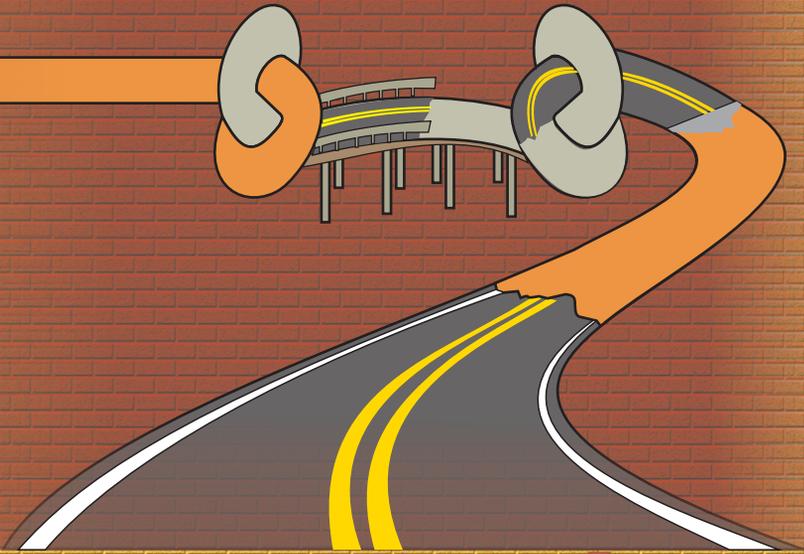




SENADO FEDERAL

SENADOR FERNANDO COLLOR

PARALISAÇÃO DE OBRAS:



**MAIS UM NÓ DA
INFRAESTRUTURA**

BRASÍLIA – DF



Senado Federal

Senador FERNANDO COLLOR

PARALISAÇÃO DE OBRAS: MAIS UM NÓ DA INFRAESTRUTURA

Brasília – DF

Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Serviços de Infraestrutura.

Paralisação de obras : mais um nó da infraestrutura / Fernando Collor. -- Brasília : Senado Federal, Gabinete do Senador Fernando Collor, 2013.

26 p.

1. Infraestrutura, Brasil. 2. Obras públicas, fiscalização, Brasil. 3. Brasil. Tribunal de Contas da União (TCU). I. Título.

CDDir 341.3526

APRESENTAÇÃO

A paralisação de obras de infraestrutura traz inúmeros prejuízos ao País. Aos custos diretos da paralisação da obra – como aqueles decorrentes da mobilização e desmobilização do canteiro de obra, da deterioração de serviços já realizados, do pagamento de aluguéis de equipamentos e de custos trabalhistas por período mais longo do que o previsto – soma-se o custo de oportunidade, já que, sendo o orçamento finito, a destinação de recursos para uma determinada obra se dá com o preterimento de outras obras que também seriam úteis. Sem esquecer, é claro, dos prejuízos sofridos pela população, que não pode usufruir dos benefícios da obra pública.

Esta é a tônica dos comunicados que fiz na Comissão de Serviços de Infraestrutura, aqui publicados como forma de divulgação de mais um dos gargalos enfrentados pela infraestrutura do país, qual seja, a recorrente paralisação de obras fundamentais, via de regra por auditorias do Tribunal de Contas da União.

Sem dúvida, há um excesso de rigor e uma falta de visão mais ampla da realidade prática do processo construtivo, que começa pelo projeto, passa pela licitação e que, durante a execução, sofre todo tipo de auditagem e fiscalização que, muitas vezes, ao buscarem a economia de recursos públicos, acabam por trazer mais prejuízos.

Trata-se, portanto, de textos para reflexão não só da sociedade, mas principalmente dos agentes públicos envolvidos nesse processo, e que podem, de uma forma ou de outra, ajudar na busca de soluções sem comprometer o devido e correto acompanhamento das obras e seus gastos.

Senador Fernando Collor

Presidente da Comissão de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA

Desde o início dos trabalhos da Comissão de Serviços de Infraestrutura, esta direção tem abordado e demonstrado preocupação com a paralisação de obras por parte do Tribunal de Contas da União, especialmente em grandes e importantes empreendimentos voltados para a melhoria e, em alguns casos, para a efetiva solução dos problemas que o país enfrenta nos diversos segmentos de sua infraestrutura.

A tônica das críticas não se volta para a necessidade ou não da fiscalização, muito menos para a relevância dessa imprescindível atividade de controle exercida por vários órgãos e serviços públicos, e até mesmo pela própria sociedade por meio de suas entidades representativas. A verdade é que, pelos fatos e notícias que nos chegam, vê-se que está havendo um excesso de rigor e uma ausência de sensibilidade e entendimento maior quando se trata de fiscalizar obras públicas.

