

# Veto ao Parágrafo Único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos: Impacto dos Acordos de Leniência sobre o Controle Externo das Obras Públicas

Rafael C. Di Bello, Rafael Martins Gomes e Victor Hugo Moreira Ribeiro<sup>1</sup>

O artigo tem por objetivo apresentar uma análise preliminar acerca do Veto Presidencial ao parágrafo único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), e o seu potencial impacto sobre as futuras auditorias de obras públicas.

O PL 4253/2020 – Nova Lei de Licitações dispunha o seguinte:

Art. 159. Os atos previstos como **infrações** administrativas nesta Lei **ou em outras leis de licitações e contratos administrativos** 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**.<sup>2</sup>

**Parágrafo único.** Na hipótese do *caput* deste artigo, se for celebrado acordo de leniência nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá **isentar** a pessoa jurídica das **sanções** previstas no art. 156 desta Lei e, **se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente**, das **sanções** previstas na sua **respectiva lei orgânica**. (destaques acrescidos)

De uma leitura superficial desse dispositivo, poder-se-ia argumentar que o art. 159 seria similar ao art. 17 da Lei nº 12.846/2013, chamada “Lei Anticorrupção” (LAC):

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de **ilícitos previstos na Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993, com vistas à **isenção** ou atenuação das **sanções** administrativas **estabelecidas em seus arts. 86 a 88**. (destaques acrescidos)

Contudo, enquanto o art. 17 da LAC trata tão somente das sanções da Lei nº 8.666/1993, o art. 159 da NLLC inclui “**outras leis de licitações e contratos administrativos**”, introduzindo dúvidas sobre a extensão/limite dos “julgamentos” e das “isenções de sanções” pelo Controle Interno. Afinal, a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU, LO-TCU) traz disposições sobre análise de licitações e sanções associadas, a exemplo do seu art. 46:

Art. 46. Verificada a ocorrência de **fraude** comprovada à **licitação**, o **Tribunal declarará a inidoneidade** do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de **licitação** na Administração Pública Federal. (destaques acrescidos)

O **parágrafo único** do art. 159 do PL 4253 deixava clara a intenção do Congresso

<sup>1</sup> Auditores Federais de Controle Externo do TCU, Eng.º Civis, pós-graduados, Professores de Auditoria de Obras Públicas.

<sup>2</sup> A CGU pode avocar qualquer processo de responsabilização – PAR, mesmo à revelia do ente lesado, conforme art. 8º, §2º, da Lei nº 12.846/2013.

Nacional de preservar as competências, constitucionais e legais, dos Tribunais de Contas, inclusive sua independência para aplicação das sanções previstas em suas respectivas Leis Orgânicas, evitando tentativas de usurpação de tais competências pelo Controle Interno. Ademais, o trecho vetado estaria em consonância lógica com os incisos I e II do art. 30 da própria Lei nº 12.846/2013<sup>3</sup>, dispositivos esses que preservam a aplicação de sanções da Lei nº 8429/1992 e de outras normas de licitações e contratos da administração pública, independente das sanções estipuladas na LAC.

Restava claro que os acordos de leniências, negociados em sigilo, não podem conceder amplas isenções (verdadeira anistia), sem qualquer manifestação favorável dos Tribunais de Contas. Cabe lembrar que o TCU possui inúmeros processos de Auditorias e Tomada de Contas Especiais na área de obras públicas, envolvendo valores bilionários e empresas que firmaram acordos de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU).

Ocorre que, em 1º/4/2021, a **Lei nº 14.133/2021** (NLLC) foi sancionada mantendo apenas o *caput* do art. 159, com **veto apenas ao parágrafo único**. As justificativas encontram-se na Mensagem de Veto nº 118/2021<sup>4</sup>:

A **Controladoria-Geral da União** e a **Advocacia-Geral da União** opinaram pelo **veto** ao dispositivo transcrito a seguir:

**Parágrafo único do art. 159 (...)**

**Razões do veto**

“A propositura legislativa estabelece que na hipótese de ser **celebrado acordo de leniência** nos termos da **Lei nº 12.846**, de 1º de agosto de 2013, a **Administração** também poderá **isentar** a pessoa jurídica das **sanções** previstas no art. 156 desta Lei e das **sanções previstas** na sua respectiva **lei orgânica**.<sup>5</sup>

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, a medida, ao **prever a participação de órgão auxiliar do Poder Legislativo** na aplicação de **instrumento típico do exercício do Poder Sancionador** da Administração Pública, **viola o princípio da separação dos poderes**, inscrito no art. 2º da Constituição da República.

