcionamento dos processos licitatórios, está consagrada na literalidade do art. 37, XXI, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A norma constitucional é mensageira de algumas noções importantes para o delineamento normativo das licitações e contratações da Administração Pública. Em primeiro plano, ela enfatiza a *“igualdade de condições a todos os concorrentes”* como um interesse público de primeira grandeza, mas que admite temperamentos, a serem estabelecidos por dois caminhos: (a) pela lei, que criará 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.

Disto decorrem algumas inferências dignas de nota. A mais evidente delas é pertinente com a definição do que o sistema brasileiro, na sua

ADI 3735 / MS

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

ADI 3735 / MS

podem os Estados-membros, também eles, restringir a competitividade dos certames sob sua direção. Dizer o contrário seria apequenar 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 desequilibrados 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 infra estrutura 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.

Em caso recentemente julgado, a Corte validou, por exemplo, norma estadual que previa preferência relativa de contratação de um tipo específico de produto de informática, porque configurado sem restrições proprietárias:

Ementa: 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

ADI 3735 / MS

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

ADI 3735 / MS

em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 3059, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, DJe 08/05/2015)

A autonomia dos Estados-membros, todavia, encerra-se por aí. A conformação legal mais imediata, primária ou de primeiro grau, do direito de participar de licitações foi confiada pela Constituição tão somente à União. Somente ela pode estabelecer limitar, em caráter geral, a amplitude da liberdade de acesso às licitações, porque requisitos desta natureza podem induzir a uma significativa restrição da competitividade dos procedimentos licitatórios. Quanto a este particular, portanto, o direito local só se legitima se estiver associado a um elemento peculiar do objeto a ser contratado.

Nesta seara, portanto, o que deve prevalecer é a autoridade da norma geral, como esta Corte já proclamou em outras oportunidades, dentre as quais a seguinte:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada. 1. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I). 2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a "igualdade de condições de todos os concorrentes", o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da

ADI 3735 / MS

discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso. (ADI 3670, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe 18-05-2007)

5. Nessa linha de orientação, veja-se o caso concreto: a legislação atacada não está justificada por qualquer condição específica. A Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor foi concebida como documento essencial para a habilitação de fornecedores em todas as licitações ou contratos cujo valor total exceda a cinquenta UFERMS (unidade fiscal estadual de referência de Mato Grosso do Sul), excluindo do universo de contratantes com o Poder Público local aqueles que detenham contra si as seguintes anotações: (a) descumprimento de sanção administrativa fixada em decisão definitiva, na qual o fornecedor tenha sido condenado; (b) sentença judicial de âmbito individual transitada em julgado, em que no mérito, o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor; (c) sentença judicial de âmbito coletivo prolatada nas ações coletivas propostas pelos legitimados pelo art. 5º da Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e pelo art. 82 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, transitadas em julgado, em que no mérito o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor; e (d) execução de termo de ajustamento de conduta.

Ao criar este requisito de habilitação, obrigatório para a grande maioria dos contratos estaduais, o Estado de Mato Grosso do Sul se arvorou na condição de intérprete primeiro do direito constitucional de participar de 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 à contratação de pessoas físicas e jurídicas pela Administração local. Embora a CVDC se aplique apenas aos contratos de valores superiores a cinquenta UFERMS (unidade fiscal estadual de referência de Mato Grosso do Sul), a sua exigência está longe de configurar uma condição especificamente ligada a determinado tipo de

ADI 3735 / MS

objeto. Muito pelo contrário, trata-se de uma limitação não episódica, aplicável linearmente à grande maioria dos contratos estaduais.

Cumpra advertir, por derradeiro, que não se está a fazer, aqui, qualquer juízo material sobre a validade da lei estadual. Em tese, o critério estabelecido pelo legislador estadual poderia refletir positivamente na qualificação das contratações públicas. Porém, como antes averbado, a conformação ampla do direito de participação em licitações é função que foi outorgada pela Constituição aos cuidados legislativos da União, que a cumpriu com a aprovação do art. 27 da Lei 8.666/93, que exige dos interessados, *“exclusivamente, documentação relativa a: I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; e V – cumprimento do disposto no inciso XXXII do art. 7º da Constituição Federal.”*

Nesse âmbito, poderia o legislador estadual, no exercício de sua autonomia, desdobrar requisitos de qualificação técnica ou econômica que fossem considerados essenciais para a contratação de um determinado gênero de bens ou serviços. Não foi, porém, o que sucedeu aqui. O diploma atacado introduziu um requisito genérico e inteiramente novo para habilitação em qualquer licitação. Ao assim prover, a legislação sulmatogrossense se dissociou dos termos gerais do ordenamento nacional de licitações e contratos e, com isso, terminou se apropriando de uma competência que, pelo comando do art. 22, XXVII, da CF, cabe privativamente à União.

6. Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei 3.041/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul.

É o voto.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, quero inicialmente me permitir, tendo em vista já o horário desta Sessão, e considerar seja este o último voto que vou proferir na gestão da Presidência de Vossa Excelência. E eu guardo a ritualidade deste Tribunal. Faço aqui apenas o meu papel de um diminuto carmelengo, já que o nosso papa, Decano, Ministro Celso de Mello, fará o devido registro.

Mas eu gostaria de reiterar, Senhor Presidente, o que escrevi em comunicação a Vossa Excelência, da qual remeti cópia a todos os ilustres Ministros, que fui recebido neste Tribunal, na gestão de Vossa Excelência, com uma indescritível urbanidade, sensação de acolhida e a deferência que recebi de Vossa Excelência e de todos os Pares. Eu não poderia, portanto, deixar de registrar neste momento, pedindo vênias e licença ao zelo do protocolo, que a minha gratidão se deve a Vossa Excelência em caráter pessoal e institucional.

Lembrei, e sempre lembro, do grande Giuliano Vassalli na Presidência da Corte Constitucional Italiana, um humanista comprometido com o seu tempo que, tal como Vossa Excelência, soube cerzir a autoridade com senso e, ao mesmo tempo, com serenidade.

Portanto, peço essa licença, considerando a probabilidade de ser essa a manifestação de voto que faço, embora, como todos, estejamos preparados para votar os demais processos, inclusive, alguns com ilustres Advogados aqui presentes, também estou preparado para votar. Mas, dado o horário, tomo esta liberdade, Senhor Presidente, de cumprimentá-lo e, genuinamente manifestar minha gratidão e meus cumprimentos pelo exercício da Presidência, que certamente, como disse e repito, inscrever-

ADI 3735 / MS

se-á nos anais da história deste Tribunal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito obrigado, Ministro Fachin. Responderei oportunamente.

Vossa Excelência está com a palavra para o voto.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Quanto ao tema em pauta, Senhor Presidente, saúdo o eminente Relator, o Ministro Teori Zavascki, e também o ilustre Procurador e o Advogado que assomou a esta tribuna.

Eu havia feito um estudo de quase duas dezenas de páginas quando eu recebi o voto do eminente Relator. E, portando, eu poderia me cingir dizendo que, nesta hipótese, nada obstante que tenho aqui sustentado, e meus eminentes Pares têm acompanhado isso - nem sempre vamos todos na mesma direção -, tenho sustentado a incidência do federalismo cooperativo, nomeadamente à luz do princípio da subsidiariedade, calibrado pelo princípio da proporcionalidade como teste de razoabilidade para medir constitucionalmente a distribuição das competências, inclusive, em sede de norma gerais.

Mas um dos óbices à incidência dessa proclamação e do próprio princípio da subsidiariedade, como muito bem explicitou o eminente Ministro Teori Zavascki, constitui no fato legislativo, diante do qual a potencialidade legiferante do ente local, e, no caso, do Estado-Membro, é expressamente afastada pela norma geral. E, neste caso, temos a hipótese.

O artigo 27 da Lei 8.666 diz: exclusivamente serão exigidos no procedimento licitatório tais e tais documentos. A Lei estadual, a Lei do Estado do Mato Grosso do Sul merece todos os elogios substanciais na tutela do consumidor. Mas eu não posso deixar de ler o que na lei escrito está, porque aqui todos nós não temos uma lei ou uma constituição para chamar de sua. A lei efetivamente há de merecer essa compreensão de objetiva recognoscibilidade racional e sistemática.