Não bastassem exigências, burocracias e licenciamentos de toda ordem ligadas a questões sociais, orçamentárias e até mesmo arqueológicas – aliás, como bem frisou na última reunião o senador Blairo Maggi –, o Brasil enfrenta agora um verdadeiro novelo de exigências técnicas e morosidade na solução de problemas encontrados pelo TCU. São iniciativas que, ao fim, demonstram apenas um preciosismo de zelos muitas vezes infundados ou de fácil superação, mas que retardam o andamento de obras essenciais ao desenvolvimento do país e ao bem estar da população. E o pior, o atraso e a consequente retomada dos empreendimentos sempre acabam saindo mais caros aos cofres públicos do que os valores que supostamente se tentaram preservar. Quantas vezes não ouvimos falar em sobrepreços e aditivos de contratos, mas que, na verdade, na prática das construções, tornaram-se necessários simplesmente pelos prejuízos e deterioração das obras paralisadas inadequada ou inoportunamente?

O que se pede é uma maior consciência dos Tribunais de Contas da grande responsabilidade que têm ao paralisar uma obra por critérios e parâmetros facilmente contornáveis e muitas vezes desnecessários. A própria tese da demonstração de produtividade precisa ser revista. Não é deste tipo de produtividade e contabilização de feitos meramente fiscalizatórios que o Brasil necessita. Não tem sentido paralisar, por exemplo, 8 trechos de uma obra de rodovia para depois verificar que somente 2 trechos apresentavam de fato problemas sérios.

O caso da BR 101 em Alagoas é também simbólico desta letargia administrativa e burocrática do TCU. Não é admissível, em qualquer país desenvolvido ou sério, embargar uma obra por meses a fio para discutir se cabe ou não, ou a quem cabe, o pagamento de royalties pela exploração de uma pedreira fornecedora de brita. Ora, a obra tem que continuar, o empreendimento e os contratos devem ser respeitados sob pena de prejuízos, aí sim, incalculáveis. A discussão dos royalties, à parte da construção, pode perfeitamente ser feita em paralelo, ou mesmo mais adiante, em outras esferas e instâncias do poder público. O que não se admite, neste caso, é que essa questão seja motivo de paralisação de uma obra daquele porte, ainda mais por um período longo como é o caso. Parada desde setembro e prestes a acabar a estiagem, teremos ao fim um atraso de um ano e 3 meses, isso, se até lá, o assunto tiver sido resolvido. E os prejuízos gerados? A quem caberá reparar os danos causados? Ao TCU? Certamente que não... Por isso, é o caso até de se discutir a punição por ações danosas e irresponsabilidades como essa. Por que não podemos cobrar dos responsáveis pelos seus atos levianos e por suas decisões burocráticas e danosas ao país? Não seria então o caso de perguntar, afinal, quem fiscaliza o fiscal?

Não bastasse esse cenário tecnocrático, essas discussões bizantinas e essa postura de fiscais querendo ser mais ‘realistas do que o rei’, constatamos agora desmandos e regras absurdas dentro dos procedimentos administrativos e da sistemática de fiscalização e decisão do TCU. De um próprio ministro do Tribunal de Contas da União – vejamos as Sras. e Srs. Senadores – ouvi que a ele, Ministro do TCU, não é permitido estabelecer prazo à sua equipe técnica para devolução de processos. Ou seja, o ministro, o cargo mais alto na hierarquia do Tribunal, fica na dependência da vontade, do ritmo e do tempo de seus subalternos. A eles, técnicos e fiscais, muitas vezes recém saídos das universidades, cabem ditar a celeridade, ou a falta dela, da análise técnica,

sem nenhuma interferência da conveniência socioeconômica e de políticas públicas que deveria ser ditada ou imposta pelos ministros, os verdadeiros agentes decisórios. Ou seja, o andamento das obras do país está nas mãos de técnicos funcionalmente impúberes – talvez até em estágio probatório – e que, pelo visto, não têm o menor compromisso e o necessário conhecimento da realidade brasileira e da urgência que nossa infraestrutura requer.

Por tudo isso, precisamos até mesmo questionar o alcance do poder do TCU, a começar pelo que dispõe nossa Lei Maior, a Constituição Federal:

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

(...)

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

(...)

§1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Chama-se a atenção para os §§ 1º e 2º. O §1º atribui ao Congresso Nacional a adoção do ato de sustação, que será comunicado ao Poder Executivo para que sejam tomadas as “medidas cabíveis”. Só esse encadeamento, TCU – Congresso Nacional – Poder Executivo, já daria muito o que falar, mas o importante é registrar que o constituinte considerou por bem dar tratamento diferenciado para a sustação de contrato administrativo quando comparado com a sustação de ato administrativo “genérico”, inciso X do art. 71. Enquanto a sustação de ato administrativo pode ser realizada diretamente pelo TCU e posteriormente comunicada à Câmara dos Deputados e ao Sena-

do Federal, a sustação de contrato administrativo é um ato complexo do qual participam TCU, Congresso Nacional e Poder Executivo.

Se o art. 71 terminasse no §1º, não restaria dúvida de que o TCU não pode sustar contrato administrativo. O problema todo deriva do §2º, que determina, vencido prazo de noventa dias sem que Congresso Nacional ou o Poder Executivo efetivem “as medidas previstas no §1º”, o “Tribunal decidirá a respeito”. Decidir a respeito implica o quê? Essa é a pergunta de bilhões de reais.