Ademais, a **extensão dos efeitos** promovidos pelo **acordo de leniência** de que trata a Lei nº 12.846, de 2013<sup>6</sup> se inserem dentro da **função típica da Administração Pública** e **não se confundem** com a atividade de **fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercidas pelo Poder Legislativo**, o que acaba por **extrapolar as competências** conferidas pelo constituinte, por intermédio do **art. 71 da Carta Magna**.

Outrossim, a medida **contraria o interesse público**, ao **condicionar a assinatura** do acordo de leniência à **participação do Tribunal de Contas** respectivo, **ainda que restrito às suas sanções**, criando uma **nova etapa no procedimento**, o que poderia levar a um **enfraquecimento do instituto**.” (destaques acrescidos)

Observa-se, de pronto, que as razões do Veto, além de trazerem redação confusa, afirmam que a atribuição constitucional do Controle Externo se daria apenas sobre as vertentes de fiscalização “contábil, financeira e orçamentária”, **omitindo** as fiscalizações **operacionais** e **patrimoniais** conduzidas pelo TCU para avaliar a gestão inclusive das sociedades de economia mista, como Eletronuclear e Petrobras (vítimas da corrupção).

Outro aspecto omitido das razões de veto é que a Constituição Federal atribuiu **expressamente** poder sancionador ao TCU – art. 71, inciso VIII, da Carta Magna. Nesse sentido, uma atribuição constitucional ao tribunal de contas, órgão independente e formado

<sup>3</sup> Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

<sup>4</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm). Acesso em 05/05/2021.

<sup>5</sup> Aqui não fica claro se a isenção é apenas da “Lei Orgânica” da CGU ou avança sobre a LO-TCU.

<sup>6</sup> No caso federal, é a CGU quem celebra o acordo, conforme art. 16, § 10, da Lei nº 12.846/2013.

por um colegiado, foi considerada, nas razões de veto publicadas pelo Executivo, como uma suposta extrapolação de competências.

Confira-se os **arts. 70 e 71** (inc. II, IV, VII e VIII) da Constituição Federal, sobre as competências de fiscalização **operacional e patrimonial**, e sanções do TCU associadas:

Art. 70. A **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, **operacional e patrimonial** da União e das entidades da **administração direta e indireta**, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, **mediante controle externo**, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre **dinheiros, bens e valores públicos** ou pelos quais **a União responda**, ou que, em nome desta, assumira **obrigações de natureza pecuniária**. (redação da EC nº 19, de 1998)

Art. 71. O **controle externo**, a cargo do Congresso Nacional, **será exercido** com o auxílio do **Tribunal de Contas da União**, ao qual **competete**: (...)

II - **julgar as contas** dos **administradores e demais responsáveis** por **dinheiros, bens e valores públicos** da administração direta **e indireta** (...) e as contas daqueles que derem causa a **perda, extravio ou outra irregularidade** de que **resulte prejuízo ao erário público**; (...)

IV - realizar, por **iniciativa própria**, (...) **inspeções e auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, **operacional e patrimonial**, nas **unidades administrativas** dos Poderes Legislativo, **Executivo** e Judiciário, e **demais entidades** (...)

VII - **prestar as informações** solicitadas pelo Congresso Nacional (...) sobre a **fiscalização** contábil, financeira, orçamentária, **operacional e patrimonial** e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - **aplicar aos responsáveis**, (...) as **sanções previstas em lei** (destaques acrescidos)

Com as devidas vênias, não merece prosperar o entendimento de que o Veto somente ao parágrafo único do art. 159 (e não ao artigo todo) não trará qualquer prejuízo à atuação do TCU. Na prática, o *caput* do art. 159 da NLL, especialmente após atenta leitura das razões do Veto elaboradas por CGU e AGU, a qual carrega em si um entendimento de que **o art. 46 da Lei nº 8.443/1992 (LO-TCU) poderá estar submetido à vontade do Controle Interno** nos casos em que forem celebrados acordos de leniência pela CGU, **causa uma possível mutilação das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas**. Não é demais lembrar que os principais acordos da CGU foram firmados com as empreiteiras da Lava Jato, que já respondem a diversos processos do Fiscobras/TCU, existentes há mais de duas décadas<sup>7</sup>.

