

SÚMULAS VINCULANTES EM MATÉRIA DE LICITAÇÃO E AS PERSPECTIVAS DA PEC N. 22/2017

BINDING PRECEDENTS IN THE MATTER OF BIDDING AND THE PERSPECTIVES OF PEC N. 22/2017

Alex Rodrigues de Lima¹
Izabel Sabino de Sousa²

Resumo: O presente trabalho visa analisar a temática da edição de súmulas vinculantes em matéria de licitação por parte dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, onde houver. As disposições trazidas pelo artigo 172 da proposta da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), o qual foi vetado, buscou inserir no ordenamento jurídico pátrio uma espécie de “súmula vinculante” para o Tribunal de Contas da União (TCU). Desse modo, o referido diploma legal provocou diversas discussões no meio acadêmico e jurídico sobre o tema. Com isso, objetiva-se verificar a possibilidade jurídica de implementação do instituto do enunciado de súmula vinculante como atribuição dos Tribunais de Contas dos estados e dos municípios, onde houver. Fazendo uso da metodologia hipotético-dedutiva, busca-se situar a temática da súmula vinculante em matéria de licitação no contexto constitucional vigente e sua aplicabilidade perante o sistema de controle externo do Brasil. Ao final, conclui-se pela possibilidade jurídica do referido instituto, uma vez que a aprovação da PEC n. 22/2017 tem o condão de propiciar a edição de enunciado de súmula vinculante em matéria de licitação como atribuição dos Tribunais de Contas.

Palavras-chave: Licitações. Súmula vinculante. Pacto federativo. PEC n. 22/2017.

Abstract: The present work aims to analyze the theme of the editing of binding summaries in terms of bidding by state and municipal Audit Office, where applicable. The provisions brought by article 172 of the proposal of Law No. 14.133/2021 (New Bidding Law), which was disallowed, sought to insert in the Brazilian legal system a kind of “binding summary” for the Federal Audit Office (TCU). Thus, the aforementioned legal diploma provoked several discussions in academic and legal circles on the subject. Therefore, the objective is to verify the legal possibility of implementing the institute of the binding summary statement as an attribution of the Audit Office of the states and municipalities, where applicable. Making use of the hypothetical-deductive methodology, the aim is to situate the binding summary in the bidding matter in the current constitutional context and its applicability before the external control system in Brazil. In the end, it concludes that the aforementioned institute is legally possible, since the approval of PEC N. 22/2017 has the power to allow the publication of a binding summary statement in the matter of bidding as an attribution of the audit courts.

Keywords: Bids. Binding Precedent. Federative pact. PEC n. 22/2017.

1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Mestrando em Gestão Pública e Cooperação Internacional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduando em Direito Administrativo. Estagiário-Residente no Ministério Público do Estado da Paraíba. Ex-estagiário do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. ar.lima.br@gmail.com.

2 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Mestranda em Gestão Pública e Cooperação Internacional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-graduanda em Direito Constitucional. Estagiária-Residente no Ministério Público do Estado da Paraíba. sabinoizabel@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda a temática das licitações públicas e a sua fiscalização por parte dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, onde houver. Em abril de 2021 entrou em vigor a Nova Lei das Licitações (Lei n. 14.133/2021), advinda do Projeto de Lei (PL) n. 4.253/2020, o qual tramitou por quase dez anos no Congresso Nacional e trouxe diversas mudanças nas áreas de licitações e contratos administrativos, como: a extinção e criação de modalidade licitatória, prazo de vigência de contratos, virtualização dos procedimentos, inversão de fases da licitação etc., visando tornar a Administração Pública mais eficiente e mais célere no ato de celebrar contratos para a realização de obras e para a aquisição de bens e serviços.

Embora acerte em alguns pontos, a referida Lei falhou ao tentar implementar no ordenamento jurídico uma espécie de *súmula vinculante* para o Tribunal de Contas da União (TCU), obrigando os Tribunais de Contas estaduais e municipais, onde houver, a sujeitarem suas decisões às balizas daquele Tribunal. Esta disposição, presente no artigo 172 do referido diploma legal, suscitou uma grande discussão no meio acadêmico e jurídico por constituir uma inequívoca afronta à autonomia dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, o que veio a provocar o seu veto integral. Tal situação reacende o estudo sobre a PEC n. 22/2017, um caminho possivelmente viável para o tema aqui abordado.