Em respeito à integridade e à coerência da CF/1988, a resposta certa deve se harmonizar com o §1º. Ou seja, o TCU não pode decidir e realizar a sustação do contrato administrativo por conta própria. Não pode haver sustação à revelia do Congresso Nacional e do Poder Executivo. O §2º não é alternativa ao §1º, mas, sim, complemento. Outra conclusão geraria situações absurdas. Por exemplo, se o Congresso Nacional, diferentemente do que considera o TCU, decidir que não é caso de sustação do contrato, ainda assim deveria encaminhar o ato de sustação ao Poder Executivo? Ora, isso seria transformar o Congresso Nacional em ‘garoto de recados’ do TCU.

É digno de destaque, também – e aqui peço a atenção das Sras. e dos Srs. Senadores –, a forma como a sustação de contrato administrativo – ou seja, a paralisação de obras –, é regida no campo infraconstitucional. Vejam como a Lei 8.443, de 1992, a Lei Orgânica do TCU, trata do tema:

Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

§ 3º *Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.*

Notem como o legislador, no §3º, foi além do constituinte. Por determinação da Lei 8.443, de 1992, o TCU decidirá a respeito “da sustação do contrato”. Bem, talvez “decidir a respeito da sustação do contrato” não signifique “poder sustar o contrato de moto próprio”. O Regimento Interno do TCU, porém – vejam que absurdo –, fulmina qualquer dúvida quanto aos poderes do Órgão Auxiliar do Poder Legislativo:

Art. 251. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato em execução, o Tribunal assinará prazo de até quinze dias para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com indicação expressa dos dispositivos a serem observados, sem prejuízo do disposto no inciso IV do caput e nos §§ 1º e 2º do artigo anterior.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I – sustará a execução do ato impugnado;

II – comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III – aplicará ao responsável, no próprio processo de fiscalização, a multa prevista no inciso VII do art. 268.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, adotará a providência prevista no inciso III do parágrafo anterior e comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis.

(E aqui vem o principal)

§ 3º *Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.*

§ 4º *Verificada a hipótese do parágrafo anterior, e se decidir sustar o contrato, o Tribunal:*

I – determinará ao responsável que, no prazo de quinze dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão;

II – comunicará o decidido ao Congresso Nacional e à autoridade de nível ministerial competente.

De fato, é de se impressionar com o empoderamento do TCU no trajeto da CF/1988 até o Regimento Interno do Tribunal. O que se depreende desse quadro normativo? O TCU decide sozinho sobre a sustação de contrato administrativo. Se o Congresso Nacional e o Poder Executivo não tomarem as “medidas cabíveis”, não faz mal, o TCU as tomará, mas pelo menos, como consolo, não deixará de comunicar o decidido ao Congresso Nacional e às autoridades competentes. E aqui há de se perguntar: é possível e correto isso? Foi esta a intenção do constituinte? Até que ponto pode uma lei orgânica de um órgão auxiliar do Poder Legislativo e, pior, um regimento interno desse mesmo órgão exorbitar da Constituição Federal? É cabível aceitarmos isso, enquanto o país vê suas obras sendo paralisadas, na maioria das vezes, por questiúnculas tecnocráticas?

Enfim, esta Presidência mais uma vez deixa seu registro com o intuito de que os membros desta Comissão possam refletir e debater o assunto e chegar a um bom termo de como resolver este que está se tornando um dos maiores nós logísticos do país. Mais uma vez, lembro não se tratar de questionar a necessidade de fiscalização, mas tão somente os seus critérios, os seus métodos, a sua rigidez e, mais do que isso, a sua frieza e total insensibilidade do que, na prática, realmente importa ao país.

Lembro, por fim, que um início para o aprofundamento desse debate está no requerimento de informações que iremos apreciar hoje, tratando exatamente das atividades do TCU quanto aos procedimentos dos Planos de Fiscalização de Obras Federais FISCOBRAS, que é o item 3 de nossa pauta.

Sala da Comissão, em 3 de abril de 2013.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA

Tem sido recorrente ao longo dos trabalhos e audiências desta Comissão de Serviços de Infraestrutura a questão da fiscalização e auditoria dos grandes empreendimentos de infraestrutura em todo o país, com especial enfoque no problema da paralisação das obras por motivos os mais variados.

Trata-se de situação que acaba por causar conflitos dentro da própria administração pública, com divergências de opiniões e condutas entre órgãos públicos que, na prática, deveriam atuar coordenadamente.

A raiz das discordâncias entre órgãos executores de obras e os de controle e fiscalização é o fato de que esses “órgãos de contas” terem se transformados em “órgãos de engenharia”, pois na maior parte das vezes vêm atuando sem possuir a formação acadêmica e a experiência necessárias para compreender a complexidade técnica das situações analisadas. A grande maioria dos auditores mostra especial dificuldade em aceitar o espaço de discricionariedade do profissional na escolha de meios para atingir o resultado almejado, aspecto inerente à prática da engenharia, se não de todas as atividades profissionais.