Por estas razões, portanto, não obstante, registrando, e vou juntar a declaração de voto onde explícito o que tenho aqui sustentado sobre o pátio do federalismo cooperativo, na hipótese, não é a circunstância do

ADI 3735 / MS

caso presente, porque houve a incidência, como se escreve na teoria do Direito Constitucional Norte Americano, do *Clear Statement Rule*, há um afastamento expresso da competência do ente local.

E, por essas razões, Senhor Presidente, acompanho integralmente o Ministro-Relator.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL**VOTO-VOGAL**

O Senhor Ministro Edson Fachin: Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Relator Ministro Teori Zavascki. Adianto que, no mérito, a solução segue a conclusão proposta por sua Excelência.

Rememoro, apenas para subsidiar esta manifestação de voto, que o Procurador-Geral da República sustenta haver vício de inconstitucionalidade formal na Lei do Estado do Mato Grosso do Sul 3.041, de 7 de julho de 2005, que instituiu a “Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor”, porquanto seria da competência privativa da União editar normas gerais de licitação e contratação com o Poder Público. No exercício dessa competência a União teria fixado, de forma exaustiva, o rol dos documentos necessários para a participação em procedimentos licitatórios, conforme previsão constante da Lei federal 8.666/93. Pelas mesmas razões, objetiva-se, ainda, declarar a inconstitucionalidade das Leis 1.179/91, 1.399/93; 1.573/94 e 2.453/2002, todas revogadas pela Lei 3.041.

Em sua manifestação, o Governador do Estado defendeu a constitucionalidade da lei, alegando, em síntese, que fora editada não apenas no exercício da competência concorrente sobre produção e consumo.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela procedência da ação, ante a usurpação da competência da União.

Com essas considerações, passo a demonstrar em meu voto que a solução para o deslinde da questão posta passa pela recompreensão do federalismo brasileiro que tenho sustentado nesta Corte, como se vê, exemplificativamente, nas decisões monocráticas e votos proferidos na ADI 5.356 MC, RE 730.721, RE 194.704.

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

ADI 3735 / MS

1ª Premissa

Adiro aos pressupostos de que partiu o Relator, Min. Luiz Fux, na ADI 4.060 (DJe 04.05.2015), sobre o atual estágio do federalismo brasileiro.

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

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

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

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

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

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

Há, no entanto, inegáveis diferenças entre o federalismo da Constituição de 1988 e o das que a antecederam. A primeira e talvez uma

ADI 3735 / MS

das mais fundamentais inovações foi a elevação do município a ente federativo. Como consequência da maior autonomia outorgada pela Carta, também se previu aos municípios um conjunto de competências próprias. Assim, além da distribuição expressa de competências e da competência concorrente, técnicas previstas tanto pela Constituição de 1946, quanto pela Constituição de 1967, o atual Texto previu competências residuais (para os Estados) e locais (para os municípios), competências comuns e competências complementares extensíveis aos municípios (art. 30, II, da Constituição da República).

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

Assim, a **1ª Premissa** de que parto sobre o Federalismo Brasileiro delineado pela Constituição da República pode ser assim sintetizada:

Estados, Distrito Federal e Municípios, embora igualmente integrantes da República Federativa do Brasil, conforme comando normativo disposto no art. 1º, da Constituição da República, têm suas respectivas competências sufragadas, assumindo um papel secundário na federação brasileira, contrariamente ao determinado pelo Texto Constitucional. Retira-se a possibilidade de que espaços sejam preenchidos para que seja atingido o interesse regional ou local. Reduzida a importância no exercício de suas competências, reduz-se também a efetividade deste exercício para o atendimento do bem comum.

2ª Premissa

A **2ª Premissa** que explicito em meu voto, por sua vez, está diretamente conectada com a primeira. Pode ser sintetizada nos seguintes termos: **no federalismo pátrio, a pluralidade de regimes normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa.**

ADI 3735 / MS

Assim, no voto em que submeto a decisão monocrática à referendo, indiquei que (a) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até o 'estado da arte' anterior optou por concentrar no ente federal as principais competências federativas, mas (b) é necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988, para enfrentar os problemas de aplicação que emergem do pluralismo.

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

O Caso dos Autos

A controvérsia posta nestes autos está, assim, conectada a essas dificuldades. A *questio iuris* consiste em saber se os Estados podem, por meio de legislação específica, instituir regras que limitem a participação de fornecedores cadastrados como violadores de direitos do consumidor em licitações realizadas pelo respectivo ente federativo. .

Posta a controvérsia nesses termos, surge inegável dificuldade de se resolver a lide. Isso porque se, de um lado, a Constituição estabelece competir privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitações (art. 22, XXVII), de outro, no âmbito da competência concorrente, os demais entes da federação podem legislar sobre produção e consumo (art. 24, V).

A dúvida reside em saber se o âmbito de abrangência da competência dos Estados para instituir normas sobre produção e consumo invade sobejamente a competência da União. As soluções que decorrem da interpretação dada pelo Requerente e pelas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com a devida vênia, parecem não ser suficientes para esse exame.

Com efeito, a repartição constitucional de competências, matéria afeta à organização do Estado, compreende, de acordo com o Texto Constitucional: o estabelecimento de competência material exclusiva da

ADI 3735 / MS

União (art. 21); competência legislativa privativa da União (art. 22); competência material comum entre União, Estados e Municípios (art. 23), competência concorrente (art. 24), incluindo, neste ponto, as dos Municípios (art. 30, II), competência residual dos Estados; e competência local dos municípios (art. 30, I).

Se entre as ações materiais previstas no âmbito da competência material, seja comum, seja exclusiva, inclui-se a de “legislar sobre”, então há possível conflito entre cada um dos regimes de competência. As regras oferecidas pela Constituição parecem emergir todas do âmbito territorial dos respectivos entes federativos. Assim, excetuando-se as competências exclusivas (art. 21) e privativas (arts. 22 e 30), as competências comum, concorrente e residual devem observar a regra de prevalência do interesse geral, para a União, regional, para os Estados, e local, para os Municípios.

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

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

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

Princípio da Subsidiariedade e sua Aplicação: presunção contra a preempção (*presumption against pre-emption*) e norma legislativa clara retirando a competência do ente menor (*clear statement rule*).

ADI 3735 / MS

O primeiro é o princípio da subsidiariedade em que, ancorado nas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho, haveria uma primazia do interesse da localidade.

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

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

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

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

Colhendo elementos da experiência europeia (Protocolo de Amsterdam) e da doutrina de George Bermann, no âmbito da União Europeia a subsidiariedade funciona de quatro formas diferentes. A primeira é legislativa: cada ente integrante da unidade política pode determinar se a lei ou ato elaborado adequa-se ao princípio. Em segundo lugar, caso haja dúvida acerca do alcance da aplicação do princípio, deve-se adotar uma interpretação que seja mais favorável a ele. Em terceiro, o

ADI 3735 / MS

princípio é cláusula de controle de legalidade das normas editadas pela União. Finalmente, a subsidiariedade serve também de garantia para que os entes integrantes da unidade política tenham segurança de que sua autonomia será respeitada.

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

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

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

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

A proporcionalidade, entretanto, como teste de razoabilidade para soluções de problemas envolvendo competência parece ter nítida orientação constitucional. Está, assim, a exigir que se examinem as razões que levaram o legislador a adotar determinado regulamento. Consiste, portanto, em avaliar se as razões necessárias para a conclusão a que chegou foram levadas em conta ou se optou-se por motivos que não poderiam ter sido considerados.

Interpretando os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade nesses termos, seria possível, então, superar o

ADI 3735 / MS

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

A aplicação desse entendimento às competências concorrentes pode mostrar-se extremamente vantajosa para melhor delimitar qual deve ser o sentido dos termos geral, residual, local, complementar e suplementar. No entanto, para o caso dos autos a discussão envolve, ainda, a disputa de sentido desses conceitos quando se opõem às competências expressas da União, de Estados e de Municípios. **Nessas hipóteses, é necessário não apenas que a legislação federal abstenha-se de intervir desproporcionalmente nas competências locais, como também que, no exercício das competências concorrentes, a interferência das legislações locais na regulamentação federal não desnature a restrição claramente indicada por ela.**

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

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

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

ADI 3735 / MS

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

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

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

Aplicação do Princípio da Subsidiariedade ao Caso Concreto.