Inicialmente, este trabalho abordará o contexto histórico e o estudo da temática do dever de licitar e sua previsão na Constituição Federal de 1988. Logo após, é trazido à baila a temática do modelo de controle externo adotado no Brasil, narrando sobre o Sistema de Tribunais de Contas e sua competência para fiscalizar a despesa pública no estágio da licitação. Em seguida, este trabalho aborda a Nova Lei de Licitações, dispondo sobre seu processo legislativo e fazendo um breve estudo sobre os novos institutos ali trazidos, bem como tece considerações sobre o veto ao artigo 172.

Ao final, discute sobre a possibilidade jurídica para a edição de súmulas vinculantes por parte dos Tribunais de Contas, à luz do ordenamento jurídico pátrio. Como conclusão, propõe-se a aprovação de proposta de emenda à Constituição já em tramitação (PEC n. 22/2017) como forma de viabilizar a edição de súmula de caráter vinculante em matéria de licitação.

2 O PANORAMA DO DEVER DE LICITAR

De acordo com o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, o termo *licitar* significa “dar lanço em leilão ou hasta pública; disputar a arrematação de bens que se vão vender por esse meio”. O professor Alexandre Mazza (2012) afirma, em seu manual, que licitação é o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como

locar ou adquirir bens públicos, estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta (MAZZA, 2012, p. 320). Em termos gerais, entendemos que o instituto da licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública adquire bens ou serviços de terceiros, visando satisfazer o interesse público.

A história da licitação no Brasil inicia com a edição do Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862, o qual aprovou as regras para aquisição de bens e serviços por parte do antigo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, vejamos o artigo primeiro:

Art. 1º Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concertos de obras cujas despesas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arrematação, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arrematação, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas. (BRASIL, 1862).

O aludido Decreto previa a disponibilização de anúncios para os concorrentes e o dever destes apresentarem caução ou fiador como forma de participação nos certames.

Em 1922, houve a edição do Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Este Decreto instituiu o Código de Contabilidade da União e em seu artigo 50 previa uma concorrência pública com publicação em diário ou jornal oficial, atentemos:

Art. 50. A concurrencia publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta. (BRASIL, 1922).

Cinco anos depois, houve a edição do importante Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual versou sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a reforma administrativa. Este Decreto destinou o título XII para tratar sobre normas relativas às licitações para compras, obras, serviços e alienações. Ao analisarmos este Decreto, verifica-se que, em relação aos decretos anteriores, foi a primeira vez que houve a menção do princípio da licitação, conforme artigo 126: as compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação (BRASIL, 1967). Com a entrada em vigor deste Decreto, havia uma discussão sobre sua aplicação por parte dos Estados e Municípios, o que ocasionou a apresentação do Projeto de Lei n. 1.081 de 1968. Tem-se a seguir um trecho da exposição de motivos do aludido Projeto de Lei (PL):

O referido Decreto-Lei não esclarece, porém, se as normas seriam aplicáveis, igualmente, aos Estados e Municípios. Esta situação tem criado dúvidas na aplicação dos textos legais, ocasionando

critérios diversos nas licitações, o que acarreta, pela contínua falta de uniformidade, prejuízos às administrações estaduais e municipais e aos interessados nos contratos. (BRASIL, 1968).

Em seguida, o projeto supradito é aprovado e dá origem à Lei n. 5.456, de 20 de junho de 1968, a qual pacificou o entendimento e determinou a aplicação dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei n. 200/67 aos Estados e Municípios.

Até este momento, o instituto da licitação sempre foi tratado com pouca exclusividade, constando dentro de normas esparsas, o que logo mudou com o advento do Decreto-Lei n. 2.300, 21 de novembro de 1986. Nesse sentido, verifica-se que houve uma preocupação maior com o tema. O Decreto-Lei n. 2.300/86 tratou exclusivamente sobre licitação, trazendo princípios, definições, modalidades, limites e penalidades. Vejamos o artigo 1º: este Decreto-Lei institui o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica. (BRASIL, 1986).

A primeira constituição a prever normas sobre licitação foi a Constituição Cidadã de 1988. A constitucionalização do instituto da licitação mostra a importância que fora dada ao tema. Como visto nos parágrafos anteriores deste tópico, a licitação sempre foi tratada por meio de Decreto, Lei e, até mesmo, pelo extinto instrumento do “Decreto-Lei”. O legislador constituinte viu a necessidade de garantir princípios gerais em licitação no texto constitucional, por entender a importância do tema para o dia a dia das administrações públicas. A Constituição Federal reservou o inciso XXI do artigo 37 para dispor sobre o princípio da licitação, consideremos:

Art. 37 [...]

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.