Como agravante, há também o viés policialesco dado pelos auditores à interpretação do poder-dever de agir da administração pública quando aplicado aos órgãos de controle. Isso decorre, talvez, de inexperiência ou de imaturidade, quem sabe até de cultura do controle externo distorcida, eivada de moralismo fundamentalista que, de forma insana e injusta, e que, querendo ser mais realista do que rei, só se satisfaz ao encontrar os maiores desvios possíveis, concretos ou imaginários.

O que se tem visto é o servidor público auditado sendo vitimado por tratamento desnecessariamente ríspido, diminuído em sua competência profissional e degradado em sua dimensão moral. Faz-se terra arrasada do princípio da presunção de inocência, basilar na Constituição do Brasil e de

qualquer nação que queira ser chamada de civilizada. Cabe ao auditado comprovar sua inocência, em flagrante inversão do ônus da prova, tendo que interromper suas atividades produtivas e concentrar seus esforços na luta desesperada para salvaguardar-se de ações punitivas, que pendem, tal qual a espada de Dâmocles, de um fino fio sobre sua cabeça.

O exercício hipertrofiado da função de controle externo como vem sendo realizado por auditores, erroneamente travestidos em inquisidores, em nada contribui para a realização do importante papel constitucional desses órgãos de contas, pelo contrário, apenas projeta sombra maligna sobre o estado democrático de direito. E nem, ao menos, atende à economicidade, como poderiam pensar alguns, pois a consequência da ação de controle externo despropositada é a paralisação exagerada de obras, acarretando custos ao erário muito maiores do que os pretensos desvios detectados. Se, esquecer, é claro, o prejuízo sofrido pela população, que não pode usufruir dos benefícios da obra pública, cuja conclusão é atrasada por anos.

O Brasil que sonhamos está por ser construído. Ainda há muito a fazer para alcançarmos o desenvolvimento econômico e social capaz de garantir bem-estar a todos os brasileiros. Mas como o construiremos? Será, por acaso, transformando em escória do serviço público aqueles servidores que projetam, executam e gerenciam obras em todos os rincões de nosso País? Não bastassem todos os nós logísticos que já enfrentamos, será que agora perpetuaremos mais um gargalo na infraestrutura, qual seja, a paralisação indiscriminada e, muitas vezes, injustificável de obras públicas?

Sala da Comissão, em 24 de abril de 2013.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA

A paralisação de obras de infraestrutura traz inúmeros prejuízos para o País. Aos custos diretos da paralisação da obra – como aqueles decorrentes da mobilização e desmobilização do canteiro de obra, da deterioração de serviços já realizados, do pagamento de aluguéis de equipamentos e de custos trabalhistas por período mais longo do que o previsto – soma-se o custo de oportunidade, já que, sendo o orçamento finito, a destinação de recursos para uma determinada obra se dá com o preterimento de outras obras que também seriam úteis. Sem esquecer, é claro, dos prejuízos sofridos pela população, que não pode usufruir dos benefícios da obra pública.

A fundamentação constitucional e infraconstitucional da questão da paralisação de obras pelo Tribunal de Contas da União foi objeto de comunicados desta Presidência feitos nos últimos dias 3 e 24 de abril. Na ocasião, chamei a atenção para o chamado ‘empoderamento’ do TCU pela sucessão de normas, nos seguintes termos:

O que se verifica é uma verdadeira progressão normativa. A CF/1988 atribui ao TCU a prerrogativa de “decidir a respeito”. A Lei Orgânica do TCU esclarece que cabe à Corte “decidir a respeito da sustação do contrato”. Já o Regimento Interno da Corte de Contas cria a possibilidade de que o Tribunal determine ao responsável (pela execução do contrato ou por seu acompanhamento) que “adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão”.

Tem-se, no art. 251, § 4º, do Regimento Interno do TCU, mais uma inovação normativa, pois que a possibilidade de o Tribunal determinar a adoção de medidas ao responsável pelo contrato não está prevista expressamente na legislação.

Em complementação a esses comunicados, cabe agora aprofundar o tema sob a ótica da Lei Orçamentária Anual e a Indicação de Obras com Índícios de Irregularidades Graves, bem como sob o prisma do Exercício

do Poder Cautelar pelo TCU e, finalmente, a sua Atuação na Paralisação de Obras de Infraestrutura.

1. A Lei Orçamentária Anual e a Indicação de Obras com Índícios de Irregularidades Graves

Considerando os efeitos práticos sobre execução de obras públicas, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) em vigor, Lei nº 12.708, de 4 de abril de 2013, é mais importante do que o embate doutrinário sobre a extensão da competência constitucional do TCU para a sustação da execução de contratos administrativos.