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

ADI 3735 / MS

como presumption against pre-emption e clear statement rule.

A síntese desses argumentos não implica o abandono das diretrizes que a própria Constituição fixou para a solução dos conflitos federativos. Noutras palavras, o reconhecimento dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade não implica o afastamento dos critérios típicos de repartição das competências constitucionais, ou seja, o da exclusividade de competências materiais da União (art. 21 da CRFB), o da generalidade, regionalidade e localidade para a competência legislativa concorrente (art. 24, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CRFB) e o da cooperação para a competência comum.

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

O caso dos autos trata, precisamente, de um conflito para o qual as regras de repartição não dão clara solução. Com efeito, o reconhecimento de eventual inconstitucionalidade, *in casu*, exige que se investigue se a competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações (art. 22, XXVII, da CRFB) impede o exercício da competência suplementar do Estado para “instituir certidão de violação aos direitos do consumidor”, cujo fundamento é a proteção ao consumidor (art. 24, V e VIII, da CRFB).

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

“A formulação do conceito de ‘normas gerais’ é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A

ADI 3735 / MS

norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as ‘normas gerais’, leis nacionais, ‘são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federadas’, pelo que ‘não são normas gerais as que ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam’. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de ‘norma geral, conclui: ‘são normas as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos’’. (Alice Gonzalez Borges, ‘Normas Gerais nas Licitações Contratos Administrativos’, RDP 96/81).”

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

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

(...)

Nesses termos, deve haver razoabilidade na análise da

ADI 3735 / MS

situação concreta porque o interesse que é local será também regional e também nacional (...)"

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

Em virtude dos novos entes federativos assim como de novas formas de repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 inegavelmente trouxe nova valoração à autonomia dos entes federativos, cuja diretriz, segundo o entendimento aqui esboçado, traduz-se na exigência de que a subsidiariedade, enquanto fundamento da indissolubilidade, seja fundamentada de forma clara, a fim de afastar a presunção de autonomia de que gozam os demais entes federativos. Registre-se, uma vez mais, que não se trata de critério alternativo às formas constitucionais de solução de conflitos de competência, mas complementar, ou seja, tem lugar precisamente nos momentos em que os critérios de interpretação ainda são demasiadamente amplos e se justifica pela valoração da autonomia dos entes federados.

No caso em tela, a norma impugnada exige dos licitantes com o Estado do Mato Grosso do Sul "certidão de violação aos direitos do consumidor", como forma de tornar efetivo o cadastro de fornecedores mantidos pelo Procon local (art. 3º da Lei 3.041). O cadastro, por sua vez, registra por cinco anos: a) o descumprimento de sanção administrativa fixada em decisão definitiva, na qual o fornecedor tenha sido condenado; b) sentença judicial de âmbito individual transitada em julgado, em que, no mérito, o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor; c) sentença judicial de âmbito coletivo prolatada nas ações coletivas transitadas em julgados, em que no mérito o fornecedor tenha sido condenado por ofensa ao direito do consumidor; d) execução de termo de ajustamento de conduta.

Tais atribuições não derivam apenas da previsão constante do art. 24, V, da CRFB, mas também do próprio Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 44, dispõe, *in verbis*:

ADI 3735 / MS

“Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor.

§ 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado.

§ 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código.”

Além disso, nos termos dos arts. 57 a 62, do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, há previsão expressa sobre o funcionamento dos cadastros de fornecedores. Confira-se:

“Art. 57. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores constituem instrumento essencial de defesa e orientação dos consumidores, devendo os órgãos públicos competentes assegurar sua publicidade, contabilidade e continuidade, nos termos do art. 44 da Lei n. 8.078, de 1990.

Art. 58. Para os fins deste Decreto, considera-se:

I - cadastro: o resultado dos registros feitos pelos órgãos públicos de defesa do consumidor de todas as reclamações fundamentadas contra fornecedores;

II - reclamação fundamentada: a notícia de lesão ou ameaça a direito de consumidor analisada por órgão público de defesa do consumidor, a requerimento ou de ofício, considerada procedente, por decisão definitiva.

Art. 59. Os órgãos públicos de defesa do consumidor devem providenciar a divulgação periódica dos cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores.

§ 1º O cadastro referido no caput deste artigo será publicado, obrigatoriamente, no órgão de imprensa oficial local, devendo a entidade responsável dar-lhe a maior publicidade

ADI 3735 / MS

possível por meio dos órgãos de comunicação, inclusive eletrônica.

§ 2º O cadastro será divulgado anualmente, podendo o órgão responsável fazê-lo em período menor, sempre que julgue necessário, e conterà informações objetivas, claras e verdadeiras sobre o objeto da reclamação, a identificação do fornecedor e o atendimento ou não da reclamação pelo fornecedor.

§ 3º Os cadastros deverão ser atualizados permanentemente, por meio das devidas anotações, não podendo conter informações negativas sobre fornecedores, referentes a período superior a cinco anos, contado da data da intimação da decisão definitiva.

Art. 60. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados arquivos públicos, sendo informações e fontes a todos acessíveis, gratuitamente, vedada a utilização abusiva ou, por qualquer outro modo, estranha à defesa e orientação dos consumidores, ressalvada a hipótese de publicidade comparativa.

Art. 61. O consumidor ou fornecedor poderá requerer em cinco dias a contar da divulgação do cadastro e mediante petição fundamentada, a retificação de informação inexata que nele conste, bem como a inclusão de informação omitida, devendo a autoridade competente, no prazo de dez dias úteis, pronunciar-se, motivadamente, pela procedência ou improcedência do pedido.

Parágrafo único: No caso de acolhimento do pedido, a autoridade competente providenciará, no prazo deste artigo, a retificação ou inclusão de informação e sua divulgação, nos termos do § 1º do art. 59 deste Decreto.

Art. 62. Os cadastros específicos de cada órgão público de defesa do consumidor serão consolidados em cadastros gerais, nos âmbitos federal e estadual, aos quais se aplica o disposto nos artigos desta Seção.”

A manutenção de cadastro com informações negativas dos licitantes

ADI 3735 / MS

é, portanto, consentânea com a autonomia dos Estados para legislar sobre produção e consumo e, de forma ainda mais relevante, concretiza a obrigação constitucional de proteger os consumidores.

Caberia, então, indagar se a Lei federal 8.666/93 estabelece, de forma clara (*clear statement rule*), a impossibilidade de se estabelecer outros requisitos para a habilitação que não aqueles constantes do art. 27. A resposta é positiva.

O art. 27 da Lei 8.666 dispõe, *in verbis* (**grifos** nossos):

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Como facilmente se depreende da leitura do texto normativo, a União, ao dispor sobre regras gerais de licitações, expressamente vedou que Estados e Municípios exigissem outros documentos que não aqueles que constam do rol do art. 27. A regra clara (*clear statement rule*) afasta a presunção relativa de autonomia do demais entes federativos e, por essa razão, impõe que se reconheça como incompatível com a distribuição constitucional de competência norma estadual que, a pretexto de regular consumo, disponha sobre tema já fixado pela legislação federal.

Síntese

Em síntese, Ministro Presidente:

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

ADI 3735 / MS

normativos não consegue se harmonizar apenas com as regras de competência expressa;

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

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

d) No presente caso, não obstante a lei impugnada tenha objetivado garantir maior proteção aos direitos dos consumidores locais, a União, no exercício de sua competência privativa, *expressamente* afastou a possibilidade de que, na fase de habilitação, fossem exigidos outros documentos que não os indicados pelo art. 27 de Lei 8.666/93. Ao afastar de modo claro o exercício da competência dos demais entes, ainda que sob a justificativa de maior proteção ao consumidor, não há como reconhecer competência autônoma dos Estados para estabelecer outros requisitos.

Diante do exposto, acompanho o e. Relator, para julgar procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formal da Lei 3.041/2005 do Estado do Mato Grosso do Sul.