Ao longo do texto constitucional de 1988 vemos a menção de matéria correlata à licitação nos artigos 22, inciso XXVII (competência legislativa privativa da União para edição de normas gerais em matéria de licitação e contratação por parte da Administração Pública), 173, inciso III (instituição de normas em matéria de licitação e contratação para as estatais, dando origem à Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016) e 175 (dever de realização de licitação para a delegação da execução de serviços públicos ao setor privado, em regime de concessão ou permissão).

Seguindo no contexto histórico da licitação, no ano de 1991 nasce o Projeto de Lei da Câmara n. 1.491/1991, o qual versou sobre a regulamentação do artigo

37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 e sobre a instituição de normas para licitações e contratos da Administração Pública. Após sua tramitação, o referido Projeto de Lei deu origem à Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. No mesmo ano de conversão do projeto na Lei n. 8.666/93 este diploma legal já passou a ter propostas de modificações, como os Projetos de Lei da Câmara Federal n. 4155/1993, 4076/1993, 4057/1993, e 4095/1993.

É sabido que a necessidade de adequar o Direito aos anseios sociais é antiga. O Direito precisa acompanhar a evolução dos fatos sociais, sob pena de gerar desigualdades e injustiças. Nesse sentido, diz Paulo Nader (2016) que o Direito de um povo se revela autêntico, quando retrata a vida social, quando se adapta ao momento histórico, quando evolui à medida que o organismo social toma novas dimensões (NADER, 2016, p. 12).

A evolução de mecanismos tecnológicos, a necessidade de modernização e agilização de processos de contratação e compras tornaram cruciais as mudanças na Lei Geral de Licitações e Contratos, o que deu origem ao Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, aprovado em 2016. Ao chegar na Câmara, recebeu o registro de Projeto de Lei n. 6.814/2017, mas em 25 de junho de 2019 foi declarado prejudicado e prevaleceu um projeto mais antigo, o PL n. 1.292/1995, este, sendo aprovado na Casa de Representantes do Povo em 17 de setembro de 2019. Por sofrer diversas modificações no texto original, o projeto retornou ao Senado para deliberação, recebendo o número de registro 4.253/2020, tendo sua redação final aprovada em 10 de março de 2021. O PL n. 4.253/2020 foi transformado em norma jurídica sob a epígrafe da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual será objeto de estudo em tópico específico.

Como visto anteriormente, o instituto da licitação é uma preocupação antiga da Administração Pública. É um procedimento que visa garantir mais transparência, isonomia e economicidade nas contratações públicas. Tal procedimento deve ser encarado pelo gestor público como um princípio a ser seguido no dia a dia da Administração.

3 O CONTEXTO HISTÓRICO DO CONTROLE EXTERNO NO BRASIL

A forma de governo republicana e o regime de governo democrático pressupõem o dever de zelo pela coisa pública. O poder é conferido ao governante para que este faça bom uso e persiga os reclames populares. Sendo assim, espera-se, em princípio, que o governante atue com boa-fé e respeito a *res pública*. No entanto, cabe ao Estado se municiar de instrumentos para fiscalizar os atos do governante no trato da coisa pública. Se no passado o monarca utilizava as riquezas oriundas do povo em proveito próprio e sem fim público específico, no regime republicano o governante tem o dever de prestar contas dos atos que pratica em nome do povo.

O controle da administração pública cabe ao povo (controle externo popular), aos representantes do povo (controle externo legislativo) e à própria entidade controlada (controle interno). Segundo o professor Valdecir Pascoal (2009), o controle da Administração Pública nos Estados modernos é exercido por meio de dois sistemas: a) Tribunais ou Conselhos de Contas; b) Controladorias ou auditorias gerais (PASCOAL, 2009, p. 121). O professor Pascoal ensina, ainda, que o modelo de Tribunais de Contas é adotado em países de tradição latina, como Alemanha, França, Portugal etc. Já o modelo de controladoria ou auditoria geral, ensina o professor, é adotado em países de tradição britânica, como Inglaterra, África do Sul, Austrália, Canadá etc. O legislador constitucional brasileiro, ao tratar da temática do controle externo da Administração Pública, optou por adotar o modelo de Tribunais de Contas. Entendemos que o legislador constitucional julgou necessário, além do controle interno, a existência de uma entidade estranha ao órgão controlado, possuindo estrutura própria e desvinculada, garantindo-lhe autonomia e condições de se opor aos atos da administração.

Fazendo-se um estudo sobre a Coleção das Leis do Império, é possível concluir que desde o período imperial havia uma preocupação com as finanças públicas. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 previu algo que hoje vem a ser considerado um orçamento público (art. 170), embora pouco arrojado. Mas, somente em 1830, foi efetivamente posto em prática o artigo 170 da Constituição Imperial. Vejamos o que dizia o artigo 20 da Lei de 15 de dezembro de 1830: “A receita do Império no futuro ano financeiro é orçada em quinze mil contos de réis.” (BRASIL, 1830).