O TCU deve comunicar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) em quais obras foram encontrados indícios de irregularidades graves. O Congresso Nacional tem a palavra final quanto ao enquadramento ou não dessas obras na classificação indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação (IGP). A LDO, no art. 93, § 1º, IV define a classificação IGP como:

IV – indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação – IGP, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública federal;¹

Caso o Congresso Nacional se decida pelo enquadramento na classificação IGP, a obra deverá ser listada em anexo específico da Lei Orçamentária Anual (LOA). Nessas situações, de acordo com a LDO, haverá o bloqueio

¹ O § 1º do art. 93 da LDO define mais dois tipos de indícios de irregularidades graves:

V – indicio de irregularidade grave com recomendação de retenção parcial de valores - IGR, aquele que, embora atenda à conceituação contida no inciso IV do § 1º, permite a continuidade da obra desde que haja autorização do contratado para retenção de valores a serem pagos, ou a apresentação de garantias suficientes para prevenir o possível dano ao erário, até a decisão de mérito sobre o indicio relatado; e

VI – indicio de irregularidade grave que não prejudique a continuidade - IGC, aquele que, embora gere citação ou audiência do responsável, não atende à conceituação contida nos incisos IV ou V do § 1º.

da execução física, orçamentária e financeira dessas obras. O desbloqueio só se realizará após deliberação do Congresso Nacional nesse sentido.

Os parâmetros para a decisão do Congresso Nacional quanto ao bloqueio ou desbloqueio da execução física, orçamentária e financeira de obras estão descritos no art. 94 da LDO:

Art. 94. O Congresso Nacional levará em consideração, na sua deliberação pelo bloqueio ou desbloqueio da execução física, orçamentária e financeira de contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos relativos aos subtítulos de obras e serviços com indícios de irregularidades graves, a classificação da gravidade do indício, nos termos estabelecidos nos incisos IV, V e VI do § 1º do art. 93, e as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução, em especial:

I – os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento;

II – os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento;

III – a motivação social e ambiental do empreendimento;

IV – o custo da deterioração ou perda das parcelas executadas;

V – as despesas necessárias à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – as despesas inerentes à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII – as medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; e

VIII – o custo total e o estágio de execução física e financeira de contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas.

.....
Note-se como o legislador, ao definir o processo de deliberação sobre o bloqueio ou o desbloqueio da execução física, orçamentária e financeira de obras, teve o cuidado de prever que se considerem não só as razões que

levam à indicação de IGP de uma obra, mas também as consequências para a sociedade advindas dessa decisão.

Por fim, destaque-se que a decisão pela inclusão – e sua retirada – de uma obra no cadastro daquelas com execução paralisada cabe sempre ao Congresso Nacional e não ao TCU.

Atualmente, constam do Anexo VI, “Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves - IGP”, da LOA de 2013, Lei nº 12.998, de 4 de abril de 2013, apenas três obras paralisadas por estarem classificadas como IGP. Aliás, obras essas que já se encontram paralisadas há pelo menos dois exercícios orçamentários.

Cumprе ressaltar que o bloqueio da execução física, orçamentária e financeira dessas obras não é irreversível. Se forem tomadas as medidas saneadoras determinadas, o TCU, por meio de acórdão, informa que o empreendimento está regularizado e pode voltar a receber recursos. Caberá, então, ao Congresso Nacional, mediante decreto legislativo baseado em deliberação da CMO, determinar o desbloqueio.

2. O Exercício do Poder Cautelar pelo TCU

Entre as ferramentas que o TCU dispõe para cumprimento de sua missão institucional incluem-se as medidas cautelares, regulamentadas na Lei Orgânica e no Regimento Interno da Corte de Contas. Não exaustivamente, por óbvio. O poder de cautela é amplo. De maneira análoga ao que ocorre nas cautelares decididas pela Justiça, o TCU pode atuar liminarmente quando existirem fortes indícios de irregularidades que possam lesar o erário de forma potencialmente irremediável. Uma cautelar deve ser decretada na exata medida da necessidade, mas deve ser útil, razoável e proporcional, no mínimo.

A concessão da cautelar prevista no art. 276 do Regimento Interno do TCU – suspensão de ato ou procedimento – pode, inclusive, ser decretada sem a oitiva prévia da parte contrária. A competência para adoção de cautelares é do Plenário do Tribunal, podendo, contudo, havendo urgência, serem decretadas por meio de decisão monocrática do relator do processo ou pelo Presidente do TCU, em situações peculiares. Ou seja, o corpo técnico da Corte de Contas pode propor, mas não decretar cautelares.

O STF, nos Mandados de Segurança 24.510/DF e 30.924/DF, já se pronunciou no sentido de que o poder geral de cautela do TCU tem amparo na CF/1988.

Na prática, as cautelares da Corte de Contas alcançam, principalmente, editais de licitação e, mais raramente, o pagamento por serviços não realizados. Mas esses não são os únicos alvos das cautelares. O contrato das obras da BR-101 no trecho do Estado de Alagoas, por exemplo, foi afetado por cautelar do TCU que determinava ao administrador a abstenção de pagamentos por determinados insumos acima de um valor de referência.

3. Atuação do TCU e a Paralisação de Obras de Infraestrutura

Na legislação aqui analisada, não se verificam situações em que o TCU, de moto próprio, suspenda a execução de contratos administrativos. Sendo assim, qual é a relação entre a atuação do órgão de contas federal e a paralisação de obras de infraestrutura? Para responder a essa pergunta, é preciso ir além do mundo normativo e avaliar o impacto da atuação do Tribunal nas situações concretas.