É como voto.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, diante do precedente aberto pelo Ministro Luis Edson Fachin, também eu gostaria de registrar o prazer que foi estar estes dois anos sob a condução de Vossa Excelência, que sempre conduziu este Plenário com grande fidalguia, mesmo nos momentos mais difíceis. E debater com Vossa Excelência, na concordância ou na discordância, sempre foi um exercício prazeroso e intelectualmente estimulante. Eu falo isso muito sinceramente e gostaria também de deixar feito esse registro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Muito grato, Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu estou acompanhando o Ministro Teori Zavascki. Cumprimento o eminente Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul, Doutor Ulisses Schwarz Viana, que esteve na tribuna. Mas também eu estou convencido de que aqui há um problema de inconstitucionalidade formal quando à competência legislativa, por também entender que esta é uma matéria de norma geral. E eu até vislumbraria alguma dificuldade do ponto de vista material por entender que uma certidão dessa natureza pode representar obstáculo e criação de embaraços para participação de outras eventuais postulantes. E, portanto, eu estou acompanhando Sua Excelência.

Eu apenas aditaria, Presidente, eu observei que, no pedido inicial formulado pelo Procurador-Geral da República à época, o eminente Doutor Antônio Fernando, ele noticiava que a declaração de inconstitucionalidade dessa Lei faria repristinar Leis anteriores de igual conteúdo. E, em assim sendo, eu penso que nós devemos declarar também a inconstitucionalidade dessas Leis.

Diz sua Excelência no pedido inicial:

"Cumpre ressaltar, por fim, que as Leis n.os 1.179/91; 1.399/93;

ADI 3735 / MS

1.537/94 e 2.453/2002, do Estado de Mato Grosso do Sul, por padecerem do mesmo vício de inconstitucionalidade apontado na presente, estão sendo impugnadas, com o intuito de se evitar o efeito repristinatório de uma eventual declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 3.041/2005, que as revoga expressamente."

Eu preciso confessar que eu não fui a essas Leis, mas Sua Excelência tem fé pública, e, portanto, na medida em que tenham o mesmo conteúdo e possam passar a vigor por repristinação, eu acho que deveríamos igualmente declará-las inconstitucionais.

De modo que eu estou acompanhando o eminente Relator e julgando procedente a ação, o pedido formulado na ação, não só quanto a Lei nº 3.041 de 2005, mas também quanto as demais Leis que igualmente constam do pedido formulado. Portanto, não é nem uma inclusão de ofício, é um acolhimento do pedido formulado por Sua Excelência.

De modo que eu acompanho o Relator, indagando de Sua Excelência se estaria de acordo em acolher o pedido na sua integralidade, considerado essas outras Leis ali mencionadas.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Embora não tenha sido expresso no meu voto, isso decorre naturalmente da fundamentação. Penso, todavia, que não é caso de declarar inconstitucionais essas Leis que estão revogadas. O que se pode fazer, no meu entender, é deixar expresso que não se repristina, pelas mesmas razões expostas no voto, qualquer norma anterior de mesmo conteúdo. Não me oponho a acrescentar isso no meu voto: ou seja, declara-se inconstitucional a Lei atacada, não ficando sujeitas à repristinação quaisquer outras com o mesmo conteúdo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Leis anteriores de igual conteúdo. Isso satisfaz a minha... pois não Ministro Celso.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Plenário do Supremo Tribunal Federal já se defrontou, algum tempo atrás, com essa

ADI 3735 / MS

questão, a do chamado efeito repristinatório indesejado. Entendo, por isso mesmo, que o ponto ora destacado por Vossa Excelência **mostra-se extremamente relevante**.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Como o autor da ação já havia explicitado as Leis, eu até no meu voto as cito nominalmente, mas não discordaria do Relator por essa miudeza, portanto se...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Nesses precedentes, o Tribunal chegou a mencionar, explicitamente, as leis *pré-constitucionais*...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Genericamente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, as leis *pré-constitucionais*.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Vindo, inclusive, a especificá-las.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Certo, as *pré-constitucionais*, especificando-as.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Todas elas **afetadas** por declaração de inconstitucionalidade *de determinada* legislação **posterior** ao advento da Constituição de 1988.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Entendo. Essa foi a minha proposta. E é como eu encaminhei o meu voto, já que

ADI 3735 / MS

constava do pedido.

Só para registrar, Presidente, por, enfim, convicção, o meu voto eu concludo dizendo a tese: é inconstitucional a instituição por lei estadual de certidão de violação dos direitos do consumidor como requisito para contratação com a Administração Pública.

Seja como for, o meu voto é pela procedência do pedido e, nessa medida, é alinhado plenamente com o Ministro Teori.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) - Farei essa explicitação, com agradecimento ao Ministro Barroso pela observação, de inexistência de efeito repristinatório em relação às Leis anteriores de mesmo conteúdo.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu saúdo o Doutor Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul, que fez uma competente sustentação oral, e me alinho, como os Colegas que me antecederam, ao voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki.

A leitura do artigo 22, XXVII, da nossa Lei Fundamental revela que as normas gerais de licitação e contratação se inserem dentro da competência privativa exclusiva da União. O ato atacado – do Estado do Mato Grosso do Sul –, na verdade, contempla providências que não podem ser compreendidas como a atender um objeto específico da licitação. Conseqüentemente, enquadram-se como normas gerais e, nessa medida, levam também, na minha compreensão, a que se proclame a inconstitucionalidade formal do diploma aludido.

Com essas observações, inclusive agora trazidas ao voto, no que diz respeito ao não efeito repristinatório de normas que repisem esse mesmo conteúdo, voto pela procedência da ADI, Senhor Presidente.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL**ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, Senhores Advogados presentes.

Senhor Presidente, eu tive a oportunidade, recentemente, de relatar exatamente um caso semelhante, em que se tratava de uma inserção, na Lei Orgânica de um município, de alguns requisitos referentes à licitação naquela localidade. Eu, então, entendi - vou fazer a juntada de voto por escrito -, sinteticamente, que a censura judicial às manifestações locais deveria ser nitidamente contrária àquelas abusivas em relação a essa autonomia. Coincidentemente, utilizando os mesmos argumentos lançados aqui pelo Ministro Teori, eu superei a inconstitucionalidade formal, porque entendo que, na verdade, a unidade federada tinha essa competência legislativa, mas eu entendo que, efetivamente, essa restrição trazida não passa no teste da proporcionalidade. A proteção do consumidor encontra, no ordenamento jurídico, outros meios capazes de impedir abusos e torna desproporcional essa proposta da unidade federada, que pode, efetivamente, criar um comprometimento com a competitividade do certame licitatório.

Eu concludo, nesse sentido, considerando inconstitucional, por violação ao princípio da eficiência e da economicidade, além de atentar contra a livre concorrência. Estou julgando procedente por inconstitucionalidade material, mas, na essência, eu também estou confirmando a cautelar - vou fazer a juntada do voto por escrito - e coincidentemente eu também, aqui, faço menção à Lei 1.179/91 e as subsequentes, que padecem do mesmo vício.

Por esses fundamentos, acompanho o Relator.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI 3.041/05, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO. DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO CONSUMIDOR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL INEXISTENTE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL PARA ESTABELEECER CONDIÇÕES ESPECÍFICAS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, ECONOMICIDADE, LIVRE CONCORRÊNCIA E PROPORCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1) A licitação, mercê de regulada em lei federal que estabelece normas gerais, não inviabiliza que os legisladores federais, estaduais e municipais detenham competência complementar para ampliar o rol de requisitos de habilitação que disciplinam a possibilidade jurídica de

ADI 3735 / MS

participação do certame, observados, sempre, os dispositivos constitucionais pertinentes. A Lei 3.041/05 do Mato Grosso do Sul, sob essa ótica, não viola o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

2) A Certidão Negativa de Violação a Direitos do Consumidor, exigível para habilitação no certame, reduz o número de pessoas físicas e jurídicas aptas a contratar com a Administração Pública estadual.

3) As restrições à universalidade e à competitividade devem ser impostas quando necessárias para a garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

4) A Lei 3.041/05 compromete a ampla competitividade do certame licitatório, além do necessário para a melhor execução do contrato, e viola o **artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal**.

