

Potencial inconstitucionalidade material do art. 159 da nova lei de licitações e contratos e suas eventuais limitações ao cálculo de superfaturamento em obras públicas

Rafael C. Di Bello, Rafael Martins Gomes e Victor Hugo Moreira Ribeiro¹

O artigo tem por objetivo apresentar uma análise preliminar acerca da possível inconstitucionalidade do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), e o seu potencial conflito com as competências dos Tribunais de Contas descritas no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, convém mencionar que já elaboramos outro artigo acerca dos problemas envolvendo o veto presidencial apenas ao parágrafo único do referido art. 159 da NLLC, publicado pelo Ibraop², aqui trataremos mais especificamente sobre o *caput* desse artigo.

O *caput* do art. 159 da NLLC – Lei nº 14.133/2021 foi sancionado com a seguinte redação:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão **apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.** (destaques acrescentados)

Observa-se que a NLLC deu preferência a que, nos casos em que infrações cometidas também sejam enquadradas como atos lesivos da Lei Anticorrupção (LAC) – Lei nº 12.846/2013, a **apuração e o julgamento** do caso sejam feitos exclusivamente pela autoridade competente estabelecida na LAC.

A autoridade competente para determinar a apuração de responsabilidade de pessoa jurídica nos termos da LAC está descrita em seu art. 8º:

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica **cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário**, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

Observa-se, portanto, que a LAC atribuiu a competência para apuração dos casos enquadrados como atos lesivos em seu art. 5º à autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesado, seja dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Isso significa que, conjugando-se o art. 159 da Lei nº 14.133/2021 com o art. 8º da LAC, nos casos em que

¹ Auditores Federais de Controle Externo do TCU, Engº Civis, pós-graduados, Professores de Auditoria de Obras Públicas.

² Disponível em https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/05/2Veto_ao_paragrafo_unico_Art_159_-_Di_Bello_-_Rafael_Martins_-_Victor_Ribeiro_-_TCU_ERRATA.pdf. Acesso em 24/05/2021.

infrações tenham sido cometidas em licitações realizadas pelo Poder Executivo, caberá à autoridade máxima do órgão contratante (lesado) a apuração do caso.

O rol de atos lesivos previstos na LAC está listado em seu art. 5º:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, **que atentem contra o patrimônio público nacional** ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou **contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil**, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

(...)

f) **obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública**, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) **manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; (destaques acrescidos)**

Da leitura atenta do art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g”, é possível observar que os atos lesivos ali descritos constituem também espécies de **superfaturamento** de contratos públicos, o que atrai, sem sombra de dúvidas, a competência dos Tribunais de Contas para o julgamento final do prejuízo ao erário provocado pelos atos lesivos praticados por agentes e empresas, por força do art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Eventualmente, na omissão dos entes lesados e do controle interno, pode o Tribunal de Contas, excepcionalmente, levar a efeito toda a apuração, até o seu julgamento final (nos termos da Instrução Normativa TCU nº 71/2012, sobre Tomadas de Contas Especiais). No ponto, cabe assinalar que essa excepcionalidade virou regra nos grandes casos de quantificação de prejuízos no âmbito das obras públicas envolvidas na Operação Lava Jato e congêneres.

Ocorre que o art. 159 da Lei nº 14.133/2021 excluiu os Tribunais de Contas da apuração e julgamento dos casos de **superfaturamento previstos no art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g” da LAC**, já que **expressamente** atribuiu essa competência às autoridades máximas de órgãos e entidades do Poder Executivo.

Isso tem o potencial de, caso o Veto não seja derrubado no Congresso Nacional, esvaziar as tomadas de contas especiais instauradas pelos Tribunais de Contas, já que **a apuração e julgamento do caso não caberá mais ao colegiado independente e autônomo da Corte de Contas, mas à autoridade máxima de um órgão do Poder Executivo, por exemplo.**

Trata-se de uma potencial inversão de papéis entre o controle externo, previsto na Constituição Federal, e o controle interno, o qual **não foi desenhado constitucionalmente para ter poderes jurisdicionais, haja vista o disposto no art. 74 da Constituição Federal.**

Se tal cenário normativo já traz perplexidade no âmbito federal, causam maior preocupação as consequências que podem vir a ocorrer em estados e municípios.

Com efeito, os titulares dos órgãos de Controle Interno não possuem independência e autonomia asseguradas constitucionalmente. Tais órgãos também não contam com colegiados, que legitimem a possibilidade de procederem julgamentos definitivos.

Por essa razão, vislumbra-se uma potencial colisão do art. 159 da Lei nº 14.133/2021 com o disposto no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988. A redação dada ao art. 159 da NLLC, ao não ressaltar as competências dos Tribunais de Contas, pode ter

incurrido numa inconstitucionalidade material, podendo prejudicar uma maior efetividade na auditoria de obras públicas.

**** Eventuais opiniões expressas no artigo são pessoais e não expressam posicionamento institucional do TCU.**

Referências bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm
Acesso em 05/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013.** Lei Anticorrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 05/05/2021.

BRASIL. **Instrução Normativa TCU nº 71 de 28 de novembro de 2012.** Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%252071%252F2012/%2520/score%2520desc/0/%2520?uuid=883c5320-f9f5-11ea-973f-2f7eb5b908f6>. Acesso em 05/05/2021.