O artigo 170 da Constituição Imperial previa também a instituição de um Tribunal, que logo depois vem a ser o modelo de Tribunal de Contas adotado no Brasil. Mas só foi em 1890 que o primeiro protótipo de Tribunal de Contas foi idealizado. Ruy Barbosa, Ministro da Fazenda, à época, apresentou ao então presidente o decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, o qual continha a seguinte ementa: “Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despeza da Republica” (BRASIL, 1890). Na exposição de motivos do referido Decreto, Ruy Barbosa pontuou:

Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover ás necessidades publicas mediante o menor sacrificio dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saibo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado (TCU, 1890).

A primeira constituição republicana institucionalizou o Tribunal de Contas da União e conferiu-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa

e verificar a sua legalidade antes de serem prestadas ao Congresso Nacional (TCU, 2021). A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, destinou o artigo 89 para prever:

É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

Mais de um ano após a promulgação da Constituição de 1891 foi editado o Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892, o qual destinou o título II para regulamentar efetivamente o Tribunal de Contas. O aludido Decreto tratou sobre a composição, jurisdição, competência, atribuições, funcionamento, quadro de servidores, estrutura organizacional, procedimentos e recursos no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU).

Nos tempos atuais, a Constituição de 1988 determina que o controle da Administração Pública fica a cargo do Congresso Nacional, o qual será exercido com auxílio do Tribunal de Contas. Ao longo dos artigos 70 a 75, o legislador constituinte instituiu todo o sistema de controle externo do país. As competências dos Tribunais de Contas existentes no Brasil são idênticas, mudando-se apenas a jurisdição de cada um. Sendo assim, enquanto os Tribunais de Contas estaduais atuam, em regra, sobre contas estaduais e municipais, o Tribunal de Contas da União atua sobre recursos oriundos da União.

Importante mencionar que predomina na doutrina o entendimento de que, embora o titular do controle externo seja o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas não possuem dependência ou qualquer subordinação em relação a este Poder. Os Tribunais de Contas são órgãos que gozam de autonomia financeira e administrativa, não se vinculando a qualquer dos poderes da república. Embora haja divergência doutrinária, entende-se que os Tribunais de Contas não estão inseridos em nenhum dos Poderes da República. Não está alocado no Poder Executivo, pois não há base territorial para que se possa prestar serviços públicos típicos do Executivo, como: educação, saúde, transporte, assistência social etc. Também não está alocado no Poder Legislativo, pois é incapaz de inovar no ordenamento jurídico, criando direitos ou obrigações. Também não integra o Poder Judiciário, pois suas decisões não fazem coisa julgada.

Sendo assim, entende-se que os Tribunais de Contas são um complexo orgânico *sui generis*, que goza de autonomia financeira e administrativa, cuja razão de ser impõe a inexistência de vínculo ou subordinação aos Poderes da República. Essa autonomia é necessária para que a sua função se cumpra. Qualquer subordinação aos Poderes da União poderia causar interferência em suas atividades, desvirtuando, assim, as suas decisões.

Resumindo este tópico, o sistema de controle interno adotado pelo Brasil instituiu o modelo de Tribunal de Contas, cabendo a este fiscalizar todo e qualquer dispêndio público no âmbito de sua competência. Ensina o direito financeiro que a despesa pública possui estágios, a saber: licitação, empenho, liquidação e pagamento. Nesse sentido, os Tribunais de Contas possuem competência para fiscalizar as licitações perpetradas pelos órgãos e entidades sujeitos a sua jurisdição, vez que estas culminarão em despesa pública.

4 A NOVA DE LEI DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS

Verifica-se, em tópico anterior, que a evolução do instituto da licitação andou a passos curtos. Após a previsão do princípio da licitação no artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988, somente em 1993 houve a efetiva regulamentação, com o advento da Lei Geral de Licitações e Contratos n. 8.666/1993. O dinamismo das relações sociais e os avanços tecnológicos obrigam o Direito a se adaptar à realidade. No mesmo ano de 1993, diversos projetos de lei foram apresentados para a modificação da Lei Geral de Licitações. Ao longo de vinte e sete anos de vigência, a referida Lei sofreu modificações pontuais. Mas somente agora, no ano de 2021, entrou em vigor a Nova Lei das Licitações e Contratos, a qual traz consigo modificações substanciais em matéria de licitação.