5) A licitação possui também **função extraeconômica**, reguladora de outros interesses de estatura constitucional. Todavia, a função regulatória da licitação, sempre excepcional, deve ser analisada com extrema cautela quando *reduz* a competitividade e universalidade do certame.

6) A **proteção do consumidor**, elevada à condição de direito fundamental e princípio geral da Ordem Econômica, como estabelecem os artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da CRFB, constitui poder-dever de todos os entes federados, inclusive

ADI 3735 / MS

por meio de edição de leis específicas e instituição de órgãos próprios.

5) A defesa do consumidor deve ser promovida por instrumentos que se apresentem profícuos no desiderato a que se propõem. No caso *sub examine*, a restrição à participação em contratações públicas condicionada à referida certidão não se afigura mecanismo adequado, necessário, nem proporcional de proteção ao consumidor; isto porque:

a) **A medida é inadequada** para proteção do direito do consumidor porque se vale de instrumento instituído constitucionalmente com propósito diverso. A obrigatoriedade de licitação se impõe como forma de assegurar à Administração Pública a *melhor proposta*, aquela que atende à finalidade determinada de modo mais eficiente, sem prestigiar grupos específicos.

b) **A medida é desnecessária** por haver outros meios tão eficientes para proteção dos consumidores, que não comprometem a competitividade do certame, a exemplo da preferência como critério de desempate entre propostas.

c) **A medida é desproporcional em sentido estrito** por importar um custo à sociedade e aos cofres públicos maior que os benefícios decorrentes da eventual proteção ao consumidor. Em razão da repartição social dos custos com licitação e contratos públicos, a eficiência favorece

ADI 3735 / MS

indistintamente toda a sociedade, correspondendo ao interesse público *geral*.

6) A Lei 3.041/05 viola o **artigo 37, caput, da Constituição Federal** ao restringir os princípios da economicidade, eficiência e livre concorrência.

7) O **princípio da economicidade** resta violado diretamente da menor competitividade, que importa em propostas menos vantajosas para a Administração contratante, cujos custos serão repartidos coletivamente.

8) O **princípio da eficiência** também foi desprezado porquanto, quanto mais competitivo for o certame, maior o controle social dos atos da Administração Pública, maior a lisura entre os licitantes e maior a diversidade técnica na execução do contrato, o que pode aprimorar outras licitações.

9) O **princípio da livre concorrência** subjaz violado posto ser o Estado um importante agente econômico. Alijar determinado segmento de mercado das licitações públicas pode comprometer a viabilidade econômica dessas empresas e, por conseguinte, a competitividade externa à licitação. Haveria menos concorrentes em setores privados do mercado e menos opções para os próprios consumidores.

10) Ação direta de inconstitucionalidade julgada **PROCEDENTE**.

ADI 3735 / MS

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: A presente ação cinge-se à análise da constitucionalidade de lei estadual que institui, como condição específica para contratação com a Administração Pública estadual, a apresentação de Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor, fornecida pelo PROCON/MS.

Conquanto a petição inicial fundamente-se na violação ao artigo 22, inciso XXVII, da CRFB, tendo a Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria-Geral da República se limitado à análise de tal causa de pedir (inconstitucionalidade formal), é premente analisar também a eventual ofensa aos limites impostos pelo artigo 37, inciso XXI, da CRFB, bem como aos princípios da eficiência, economicidade, concorrência e proporcionalidade (inconstitucionalidade material).

I - Inconstitucionalidade Formal: art. 22, inciso XXVII, da CRFB

Ab initio, importa destacar o argumento central de inconstitucionalidade por **vício formal de competência**. Alega o Requerente que a norma impugnada, ao instituir requisito de habilitação para participação em certame licitatório, editou *norma geral* de licitação e contrato, em afronta ao artigo 22, inciso XXVII, da CRFB, que atribui tal competência privativamente à União.

A questão não é nova, tendo sido exaustivamente debatida por este Supremo Tribunal Federal em outras ocasiões. Cito exemplificativamente os seguintes precedentes: ADI 3059, 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 423560, 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

ADI 3735 / MS

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 423560, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012).

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

ADI 3735 / MS

regras e condições específicas que as adequem à realidade local.

A questão volta-se, assim, à **delimitação do alcance da expressão “normas gerais”**.

A esse respeito, tive a oportunidade de me manifestar anteriormente quando do julgamento da ADI 3059, em cujo acórdão aduzi a relevância da distinção de normas gerais para a preservação da autonomia dos entes federativos, *verbis*:

“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.**” (grifou-se)

Importa, então, avaliar se a condição adicional imposta à contratação com a Administração Pública estadual, qual seja a apresentação de Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor, corresponde à norma geral sobre licitação e contratação ou mera condição específica, de complementação da habilitação já disposta em lei nacional.

Trata-se, no caso, da Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei 8.666/93 – que estabelece um rol de requisitos necessários à habilitação dos licitantes. Conforme declarado na ADI-MC 927/SP, a referida lei, nos dispositivos em que não se estabelece norma geral, configura *lei federal*. Outros exemplos de leis federais, que estabelecem *normas específicas* de

ADI 3735 / MS

licitação e contratação, são as Leis nº 10.520/02, 8.248/91 e 12.232/10.

Tais normas, ao estabelecerem requisitos adicionais à contratação, devem ser compatíveis com Lei nº 8.666/93 e com os dispositivos constitucionais aplicáveis. Dessa forma, ainda que deva ser observada a habilitação tal qual disposta na norma geral, podem ser criados requisitos específicos de habilitação por lei federal, estadual ou municipal – ou mesmo por processo administrativo.

Em doutrina, é esse o alcance da expressão *normas gerais* de licitação e contrato que prevalece especificamente quanto a requisitos de habilitação. De um lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elenca a habilitação dentre o rol exaustivo de matérias abstratamente definidas como normas gerais, *verbis*:

“Entre os temas regradados no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que são tratados como *norma gerais*, e, portanto, de aplicação nacional, alguns se seguem destacados para estudo: as *modalidades licitatórias*, o *afastamento da licitação*, a *habilitação*, o *processo e julgamento*, a *inabilitação*, a *desclassificação*, a *revogação* e a *anulação*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 204)

De outro, há razoável consenso quanto à necessidade de se promover uma análise de cada nova condição, a fim de verificar sua especificidade e consonância com os dispositivos constitucionais (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual: licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp.171- 172).

Há, ainda, aqueles que sustentam a possibilidade de o *administrador público* estabelecer condições adicionais no instrumento convocatório. É o que sucintamente esclarece Alexandre Aragão no excerto abaixo:

“Também na habilitação a lei deixa certa margem de escolha para a Administração, observado o princípio da proporcionalidade, impor determinados requisitos de

ADI 3735 / MS

habilitação (ex. exigir ou não caução, alguns requisitos técnicos **adicionais** etc)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 291).

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 complementar o rol de requisitos de habilitação que disciplinam a possibilidade jurídica de participação do certame licitatório**, observados as normas gerais e os dispositivos constitucionais pertinentes.

Por tal razão, a Lei nº 3.041/2005, ao exigir a Certidão de Violação aos Direitos do Consumidor – CVDC como condição para a contratação com a administração pública, não viola o artigo 22, inciso XXVII, da CRFB.

Rejeito, portanto, a inconstitucionalidade *formal* da Lei nº 3.041/2005, do Estado do Mato Grosso do Sul, bem como das demais normas ora impugnadas, pelas mesmas razões.

II - Inconstitucionalidade Material: art. 37, caput e inciso XXI, da CRFB

Em que pese as razões deduzidas pelo Requerente se limitarem à alegação de inconstitucionalidade formal, a Teoria da Causa de Pedir Aberta, amplamente adotada por este Tribunal, permite seja declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada com base em fundamentos outros que não os suscitados na peça inicial.

Rejeitada a alegação de inconstitucionalidade formal, é preciso avaliar a compatibilidade com elementos *materiais* da CRFB. No presente caso, a avaliação da constitucionalidade da Lei 3.041/05 deve ser feita sob dois parâmetros.

Em um *primeiro momento*, analisa-se se a norma impugnada se compatibiliza com o **artigo 37, inciso XXI, da CRFB**, que estabelece as hipóteses em que o legislador pode instituir um requisito adicional de habilitação em licitação.