Certas decisões da Corte de Contas, sejam de cunho acautelatório, sejam de mérito, muito embora não determinem a sustação de contratos, acabam por provocar a paralisação e o atraso de obras de infraestrutura. O melhor exemplo desse tipo de situação são as decisões no sentido de que a Administração Pública não pague o preço contratualmente acordado devido a suspeita de sobrepreço.

Muitas vezes, a mera expectativa da determinação de restrição do pagamento do preço contratado pela prestação de determinado bem ou serviço pode levar a empreiteira a suspender preventivamente a obra. Isso ocorre porque existe um intervalo de tempo entre a conclusão do serviço e seu efetivo pagamento. Se a deliberação do TCU com restrições ao pagamento for decidida nesse período, a construtora poderá não ter como se ressarcir dos custos decorrentes da execução do serviço.

Além dessa ação de paralisação preventiva da obra por iniciativa da empreiteira, decisão prolatada pelo TCU determinando que o administrador abstenha-se de pagar o preço estabelecido no contrato por determinado bem ou serviço pode resultar, também, na rescisão do contrato pela Administração Pública.

Sendo bilateral o contrato administrativo, por definição, há obrigações recíprocas e equilibradas estabelecidas entre as partes. Esse equilíbrio é retratado na equação econômico-financeira do ajuste, que é assim definida por José dos Santos Carvalho Filho:

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.²

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é garantida no inciso XXI do art. 37 da CF/1988, e está a salvo, inclusive, das cláusulas exorbitantes, que resultam da supremacia do interesse público. Portanto, havendo decisão do TCU determinando que o administrador se abstenha de pagar por determinado bem ou serviço o preço já estabelecido no contrato, não há como implementar essa decisão sem a concordância do contratado. Caso o contratado rejeite a alteração do preço, só restará ao administrador a rescisão unilateral do contrato e a convocação de novo certame licitatório para a conclusão da obra, com todos os atrasos e custos adicionais daí decorrentes.

4. Considerações Finais (*sugestões e providências*)

A Administração Pública não é um fim em si mesma. Sua existência só se justifica na proporção em que for capaz de efetivar os serviços que dela são demandados pela sociedade. A interação dos diversos órgãos da Administração Pública, inerente ao Estado democrático de direito e necessária para a consecução dos objetivos da sociedade contemporânea, não pode ser um jogo de soma zero. Muito pelo contrário, a escassez de recursos para fazer frente às inúmeras necessidades da sociedade impõe à máquina pública atuação coordenada e sinérgica.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 179-180.

O sentimento de “dever cumprido” de cada órgão individualmente sem o concreto atendimento das demandas da sociedade é falso e inaceitável. Os órgãos executores e a fiscalização, exercida pelo Poder Legislativo, com auxílio do TCU, devem estreitar os laços de comunicação e, sem invadir as competências alheias, buscar as soluções que maximizem o bem comum.

Com esse horizonte em vista, é preciso diagnosticar as razões de tantas obras sofrerem atrasos e paralisações em função da fiscalização pelo TCU, e o que pode ser feito para minimizar essas ocorrências, sem ferir as competências constitucionais do Tribunal.

Já como já dito em outra oportunidade, é queixa recorrente dos órgãos executores que o TCU tem deixado de ser Corte de Contas e se transformou em “Corte de Engenharia”, na maior parte das vezes, atuando, e atuando, sem possuir a formação acadêmica e a experiência necessárias para compreender a complexidade técnica das situações analisadas, ou, pelo menos, sem dar o devido valor ao cabedal de conhecimentos dos técnicos responsáveis pelo projeto, execução e gestão das obras. Os auditores do TCU, ainda segundo os queixosos, mostram especial dificuldade em aceitar o espaço de discricionariedade do profissional na escolha de meios para atingir o resultado almejado, aspecto inerente à prática de engenharia, se não de todas as atividades profissionais.

O fiscalizador não deve substituir o executor, cujo campo de discricionariedade deve ser respeitado. A separação entre execução e fiscalização é questão pacífica no Direito Administrativo. Nesse sentido, Marçal Justen Filho pontua:

Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A discricionariedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário.³

Seria recomendável, portanto, que houvesse uma instância de arbitragem onde diferenças de entendimento em tópicos de caráter eminentemente técnico entre profissionais do órgão executor e do TCU possam ser vencidas antes de se transformarem em achados da auditoria.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 752.

Por exemplo, nota-se que há determinadas divergências metodológicas entre o TCU e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), que resultam em achados em diversas obras, que ficam, por conseguinte, sujeitas ao risco de interrupção. Entre elas, a remuneração dos proprietários do terreno pela retirada de rochas para britagem e o aumento de custo de matérias asfálticas devido à distância transportada. Mais adequado do que tratar essas situações caso a caso seria a criação de câmara técnica, com representação do DNIT, ou de outro órgão da Administração Pública envolvido em situações semelhantes, o TCU e um *tertius*, para buscar consensualmente a solução geral aplicável ao caso.