Também vimos em tópico anterior que houve a necessidade de atualização da Lei de Licitações e Contratos para se adaptar às necessidades administrativas, dando origem ao Projeto de Lei do Senado n. 559/2013, o qual foi aprovado em 2016. Ao Chegar à Câmara, recebeu o registro de Projeto de Lei n. 6.814/2017, mas em 25 de junho de 2019 foi declarado prejudicado e prevaleceu um projeto mais antigo, o PL n. 1.292/1995, este, sendo aprovado na Câmara Federal em 17 de setembro de 2019. Por sofrer diversas modificações no texto original, o projeto retornou ao Senado para deliberação, recebendo o número de registro 4.253/2020, tendo sua redação final aprovada em 10 de março de 2021. O PL n. 4.253/2020 foi enviado para sanção do Presidente da República, sendo convertido na norma jurídica de número 14.133, de 1º de abril de 2021.

A Lei n. 14.133/2021 traz modificações significativas em matéria de contratação pública. Nos parágrafos a seguir, destaca-se alguns pontos importantes sobre as novidades introduzidas pela nova Lei das Licitações e Contratos.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos acerta ao trazer definições sobre institutos antes lacunosos, dentre eles, a definição do instituto da ata de registro de preços e das figuras do órgão gerenciador e órgão participante, popularmente conhecido por “carona” (art. 6º, XLVI, XLVII e XLVIII).

Seguindo a linha de raciocínio dos artigos 5º, IX, da lei nº 13.460/2017 e 3º, I, II e III, da Lei n. 13.726/2018, o novo diploma legal suprime formalidades desnecessárias, como a apresentação de cópia autenticada em cartório (art.12, IV).

Depreende-se da Nova Lei das Licitações que há um profundo apelo do legislador para o emprego de novas tecnologias no processo licitatório (art. 12, VI, e art. 17, §2º).

Buscando agilizar o procedimento licitatório, o legislador se inspira nas disposições da Lei do Pregão e inverte as fases da licitação (art. 17 e art. 28). A partir de agora, a fase de apresentação e julgamento das propostas será anterior à fase de habilitação. Pelas disposições da Lei n. 8.666/93, na maioria das modalidades de licitação, essas fases ocorrem de forma inversa. Essa sistemática ajuda a agilizar todo o procedimento, uma vez que a administração irá se ater, primeiramente, aos documentos de habilitação dos licitantes já vencedores na fase de apresentação e julgamento das propostas.

Visando trazer segurança à execução dos contratos administrativos, a Nova Lei das Licitações determina a criação de matrizes de risco, já na fase preparatória da licitação (art. 18, X).

Outra novidade da Lei 14.133/2021 é a determinação de criação de programa de integridade do licitante vencedor de licitações consideradas de grande vulto (art. 24, §4º). Importante destacar que, em certos casos, o chamado programa de integridade servirá como critério de desempate (art. 60, IV) e como baliza para aplicação de penalidade ao licitante e sua reabilitação (art. 156, §1º, inciso V, e art. 163, parágrafo único).

Quanto às modalidades de licitação, foram extintos os institutos do convite e tomada de preços e houve a criação da nova modalidade chamada de diálogo competitivo (art. 28).

Além disso, a Nova Lei das Licitações fixou prazos de até dez anos para vigência de contratos de serviços ou fornecimentos contínuos (artigos 106 e 107).

Por fim, destacamos como uma das grandes inovações trazidas pela proposta da Nova Lei das Licitações o art. 172, o qual assevera:

Art. 172. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o *caput* deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados. (BRASIL, 2021).

Ao chegar à Presidência, a proposta da Nova Lei das Licitações sofreu vinte e dois vetos, os quais foram comunicados ao Congresso Nacional por meio da Mensagem n. 118, de 1º de abril de 2021. **Dentre os dispositivos vetados, consta o artigo 172.**

Passa-se a analisar os argumentos que depõem contra a constitucionalidade do dispositivo vetado.

Da análise dos artigos 71 ao 75 da Constituição Federal, que tratam das competências dos Tribunais de Contas, verifica-se que inexistia previsão de instituição de súmula vinculante por parte do TCU, em matéria de licitação, bem como inexistia o dever de os Tribunais locais acompanharem o entendimento sumulado. Ora, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), conviveu por longos anos sem o instituto da *súmula de caráter vinculante*. Foi necessária a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição - PEC n. 96/1992 para possibilitar ao STF a edição de súmula de caráter vinculante. A chamada *PEC da reforma do judiciário* visou dar mais celeridade e eficiência ao judiciário brasileiro. Vejamos um trecho da justificativa da PEC n. 96/1992, ao falar da ineficiência do judiciário, à época:

O “déficit nos seus julgamentos requer uma providência capaz de aproximá-la de seus jurisdicionados, com a entrega da decisão dos litígios de maior interesse da União, à Justiça estadual, que está aparelhada para esse mister. (BRASIL, 1992).