Em um *segundo momento*, deve-se verificar a compatibilidade com o

ADI 3735 / MS

artigo 37, caput, da CRFB. Tendo em vista que a norma impugnada reduz o número de pessoas físicas e jurídicas aptas a contratar com a Administração Pública, é patente a restrição aos princípios da concorrência, eficiência e economicidade. Sob o crivo da proporcionalidade, deve-se avaliar se tal restrição se justifica frente ao bem jurídico tutelado, qual seja a proteção do consumidor.

II. A) Artigo 37, inciso XXI, da CRFB

Como dito, é facultado ao legislador estadual editar normas específicas em matéria de licitação e contratos. Caso o faça, deverá observar o disposto no artigo 37, inciso XXI, da CRFB. Estabelece esse dispositivo que as licitações públicas devem observar a “*igualdade de condições a todos os concorrentes*” e que a lei “*somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”.

Tal dispositivo alude a dois princípios licitatórios basilares – universalidade e competitividade – que encontram fundamento constitucional nos princípios gerais do *caput* do artigo 37, tratados adiante. Pode-se pontuar desde logo, no entanto, que os princípios se complementam. Isso porque **somente se justificam restrições à universalidade e à competitividade no quanto necessárias para a garantia do cumprimento das obrigações contratuais.**

Conforme esclarece Marcos Juruena Villela Souto, a finalidade da previsão contida no artigo 37, inciso XXVI, da CRFB é impedir a instituição de exigências que restrinjam a competitividade sem que representem uma contribuição para o aperfeiçoamento da execução das obrigações ou a escolha de melhor proposta. Nesse sentido, confira-se:

“Muitas vezes, eram formuladas **exigências excessivas e até absurdas**, tais como inexistência de ações contra a Administração, regularidade eleitoral, quitação militar, certidão de já ter servido a outras Administrações, até garantias reais, tempo mínimo de existência da empresa no local da licitação,

ADI 3735 / MS

enfim situações que restringiam o caráter competitivo e, via de consequência, não resultavam, necessariamente, na escolha da melhor proposta no mercado.

Foi por esta razão que houve a preocupação de repudiar-se a inclusão de cláusulas ou condições que pudessem comprometer a competição, em respeito ao **princípio da universalidade**, que ganhou sede constitucional com o advento da Lei Maior promulgada em 5/10/88, pela **parte final do inciso XXI do artigo 37** do novo Texto Federal (...)” (SOUTO. *Op. Cit.* p. 171. Grifou-se.)

Verifica-se, a partir dos exemplos mencionados acima, que uma exigência se mostra excessiva ou injustificada na medida em que promove outros fins que não o de garantir o cumprimento da obrigação ou de revelar a melhor proposta. Isso decorre diretamente da frustração do propósito licitatório, a despeito da nobreza do bem jurídico que se pretende tutelar com tal exigência. Foi esta a opção do constituinte.

Nesse sentido, a redação da parte final do artigo 37, inciso XXI, da CRFB traz à baila uma importante discussão doutrinária a respeito da **função extraeconômica da licitação**. A esse respeito, confira-se as lições de Alexandre Santos de Aragão:

“O objetivo precípua das licitações é, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/93, a observância do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, isto é, aquela que otimize fatores como o menor valor e maior qualidade. O Estado, no entanto, vem se aproveitando do seu grande poder de influência na economia explorando esse procedimento como forma de promover outros objetivos constitucionalmente protegidos, além dos dois tradicionais supramencionados, especialmente relacionados com o desenvolvimento social e econômico e a redução de desigualdades.

O fenômeno não é novo. Basta lembrarmos as hipóteses e dispensa de licitação como uma espécie de fomento a certos

ADI 3735 / MS

tipos de entidades (por exemplo, para entidades de assistência ao preso) e os requisitos de habilitação que visam a combater a inadimplência com a seguridade social, a preferência para produtos nacionais e o trabalho degradante para menores, (...).

As **funções extraeconômicas das licitações**, especialmente aquelas consubstanciadas na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais, **deverão sempre encontrar respaldo no sistema constitucional** e deverão resistir à **análise da sua compatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da isonomia**. Como expõe MARÇAL JUSTEN FILHO, 'não se admite que, a propósito da neutralização de certas deficiências, se produza tratamento jurídico que comprometa princípios e valores protegidos pela ordem vigente. (...)'

Há, assim, que haver uma **ponderação razoável entre os objetivos econômicos e extraeconômicos** das licitações, mantendo-se a preponderância daqueles, que devem permanecer sendo o objetivo primordial (apesar de não necessariamente o único) das licitações" (ARAGÃO. *Op. Cit.* p. 324-327. Grifou-se.)

Como se depreende da leitura, são muitos os exemplos em que o Estado se vale de sua importância como contratante para promover objetivos constitucionais diversos, por meio da licitação. *Ao lado* da função econômica da licitação, promove-se a **função extraeconômica**, reguladora da ordem econômica ou de outros interesses de estatura constitucional.

Todavia, quando tal prática *reduz* a competitividade do certame, a função regulatória compromete o propósito do instituto, restringe diversos princípios constitucionais e afasta a aplicação da regra disposta no artigo 37, XXI, da CRFB. Nesses casos, deve ser analisada com **extrema cautela**. É preciso avaliar se a medida, sempre excepcional, resiste ao teste de proporcionalidade e ao confronto com os demais princípios em jogo. É o que será feito no item seguinte em relação ao objeto desta ação.

Passo, então, à análise da Lei estadual nº 3.041/2005, ora impugnada, a fim de se analisar se a exigência de Certidão de Violação aos Direitos do

ADI 3735 / MS

Consumidor - CVDC é *indispensável* (ou mesmo se contribui) à *garantia do cumprimento das obrigações contratuais*. Enfrenta-se, para tanto, os argumentos deduzidos em defesa da constitucionalidade da norma.

Por um lado, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul alega, nas informações prestadas, que a Administração Pública poderia ser equiparada ao consumidor, sofrendo os efeitos da postura desidiosa do contratado. Em suas palavras: “*Ora, se uma empresa não soluciona as reclamações efetuadas pelos consumidores, o que leva a crer que se comportará de forma diversa frente à reclamação advinda do Poder Público?*”

Esta hipótese pode ser rechaçada de pronto. O ente que conta com cláusulas exorbitantes e outras prerrogativas, a toda evidência, não possui a **vulnerabilidade** característica das relações de consumo. Ademais, não há correlação direta nem necessária entre a violação aos direitos dos consumidores e o inadimplemento contratual.

Por outro lado, o Governador aduz também à possibilidade de a violação contumaz a direitos dos consumidores representar **experiência anterior desabonadora**, capaz de inquinar a viabilidade do licitante ainda que não houvesse previsão legal expressa. Complementa que a possibilidade de inabilitação pressupõe a previsão específica no instrumento convocatório e a comprovação de “*similitude entre o objeto do contrato mal-executado e aquele da licitação em apreço*”.

De fato, caso o objeto da contratação envolva a prestação de serviços ao consumidor, a experiência anterior desabonadora, comprovada por certidão do órgão de proteção ao consumidor, consistirá em forte indício de que o vício se repetiria, comprometendo a execução do contrato nesse particular.

A hipótese é, contudo, bastante *excepcional*. Pressupõe a existência de relação de consumo entre o licitante e o público, interface que, via de regra, não existe nas licitações de obras e serviços.

A excepcionalidade da situação em que se poderia verificar, a partir da Certidão instituída pela Lei 3.041/05, a similitude entre o objeto da má-execução e o da licitação em curso, demonstra que apenas nesses casos a norma impugnada mostrar-se-ia compatível com o artigo 37, inciso XXI,

ADI 3735 / MS

da CRFB.

II. B) Artigo 37, caput, da CRFB

Preliminarmente, devo destacar a importância que o constituinte atribuiu à **proteção do consumidor**, elevada à condição de direito fundamental e princípio geral da Ordem Econômica, como estabelecem os artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, da CRFB, respectivamente. Nesse sentido, constitui poder-dever de todos os entes federados protegê-lo, inclusive por meio de edição de leis específicas e instituição de órgãos próprios.