Outro aspecto apontado como negativo na atuação do TCU na auditoria de grandes obras de infraestrutura é o embasamento de achados em provas frágeis e, o pior, a atribuição ao acusado de provar a sua inocência, em flagrante inversão do ônus da prova.

Não se trata de tentativa de tolher o exercício de auditar do TCU, mas resta claro que o levantamento de provas deve ser realizado com o maior cuidado antes de se configurar o achado, mormente porque, como já foi descrito, a mera expectativa da ordem de restrição do pagamento do preço contratado pela prestação de determinado bem ou serviço pode levar a construtora a suspender preventivamente a obra.

Também o uso de cautelares, principalmente quando adotadas em contratos de obras já iniciados, deve ser avaliado cuidadosamente, sob pena de se tornar a cautelar um poder maior do que o próprio poder principal. Por exemplo, a cautelar para reter pagamento pode resultar, de fato, na suspensão do contrato, sendo seu poder, concretamente, maior que o próprio poder principal, de sugerir ao Congresso Nacional que a obra seja classificada com indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação.

Outro aspecto que merece atenção é a atuação da Advocacia Geral da União, órgão que, de acordo com o Decreto nº 7.153, de 9 de abril de 2010, “exercerá a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal perante o Tribunal de Contas da União”. Aqui não foi avaliada a atuação da AGU no cumprimento dessa atribuição, mas seria recomendável que se verificasse se os órgãos estão tendo a defesa técnica adequada perante o TCU.

Com relação ao Poder Executivo, seria recomendável que seus órgãos fossem dotados, na medida do possível, da estrutura e dos servidores necessários para que possam realizar as suas tarefas de forma adequada. Esse aspecto é fundamental tendo em vista os planos do Governo preverem investimentos vultosos na área de infraestrutura. Sem a adequação dos órgãos à nova realidade que se avizinha, corre-se o risco da multiplicação de obras paradas.

De imediato, os órgãos executores poderiam ainda capacitar-se para preparar melhores editais de licitação, pois uma obra bem realizada começa com um bom projeto, um bom orçamento e um bom edital. Nesse ponto, o TCU poderia contribuir, destacando publicamente as melhores práticas, quem sabe até com um prêmio, em termos de editais da Administração Pública.

Ao DNIT, em particular, seria vantajoso manter a sua base de preços de referência, Sistema de Custos Rodoviários (SICRO), completa e atualizada de acordo com os preços reais praticados nos mercados locais. Referências desatualizadas, principalmente num momento de grande aquecimento da construção civil, podem gerar acusações errôneas de sobrepreço.

Ao Congresso Nacional, na condição de titular do controle externo, caberia debruçar-se com mais atenção sobre as realizações do Poder Executivo. Trata-se, inclusive, de prática que começamos, este ano, a adotar com mais afinco aqui na Comissão de Serviços de Infraestrutura. Surpreende não existir, por exemplo, um cadastro unificado das obras que recebem recursos federais, por meio do qual os parlamentares possam acompanhá-las. Para eliminar a falta de tal instrumento de controle, recomenda-se que, por meio de emenda à próxima LDO, se dê prazo ao Poder Executivo para constituir o cadastro de obras.

Aqui mesmo, no âmbito da Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI), **é possível aprimorarmos o controle das obras de infraestrutura, principalmente aquelas que estão sendo auditadas pelo TCU.** Para esse fim, a Comissão deve ter acesso ao sistema FISCOBRAS, que traz os dados das obras com indícios de irregularidades graves identificadas pelo TCU. Esse acesso já é dado à Comissão Mista de Orçamento. Assim, de antemão, informo que esta Presidência envidará os esforços necessários para que, o quanto antes, esta Comissão de Serviços de Infraestrutura passe também a ter acesso ao FISCOBRAS.

Sala da Comissão, em 15 de maio de 2013.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA

Dentro dessa onda que temos presenciado de mobilização e reivindicações da população, gostaria de trazer ao conhecimento das Sras. e Srs. Senadores, trecho de um recente artigo do arquiteto Sérgio Magalhães, que não só espelha parte das demandas postas nas ruas, mas também aborda alguns dos grandes gargalos da infraestrutura que temos levantado e debatido aqui nesta Comissão, como a falta de planejamento e a deficiência dos projetos e licitações. O artigo tem como título:

“A rua não quer apito”

“(…) Investimentos importantes, de largas consequências para as cidades e os cidadãos, são gestados em gabinetes e impostos como fato consumado. Não se compõem em um quadro de planejamento. Logo, não explicitam critérios, tampouco alternativas; não traduzem prioridades nem se dá transparência às escolhas. São instrumentos de realimentação do poder.

Sem planejamento, também os projetos são frutos discricionários de “oportunidades”, sejam elas reais ou fictícias, públicas ou privadas.

Assim se faz Brasil afora, agora apoiado em lei que permite licitar obra a partir do anteprojeto (ou seja, sem definições adequadas), o que implica, por óbvio, em multiplicar os custos e dividir a qualidade. A justificativa é poder atender os cronogramas exigidos pela Copa, mas a medida se aplica a qualquer obra pública.