Nesse sentido, após a tramitação da proposta anterior, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Esta emenda introduziu o artigo “103-A” no texto constitucional para propiciar ao STF a edição de súmulas de caráter vinculante, vejamos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (BRASIL, 1988).

Segundo esse raciocínio, verifica-se que o artigo 172 da proposta da Nova Lei das Licitações é, de fato, inconstitucional, pois seria necessária a edição de emenda constitucional para propiciar ao TCU a edição de súmula de caráter vinculante. Chama-se de inconstitucionalidade formal a situação em que a matéria legislativa em tramitação não observa o regular processo legislativo ou há ilegitimidade do autor da proposta. Sendo assim, para que a ideia a que se propõe o artigo vetado pudesse se concretizar, ou seja, houvesse a criação de súmula vinculante para o TCU, em matéria de licitação, deveria haver uma nova proposta de emenda ao texto constitucional, nos termos do artigo 60 da Constituição Federal. No entanto, mesmo que o projeto da Nova Lei das Licitações fosse proposto por via de emenda constitucional, ainda assim, haveria uma afronta ao princípio federativo, caracterizando sua inconstitucionalidade material, conforme será visto adiante.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, adotamos a forma federativa de Estado. O federalismo é o sistema político em que ocorre a união de mais de um Estado, visando a formação de uma nação, sem que cada unidade federativa perca sua autonomia.

A autonomia dos entes federados significa dizer que as unidades federativas podem instituir suas próprias leis, leis orgânicas e constituições. A autonomia confere, também, o poder de escolha de seus próprios governantes, bem como autoriza organizar e gerir a máquina administrativa. A autonomia não se confunde com soberania, uma vez que a primeira orbita o campo interno de cada Estado e a segunda atua no plano internacional, conferindo a capacidade de não se subordinar às vontades de outros organismos internacionais. O legislador constituinte comunga desse entendimento. Os Estados e os municípios brasileiros, nos termos da Constituição Federal, gozam de autonomia para dispor sobre suas próprias estruturas administrativas, definindo os órgãos e entidades que deverão prestar as funções estatais em cada base territorial.

Nesse sentido, cada unidade federativa possui ato constitutivo próprio, quadro de pessoal próprio, receitas próprias etc. Nesse passo, entende-se que somente cada unidade federativa pode dispor sobre as competências e atribuições de seus órgãos e entidades, respeitadas as normais gerais e constitucionais aplicáveis, conforme o caso. Seguindo esse raciocínio, não poderia uma lei federal impor uma obrigação a um órgão estadual/municipal sem respaldo constitucional. É justamente isso a que se propôs o artigo objeto de veto.

O artigo vetado impõe aos Tribunais de Contas estaduais e municipal, onde houver, que abra mão de sua autonomia e se sujeite a uma espécie de *súmula vinculante* do Tribunal de Contas da União em matéria de licitação, sem que haja previsão constitucional para tanto. O artigo em comento constitui inequívoca afronta ao princípio federativo, uma vez que somente os Estados e Municípios que possuem Tribunal de Contas podem fixar competências para seus órgãos, nos termos da Constituição Federal.

Negar às Cortes de Contas locais autonomia para decisão em matéria licitatória é inequívoca afronta ao princípio federativo. O pacto federativo brasileiro já confere à União um exacerbado poder centralizador. Criar o instituto da *súmula vinculante* para o TCU configuraria um agigantamento do poder central, desvirtuando a ideia do federalismo. Nas palavras do Doutor Rafael de Lazari (2018), o modelo federativo brasileiro é equilibrado, partindo apenas de uma abstrata previsão de autonomia de seus entes. O que existe, isso sim, é uma preponderância da União. E, enquanto a União não concordar em abrir mão “de verdade” de parcela dessa quantidade incrível de poder, jamais seremos uma federação verdadeira (LAZARI, 2018). A chamada repartição constitucional das receitas tributárias é outro exemplo da concentração de receita pública por parte do poder central, onde a União fica com maior parte dos recursos e os Estados e Municípios arcam com as maiores responsabilidades.

Por tais considerações, conclui-se que foi feliz, o Presidente da República, ao vetar o artigo 172 da proposta da Nova Lei das Licitações, uma vez que, nas próprias palavras da mensagem do veto presidencial, o dispositivo: “viola o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), bem como viola o princípio do pacto federativo (art. 1º, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF).” (BRASIL, 2021).