Todavia, ao reduzir o número de pessoas físicas e jurídicas aptas a contratar com a Administração Pública estadual, a Lei nº 3.041/05 restringiu os princípios da economicidade e eficiência, bem como representou restrição à livre concorrência.

A violação ao **princípio da economicidade** decorre diretamente da menor competitividade, que, em regra, importa em propostas mais vantajosas para a Administração contratante. Esse aspecto merece que lhe seja atribuída a devida importância, sobretudo em cenário de gravíssima escassez de recursos que assola todos os entes federativos. O governo brasileiro despende anualmente mais de 600 bilhões de reais com a aquisição de bens e contratações de serviços (15% do PIB).

A violação ao **princípio da eficiência**, por sua vez, vai além do caráter econômico da contratação. Quanto mais competitivo for o certame, maior o controle social dos atos da Administração Pública, maior a lisura entre os licitantes e maior a diversidade técnica na execução do contrato, o que pode aprimorar outras licitações.

Como se percebe, a discussão se encontra polarizada entre valores bastante prestigiados pelo constituinte. Por tal razão, a **proporcionalidade** se apresenta como valiosa ferramenta argumentativa. A respeito da relevância do princípio da proporcionalidade para a formação da convicção judicial, confira-se a síntese de Alec Stone Sweet e Jud Mathews:

ADI 3735 / MS

“A Proporcionalidade é uma estrutura argumentativa, aparentemente feita sob medida para lidar com tensões entre normas constitucionais, ou seja, a indeterminação da adjudicação de direitos. O quadro indica claramente aos litigantes o tipo e a sequência de argumentos que podem e devem ser feitos, e o caminho através do qual os juízes irão fundamentar sua decisão. Ao longo deste caminho, a Proporcionalidade oferece ampla oportunidade para o tribunal expressar seu respeito, ou mesmo reverência, pelas posições relativas de cada uma das partes. Este último ponto é crucial. Em situações onde os juízes não podem evitar declarar um vencedor, eles podem pelo menos fazer uma série de reverências à parte vencida. Na verdade, o tribunal que aplica a proporcionalidade em sentido estrito está dizendo, com efeito, que cada lado tem algum direito constitucional significativo do seu lado, mas que o tribunal deve, no entanto, tomar uma decisão. O tribunal pode, então, de forma crível afirmar que compartilha algumas das aflições do perdedor no resultado (STONE SWEET, Alec e MATHEWS, Jud, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", 2008. *Faculty Scholarship Series*. Paper 14. Tradução livre).

Conforme adiante se passa a aduzir, verifica-se que a medida de proteção ao consumidor, às custas da eficiência e da economicidade das contratações públicas, fere o princípio da proporcionalidade. É o que doravante se passa a aduzir.

Submete-se, portanto, a norma impugnada ao teste da proporcionalidade em seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A medida é inadequada para proteção do direito do consumidor porque se vale de instrumento instituído constitucionalmente com outro propósito. A obrigatoriedade de licitação se impõe como forma de assegurar à Administração Pública a melhor proposta, aquela que atende à finalidade determinada de modo mais eficiente. Sendo esse o interesse

ADI 3735 / MS

público específico que norteia as contratações públicas, não é o meio adequado à proteção de consumidores ou outros grupos específicos.

Como dito, a relevância constitucional do direito tutelado não o habilita a permear indistintamente todas as esferas públicas, em detrimento de outros princípios e interesses públicos. É o que destaca o eminente professor Eros Roberto Grau, ao tratar da confluência entre esse princípio fundamental da Ordem Econômica e o Direito Administrativo. Por sua clareza, convém transcrever:

“Saliente-se o fato de que, no que tange a medidas referidas à defesa do consumidor ordenadas no âmbito do Direito Administrativo, voltam-se contra a estabilidade doutrinária da concepção dele próprio, Direito Administrativo. A tensão entre interesse público, interesse geral e interesses de grupo (grupo de consumidores) promove sensíveis distúrbios naquela concepção.” (GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 249-250.)

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que, em determinados casos, mesmo institutos de relevante *interesse público geral* exorbitam aos limites constitucionais quando transpostos para a esfera licitatória. A respeito da exigência de habilitação instituída por lei sem respaldo constitucional – no caso, a regularidade fiscal – o ilustre professor acrescenta que a Administração Pública poderia se valer de meios mais adequados para defesa de seus interesses que não aqueles previstos especificamente para a licitação. Confira-se:

“A quarta, porém, exorbita, inovando um condicionante estranho à finalidade pública específica da licitação, que é a de captar a proposta mais vantajosa. Com efeito, é indiscutível que a regularidade fiscal seja de interesse público geral, mas sua imposição no instituto em exame, incluída como distinto interesse público específico, a ser diretamente tutelado no processo licitatório sem nenhuma vantagem direta relativa à satisfação do interesse público específico objeto da licitação –

ADI 3735 / MS

que é a busca da proposta mais vantajosa – não pode ser feita senão com previsão na Constituição e jamais legalmente acrescida como uma nova condição autônoma para licitar, ainda porque, as respectivas Fazendas Públicas interessadas **têm seus apropriados meios autônomos**, tanto para cobrar como para discutir eventualmente a legalidade de seus créditos (...)” (MOREIRA NETO. *Op Cit.* p. 206. Grifou-se).

Em sentido contrário, deve-se mencionar uma vez mais a função extraeconômica da licitação, analisada acima. Em respeito a esse contraponto, portanto, passo ao teste da necessidade.

A medida é desnecessária por haver outros meios tão eficientes para proteção dos consumidores, que não comprometem a competitividade do certame, a exemplo da preferência como critério de desempate entre propostas. Como sabido, o teste da necessidade importa avaliar se a medida viola o direito contraposto mais do que o necessário para o propósito que almeja, ou seja, se haveria meio menos restritivo que provoque o mesmo resultado.

A instituição de *preferência* criaria um incentivo aos agentes econômicos a colaborar com os fins públicos e indiretamente puniria aqueles que descumprissem suas obrigações. Por representar critério de desempate, a regra de preferência estimularia a elaboração de propostas mais vantajosas, aumentando a economicidade da Administração Pública. É solução intermediária que atingiria a finalidade da exigência sem limitar a concorrência.

Sequer se cogitaria da necessidade da Lei 3.041/2005 com base na **possibilidade de o contrato envolver relação de consumo**. Como visto, a excepcionalidade da situação demonstra a desproporcionalidade da norma, que poderia se restringir a esses casos.

Apesar disso, mais uma vez em respeito à função regulatória da licitação, passa-se a análise da último subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito.

A medida é desproporcional em sentido estrito por importar um custo à sociedade e aos cofres públicos maior que os benefícios

ADI 3735 / MS

decorrentes da eventual proteção ao consumidor.

Ora, se a condenação em órgãos de defesa do consumidor não impede sequer que o consumidor aviltado contrate novamente com o fornecedor condenado – e é desejável que assim seja, para que não haja restrição à liberdade de contratar dos indivíduos –, menos razão ainda haveria de impedir a contratação com o poder público, dado que os custos com licitação e contratos públicos são repartidos por toda a sociedade.

Por oportunas, repisem-se as lições de Eros Grau acerca do *interesse público geral e de grupo* transcritas acima, tendo em vista a **repartição social dos ônus**. Como visto, a competitividade não representa apenas economicidade aos cofres públicos – o que por si só seria de extrema relevância, sobretudo no contexto de grave crise econômica que enfrentamos – mas ainda um ganho de eficiência que favorece indistintamente toda a sociedade. Corresponde, dessa forma, ao interesse público geral, em oposição ao interesse público de um grupo específico, os consumidores.

Aliás, importante consideração deve ser feita a esse respeito. A **influência da concorrência nos custos com contratação pública** foi objeto de estudo empírico realizado por pesquisadores do Banco Mundial. Especificamente no setor de infraestrutura, a conclusão foi de que, nos países em desenvolvimento, seria possível economizar até 8,2% dos custos totais de investimentos mediante a promoção de maior competição em certames licitatórios (ESTACHE, Antonio; IIMI, Atsushi. *Benefits from competition for infrastructure procurements and financial needs reassessed*. p. 03-04).