É plausível o cenário no qual a CGU tentará concentrar todas as atividades de apuração **e julgamento (a redação legal do art. 159 utiliza a expressão “apurados e julgados”)** de quaisquer atos lesivos comparáveis aos da Lei nº 12.846/2013 (LAC), podendo, em face do observado nos casos da Operação Lava Jato, firmar acordos de leniência para “perdoar” quaisquer atos lesivos, inclusive ignorando, por completo, as vultosas parcelas de superfaturamentos que vão muito além das propinas (art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g” da LAC), já apurados pelo TCU e pela Perícia da Polícia Federal. Há inclusive declaração pública do Ministro da CGU dizendo que “*não dá pra discutir o tamanho do tijolo*”<sup>8</sup>, a qual aparenta não levar em consideração todo o trabalho técnico de cálculo do dano ao Erário e, principalmente, o peso “dessa enorme pilha de tijolos” na dissuasão da corrupção. Ao se permitir que empreiteiras corruptas, já investigadas há anos, nos

<sup>7</sup> Conforme publicação disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-20-anos.htm>. Acesso em 05/05/2021.

<sup>8</sup> Conforme publicação disponível em <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/26/sem-retomada-cgu-ve-risco-de-calote-em-acordos-de-leniencia.ghtml>. Acesso em 05/05/2021.

Fiscobras/TCU e na Operação Lava Jato, continuam recebendo vultosos recursos públicos, uma vez que não poderão ser declaradas inidôneas, está a se defender a irrelevância do efeito dissuasório, ou seja, mesmo diante do promissor ferramental do Direito Consensual, o crime continua a compensar.

Com a nova NLLC, o Controle Interno ganha poderes para, inclusive, tornar sem efeito sanções aplicadas por Tribunais de Contas. Assim, ao menos em tese, há uma enorme concentração de poder nas mãos de apenas dois agentes políticos, subordinados ao chefe do Poder Executivo: os Ministros da CGU e da AGU. Tal realidade posta-se em desalinho com a Intosai P\_50: *“entidades fiscalizadoras **que possuam poderes de aplicação de sanções**, sendo caracterizadas como entidades com poderes jurisdicionais, **necessitam que sua instância decisória** possua garantias legais explícitas que assegurem sua independência em relação às autoridades públicas, **a exemplo de inamovibilidade e vitaliciedade**”* (destaques acrescidos).

Em outras palavras, órgãos de estatura constitucional (os Tribunais de Contas) e que contam com um colegiado, a fim de dar legitimidade a seus poderes jurisdicionais (art. 4º da Lei nº 8.443/1992), terão uma de suas atribuições mais relevantes (a aplicação da sanção de inidoneidade às empresas fraudadoras de certames públicos) potencialmente submetidas ao crivo de órgãos ligados ao Poder Executivo, os quais não contam com colegiado ou com garantias de independência e autonomia de sua alta gestão.

Em síntese, tem ocorrido um cenário de potencial concentração de poderes sancionatórios e até mesmo jurisdicionais em órgãos que não foram constitucionalmente desenhados para essa finalidade, haja vista que o art. 74 da Constituição Federal de 1988 não atribui essa competência ao controle interno.

Se na esfera federal tal cenário já causa perplexidade, pode-se imaginar que consequências essa situação poderá ter nos entes subnacionais (estados e municípios), alguns dos quais com controles internos sabidamente deficientes e governança frágil.

Cabe adicionar o fato de que, na prática, o Controle Interno mantém praticamente todas as apurações **sob sigilo**, por anos a fio. Com efeito, os anexos dos acordos de leniência firmados pela CGU e pela AGU, mesmo aqueles que digam respeito apenas a seus aspectos financeiros, são mantidos fora do alcance do controle social, cenário que, caso extrapolado para os Estados, DF e Municípios, gera enorme preocupação.

Frente ao que se expôs, entende-se oportuno que os órgãos de controle externo evitem esforços para exercerem seu poder punitivo sem quaisquer limitações advindas do controle interno, em vista do arcabouço constitucional (art. 71 e inciso IV do art. 74), mas também do que está disciplinado nos incisos I e II do art. 30 da própria Lei nº 12.846/2013, buscando ajustar a dosimetria das sanções apenas nos casos em que o produto dos acordos de leniências se mostrar útil às competências das diversas Cortes de Contas do país.

**\*\*Eventuais opiniões expostas 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em 05/05/2021.

BRASIL. PL 4253/2020. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8939824&ts=1615559848815&disposition=inline>. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm). Acesso em 05/05/2021.

BRASIL. Lei nº 8.443 de 16 de julho de 1992. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm). Acesso em 05/05/2021.

TCU. FISCOBRAS 20 Anos. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-20-anos.htm>. Acesso em 05/05/2021.

INTOSAI. INTOSAI 50 *Principles of jurisdictional activities of SAIs*. 2019. Disponível em [https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open\\_access/INT\\_P\\_11\\_to\\_P\\_99/INTOSAI\\_P\\_50/INTOSAI\\_P\\_50\\_en.pdf](https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_11_to_P_99/INTOSAI_P_50/INTOSAI_P_50_en.pdf). Acesso em 05/05/2021.