Os bilionários estádios, novos ou reformados, estão nesse novo paradigma. As obras são inflacionadas não apenas pela própria inflação, mas, sobretudo, por tais métodos.

Sem planejamento e sem prioridades transparentes, nossas cidades seguem o rumo da inviabilização, tanto na qualidade do espaço urba-

no como nos serviços públicos não prestados ou mal prestados. Na mobilidade baseada no rodoviarismo, o roteiro escrito há décadas, já vencido, constrói uma verdadeira tragédia quotidiana –, onde o transporte coletivo de alto rendimento, sobre trilhos, é desconsiderado. Assim, nas grandes cidades os governos gastam 14 vezes mais recursos para o funcionamento do sistema de transporte individual do que para o de transporte coletivo, como informa o Relatório da ANTP de 2011.

Nessa prática discricionária não são os interesses do Estado que estão sendo servidos, como se alega; menos ainda o da população.

(...)

A ausência de planejamento, a falta de debate e a decisão discricionária são elementos estruturais de um processo predador dos dinheiros públicos, da qualidade urbana, da energia cidadã, da confiança na política e na democracia.

Ou não estarão as ruas a nos dizer isso?”

Aproveito o texto do arquiteto Sérgio Magalhães para voltar ao tema das paralisações e atrasos de obras públicas, pois muito desses problemas é reflexo não só da falta de planejamento e de projetos bem elaborados, mas também dos excessos cometidos nas fiscalizações e suas exigências burocráticas.

O fato é que no Brasil hoje a máquina pública está travada, amarrada quando se trata de gerir empreendimentos para o setor de infraestrutura, principalmente as grandes obras, fundamentais para o desenvolvimento do país.

Na prática, o trabalho dos planejadores, dos gestores e executores está ofuscado. O que prevalece é a atuação dos procuradores, dos auditores e dos fiscais. Ou seja, trocamos o conteúdo pela forma, o fim pelo meio, a trena pelo papel. O resultado virou coadjuvante numa cena em que a burocracia é a protagonista. Em nome da eficiência cega, perdemos o rumo da eficácia.

Essa eficácia é que deveria mostrar resultados visíveis, palpáveis pela população, que sente cada vez mais, na definição de políticas públicas, a inversão de prioridades. No fundo, é este talvez o principal motivo da mobilização social a que estamos assistindo: a ausência de resultados satisfatórios

nos serviços públicos, apesar do excesso de encargos e burocracia a que é submetida a população.

Serviços públicos demandam planejamento com visão estratégica. No plano federal, requerem-se da União política de Estado e fixação de diretrizes gerais; no âmbito estadual, normas suplementares e execução de planos regionais; e, na esfera municipal, normas específicas, plano diretor das cidades e a execução de projetos locais. Ou seja, o planejamento urbano, as políticas de mobilidade urbana, incluindo transporte e acessibilidade, constituem competências concorrentes entre a União, Estados e Municípios. Portanto, mais do que nunca, torna-se fundamental a unificação de discursos, a definição de prioridades e a conjugação de planejamentos dentro de um amplo pacto de ações entre os governos federal, estaduais e municipais, de modo que a infraestrutura básica das grandes cidades e regiões metropolitanas passe a ser a principal meta.

Porém, tudo isso resvala também na necessidade de uma revisão completa das práticas de fiscalização, de controle e auditoria dos contratos administrativos referentes a obras e serviços públicos voltados para a infraestrutura. São vários os exemplos aqui trazidos que revelam que os prejuízos de uma fiscalização distorcida e mais do que realista, aliados às exigências de licenciamentos e burocracia em excesso, são, muitas vezes, maiores do que aqueles que a continuidade das obras supostamente causaria. Por isso venho insistindo nesta questão e apelando para que órgãos e tribunais à frente desse processo revejam suas condutas, reavaliem seus conceitos e procurem, sempre que possível, o bom senso e a real noção dos problemas brasileiros nesse setor, a começar pelo reconhecimento das prioridades nacionais.

Contudo, mais uma vez esta Presidência reitera – e tenho certeza, com a anuência dos integrantes da comissão – não se tratar de um posicionamento contrário à atividade fiscalizadora. Pelo contrário, reconhecemos ser ela, mais do que necessária, imprescindível e salutar à correta gestão dos recursos públicos.

O que se tem questionado, repito, são os excessos na apuração, dentro de uma ótica fora da realidade do país e, principalmente, da prática da engenharia e da construção civil. O fato é que as constantes paralisações de obras de grande porte, muitas vezes por motivos de fácil solução, aliadas à retenção de valores legalmente contratados, vêm causando, comprovadamente, prejuízos ao país na ordem dos bilhões de reais.

Por tudo isso, volto a repetir: aquele que levantar a voz por não querer enxergar essa situação, por se preocupar exclusivamente com a letra fria da lei, com a inflexibilidade burocrática e sem o bom senso nas análises, estará – este sim! – levantando a voz contra o Brasil.

Sala da Comissão, em 3 de julho de 2013.

Secretaria Especial de
Editoração e Publicações – SEEP

SENADO
FEDERAL