5 AS PERSPECTIVAS DA PEC 22/2017

É importante mencionar, com base nesse estudo, que há uma tendência de hierarquização do sistema de controle externo do Brasil. Esse entendimento se extrai da tentativa fracassada do artigo 172 presente na proposta da Nova Lei das Licitações, bem como da proposta de emenda à Constituição n. 188/2019, ainda em tramitação, a qual cria uma espécie de recurso e súmula vinculante para o TCU. Vejamos o que diz o artigo 2º da PEC n. 188/2019:

Art. 2º Os arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, **71, 74**, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

Art. 71

XII - consolidar a interpretação das leis complementares de que tratam os arts. 163, 165, § 9º, e 169, por meio de Orientações Normativas que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terão efeito vinculante** em relação aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 5º Da decisão de Tribunal de Contas dos Estados, do Distrito Federal, ou de Tribunal ou Conselho de Contas dos Municípios, que contrariar a orientação normativa ou que indevidamente a aplicar, caberá, na forma da lei de que trata inciso XII do *caput*, **reclamação ao Tribunal de Contas da União** que, julgando-a procedente, anulará a decisão reclamada e fixará prazo para que outra seja proferida. § 6º Em caso de descumprimento do prazo fixado conforme o § 5º, o Tribunal de Contas da União avocará a decisão. (BRASIL, 2019). (**Grifos nosso**).

É inquestionável o mérito de ambas as proposições (artigo 172 da proposta da Nova Lei das Licitações e PEC n. 188/2019). O instituto da súmula vinculante proporciona celeridade processual e evita a tomada de decisões dúbias, garantindo a uniformização de entendimentos a nível nacional e respeitando o princípio da segurança jurídica. No entanto, o meio como se deseja alcançar esse resultado é inconstitucional em as ambas proposições, uma vez que violam o princípio federativo. Alternativa para se chegar ao mesmo resultado o legislador nacional já propôs. Em pesquisa no site do Senado Federal, encontra-se em tramitação a proposta de emenda constitucional n. 22/2017.

A PEC n. 22/2017 propõe a inclusão de um artigo “73-A” ao texto constitucional para instituir um conselho de Tribunais de Contas a nível nacional. Este conselho seria composto por onze membros, os quais representariam a União, os Estados, os Municípios que possuem Tribunais de Contas, a Ordem dos Advogados do Brasil, os Ministérios Públicos de Contas e a sociedade civil. A referida PEC fixa como competência deste conselho a uniformização dos julgados dos Tribunais de Contas, vejamos:

Art. 4º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 73-A:

“Art. 73-A. O Conselho Nacional dos Tribunais de Contas compõe-se de onze membros com mais de trinta e cinco anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§6º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira dos Tribunais de Contas e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, bem como assegurar a uniformidade de interpretação de normas no âmbito de sua atuação, cabendo-lhe:

[...]

VIII – **uniformizar a jurisprudência dos Tribunais de Contas**, na forma dos §§8º e 9º.

[...]

§8º Fica criada a **Câmara de Uniformização de Jurisprudência**, composta pelos membros dos Tribunais de Contas que integram o Conselho, e presidida por seu Presidente, ao qual é assegurado o direito de voto em todos os processos, e suas sessões serão preferencialmente virtuais.

§9º Compete à Câmara de Uniformização de Jurisprudência, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I – reconhecer, por maioria absoluta, de ofício ou por provocação de Tribunal de Contas, a existência de controvérsia atual acerca da interpretação de norma constitucional ou de âmbito nacional entre os Tribunais de Contas que acarrete grave insegurança jurídica ou relevante prejuízo do ponto de vista fiscal, financeiro, orçamentário, econômico, patrimonial, contábil e social;

II – reconhecer a controvérsia, **aprovar, por maioria absoluta, enunciado de caráter vinculante** em relação aos Tribunais de Contas, acerca da interpretação de norma; e

III – julgar reclamação contra decisões dos Tribunais de Contas que contrariem enunciados da Câmara, podendo anulá-las e determinar novo julgamento.” (BRASIL, 2017). (**Grifos nosso**).

A tese a que se propõe a PEC n. 22/2017 atende ao princípio federativo, uma vez que a composição do referido Conselho garantiria a descentralização de suas decisões. Segundo esse modelo, o Conselho poderia reconhecer controvérsias entre os Tribunais de Contas, quando da interpretação e aplicação de normas como a Lei de Responsabilidade Fiscal, direito financeiro e licitações, e, assim, editar enunciados de caráter vinculante. Essa, portanto, seria a solução mais viável para se

proporcionar uma uniformização das decisões dos Tribunais de Contas em matéria de licitação, como pretendia o artigo 172 da proposta da Nova Lei das Licitações. Nesse sentido, cabe à sociedade civil organizada e às instituições representativas dos Tribunais de Contas e auditores de contas cobrar do Congresso Nacional a deliberação e aprovação da PEC n. 22/2017.