Há, por fim, um aspecto importante referente à **livre concorrência**.

Por ser o Estado contratante um importante agente econômico, alijar determinado segmento de mercado das licitações públicas pode comprometer a **viabilidade econômica dessas empresas e, conseqüentemente, a competitividade externa à licitação**. Assim, haveria menos concorrentes em setores privados do mercado e menos opções para os próprios consumidores.

ADI 3735 / MS

É preciso redobrada cautela na concordância prática dos princípios fundamentais da Ordem Econômica. Deve-se evitar que discursos bem intencionados produzam efeitos colaterais nocivos ao próprio interesse que se pretende tutelar.

III – Conclusão

Consoante o sopesamento feito pelo constituinte ao estabelecer a regra do artigo 37, inciso XXI, da CRFB, qualquer exigência que comprometa a ampla competitividade do certame licitatório, além do necessário para a melhor execução do contrato, pode ser considerada inconstitucional por violação aos princípios da eficiência e da economicidade, além de atentar contra a livre concorrência.

A restrição à participação em contratações públicas não se afigura mecanismo adequado, necessário, nem proporcional de proteção ao consumidor. A defesa do consumidor deve ser promovida por instrumentos que não aniquilem a livre concorrência, também princípio basilar da Ordem Econômica, e que se apresentem mais profícuos no desiderato a que se propõem.

Ex positis, voto pela **procedência** do pedido, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei 3.041/05 do Estado do Mato Grosso do Sul, bem como das Leis 1.179/91, 1.399/93, 1.537/94 e 2.453/02, por ela revogadas, pelas mesmas razões.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO -

Presidente, vou subscrever a primeira parte do voto do Ministro Teori Zavascki e colher, dessa primeira parte, lição do administrativista Marçal Justen Filho, a revelar:

"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" - a disciplina da União - "por todos os entes federados (inclusive da Administração Indireta), atinente à disciplina de": - Requisitos exaurientes? Não - "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;" - e, por último - "f) regime jurídico da contratação administrativa."

O consumidor mereceu do Constituinte de 1988, embora não pareça, uma atenção toda especial. Nós verificamos que veio disciplina transitória no artigo 48 e que se versou também, em diversos artigos: menciono o 5º, XXXII; o 150, § 5º; o 170, 5º, quanto ao princípio alusivo à ordem econômica; quanto à participação dos usuários na

ADI 3735 / MS

Administração Pública e Direta, art. 37, § 3º e, também, quanto aos direitos dos usuários, 175, parágrafo único, II. Foi além o Constituinte de 1988, Presidente, ao prever, no art. 24, a legitimação concorrente, a legitimação concorrente quanto à defesa do consumidor.

O que se tem em Mesa para se avaliar se o diploma é consentâneo ou não com a Constituição Federal? Uma lei que, nessa trilha de defesa ao consumidor, previu a exigibilidade de uma certidão, uma certidão de - ela aí teria que ser negativa - violação dos direitos do consumidor e o fez, a meu ver, a partir da razoabilidade, a partir da proporcionalidade ao explicitar em que situações jurídicas não se terá a certidão. A primeira delas, descumprimento de sanção administrativa, e mesmo assim, se quer contratar com a Administração Pública, fixada em decisão definitiva na qual o fornecedor tenha sido condenado. Sentença judicial de âmbito individual transitado em julgado, em que, no mérito, o fornecedor tenha sido condenado por ofensa a direito do consumidor e, mesmo assim, ele quer contratar com a Administração Pública para bem servir, certamente. Três, sentença judicial de âmbito coletivo prolatada nas ações coletivas propostas - e aí se diz a partir de que dispositivos -, transitadas em julgado, em que, no mérito, o fornecedor tenha sido

ADI 3735 / MS

condenado por ofensa a direito do consumidor. E, por último, execução de termo de ajustamento de conduta em que o próprio empresário admitiu o desvio e formalizou um termo de ajustamento de conduta.

Reconheço, Presidente, que, nas certidões e também nos requisitos do art. 27 da Lei nº 8.666/93, não se tem alusão a essa certidão. Mas é interessante constatar-se que se exige a certidão de regularidade fiscal. Quer dizer, pouco importa que tenha sido condenado pelo desprezo ao consumidor, que mereceu tratamento especial pela Carta de 1988; mas, se não estiver quites com o fisco, não pode participar de licitação. E também certidão trabalhista, o nada consta da Justiça do Trabalho em termos de reclamação ajuizada.

Presidente, a meu ver, o Estado atuou, atuou em campo alusivo à defesa do consumidor e atuou sem inobservar as normas gerais, editadas pela União, visando a protegê-lo; atuou a partir de razoabilidade, na espécie, proporcionalidade.

Não tenho como apontar que, ante a legitimação concorrente prevista na Constituição Federal, ocorreu, mediante a edição desse diploma - que, como foi dito da tribuna, deveria ser adotado por todas as unidades da federação -, incorreu, Presidente, o legislador local

ADI 3735 / MS

em inobservância a balizas previstas na Carta da República.

Por isso, ficando com a primeira parte do voto do Ministro Teori Zavascki e não com a última parte, que está em folha e meia, julgo improcedente o pedido formalizado na inicial da ADI.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Peço vênia, Senhor Presidente, para, acompanhando o dissenso iniciado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, julgar improcedente a presente ação direta e confirmar, em consequência, a plena validade constitucional da Lei nº 3.041, de 07/07/2005, editada pelo Estado de Mato Grosso do Sul.*

É o meu voto.

08/09/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735 MATO GROSSO DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu vou pedir vênia à divergência para acompanhar integralmente o eminente Relator e o faço com base em dois fundamentos.

Em primeiro lugar, entendo também como o Ministro Teori Zavascki que aqui houve uma inconstitucionalidade formal, *data venia*, flagrante, porque, à guisa de regulamentar o artigo 27 da Lei 8.666/93, o Estado do Mato Grosso do Sul acabou incluindo um requisito genérico e, dessa forma, ofendeu, de maneira frontal, o artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, que atribui à União a competência exclusiva de baixar normas gerais em matéria de licitação.

Mas também entendo, com o devido respeito aos Colegas que me precederam, que aqui estamos diante de uma inconstitucionalidade de natureza material também. Quando a Lei sul-mato-grossense 3.041/2005 exige que, no âmbito da Administração Pública, para que um particular ou uma pessoa jurídica participem de uma licitação, devem apresentar o que chama de “certidão de violação dos direitos do consumidor”. Essa é uma palavra que impacta. Fosse uma certidão negativa de violação dos direitos do consumidor tudo bem, mas ela já vem com este enunciado: certidão de violação do direito do consumidor. Onde é que essa certidão de violação haverá de ser buscada? Nos Procons locais. E, aí, qualquer decisão administrativa, judicial, seja ela individual ou coletiva, ou mesmo uma inexecução de um termo de ajustamento da conduta, já levará à emissão de uma certidão de violação dos direitos do consumidor positiva.

Eu entendo que esse documento, a meu ver, exigido dessa forma, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e mais, fere a liberdade de contratar e a livre iniciativa, que são os pressupostos do

ADI 3735 / MS

nosso sistema econômico, ademais de aumentar ainda o custo Brasil.

Todos nós sabemos que a Lei 8.666, a Lei de Licitações, é extremamente complexa, inviabiliza as licitações na prática e facilita as fraudes. Quer dizer, agora, exigimos mais um documento dessa natureza; com todo o respeito à boa intenção do legislador sul-mato-grossense, e também prestando a devida homenagem ao princípio, que é fundamental, da defesa do consumidor que integra a nossa Constituição, penso que nós estamos diante não só de um vício de natureza formal, mas também material, no que diz respeito à inconstitucionalidade dessa norma.

É assim que voto para declarar procedente essa Ação Direta de Inconstitucionalidade.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.735

PROCED. : MATO GROSSO DO SUL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO
SUL

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 3.041/2005, do Estado de Mato Grosso do Sul, inexistindo efeito repristinatório em relação às leis anteriores de mesmo conteúdo, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Falou pelo Estado de Mato Grosso do Sul o Dr. Ulisses Schwarz Viana, Procurador do Estado. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.09.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos
Assessora-Chefe do Plenário