6 CONSIDERAÇÕES

Este artigo destinou o seu primeiro tópico para tratar sobre o panorama da licitação, discorrendo sobre seu conceito, seu contexto histórico e entendendo a sua importância para a garantia de uma contratação com poder público de forma justa e com economicidade. Em seguida, este estudo abordou o sistema de controle externo no Brasil, onde verificou-se que o legislador constitucional preferiu adotar o modelo de Tribunais de Contas, bem como abordou a competência desses Tribunais para fiscalização da despesa pública, ainda na fase licitatória. Logo após, o presente estudo narrou sobre a proposta da Nova Lei de Licitações e Contratos, abordando todo o seu processo legislativo e trazendo à baila as inovações e principais pontos do novo diploma legal. Ao final, este estudo discorreu sobre as perspectivas da PEC n. 22/2017, a qual cria um Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e outorga-lhe competência a edição de sumula de caráter vinculante, inclusive em matéria de licitação.

O instituto da licitação garante a escolha da proposta mais vantajosa para a administração pública. Por outro lado, o procedimento licitatório garante um ambiente de competição sadio e isonômico aos licitantes. Sendo assim, compete ao gestor público o dever de conduzir o procedimento licitatório nos termos da norma regente e sempre tendo a ciência de que cabe ao controle externo a fiscalização deste procedimento em todas as suas fases. No entanto, essa fiscalização, no contexto jurídico atual, deve ficar a cargo da Corte de Contas à qual o ente licitante está vinculado, não havendo margem constitucional para a fiscalização do Tribunal de Contas da União, mediante enunciado de súmula de caráter vinculante, como propõe o fracassado artigo 172 da proposta da Nova Lei das Licitações e a PEC n. 188/2019. Isso porque, como visto anteriormente, a configuração da redação de ambos os dispositivos fere o princípio federativo, uma vez que representa um agigantamento do poder central.

Por fim, advoga-se que cabe ao Congresso Nacional a articulação política para a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas, nos termos propostos pela PEC n. 22/2017, para, assim, possibilitar a este Conselho o reconhecimento de controvérsias por via de súmula de caráter vinculante, inclusive em matéria de licitação, garantido a uniformização das decisões dos Tribunais de Contas do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei de 15 de dezembro de 1830. **Orça a receita e fixa a despesa para o ano financeiro de 1831-1832**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1830. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38056-15-dezembro-1830-565833-publicacaooriginal-89571-pl.html#:~:text=0r%C3%A7a%20a%20receita%20e%20fixa,e%20Defensor%20Perpetuo%20do%20Brazil. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862. **Aprova o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Comércio e Obras Públicas**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1862. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890. **Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes à receita e despesa da República**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-966-a-7-novembro-1890-553450-publicacaooriginal-71409-pe.html>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922. **Organiza o Código de Contabilidade da União**. Brasília: Presidência da República, 1922. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1.081/1968. **Dispõe sobre a aplicação nos Estados e Municípios das normas relativas às licitações previstas no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1968. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=187032>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.300, 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 96/1992. **Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1992. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 22, de 2017. **Propõe a criação do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas (CNTC), enquanto instrumento de aprimoramento da função constitucional desses órgãos**. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 188, de 2019. **Estabelece medidas de ajuste fiscal aplicáveis ao custeio da máquina pública**. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139704>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Mensagem n. 118, de 1º de abril de 2021. **Razões do veto ao Projeto de Lei n. 4.253, de 2020, 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

BRASIL. MENSAGEM n. 118, DE 1º DE ABRIL DE 2021. **Veto ao Projeto de Lei n. 4.253, de 2020, 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

LAZARI, R. D. Migalhas. **União e federalismo centrípeto: uma análise crítica quanto à concentração de poderes**, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/federalismo-a-brasileira/281025/uniao-e-federalismo-centripeto-uma-analise-critica-quanto-a-concentracao-de-poderes>. Acesso em: 31 mar. 2021.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASCOAL, V. F. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TCU, T. D. C. D. U. **Revista do TCU**. Exposição de motivos de Rui Barbosa, 1890. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/11113/1171>. Acesso em: 28 mar. 2021.

TCU, T. D. C. D. U. Institucional. **História do Tribunal de Contas da União (TCU)**, 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/historia/historia-do-tcu.htm>. Acesso em: 28 mar. 2021.