

2018

PROPOSTAS DA INDÚSTRIA

PARA AS ELEIÇÕES

SEGURANÇA JURÍDICA E GOVERNANÇA NA INFRAESTRUTURA

SEGURANÇA JURÍDICA

02



Confederação Nacional da Indústria

CNI. A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA

**SEGURANÇA JURÍDICA
E GOVERNANÇA NA
INFRAESTRUTURA**

SEGURANÇA JURÍDICA

| 02

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Paulo Antonio Skaf (Licenciado a partir de 6/6/2018)
1º Vice-presidente

Antônio Carlos da Silva
2º Vice-presidente

Paulo Afonso Ferreira
3º Vice-presidente

Paulo Gilberto Fernandes Tigre
Flavio José Cavalcanti de Azevedo
Glauco José Côrte
Eduardo Eugenio Gouvêa Vieira
Edson Luiz Campagnolo (Licenciado de 6/6 a 28/10/2018)
Jorge Parente Frota Júnior
Eduardo Prado de Oliveira
Jandir José Milan
José Conrado Azevedo Santos
Antonio José de Moraes Souza Filho
Marcos Guerra (Licenciado de 7/6 a 7/10/2018)
Olavo Machado Júnior
Vice-presidentes

Francisco de Assis Benevides Gadelha
1º Diretor financeiro

José Carlos Lyra de Andrade
2º Diretor financeiro

Alexandre Herculano Coelho de Souza Furlan
3º Diretor financeiro

Jorge Wicks Côrte Real (Licenciado de 4/4/2018 a 12/10/2018)
1º Diretor secretário
Sérgio Marcolino Longen
2º Diretor secretário

Antonio Rocha da Silva
3º Diretor secretário

Heitor José Müller
Carlos Mariani Bittencourt
Amaro Sales de Araújo
Pedro Alves de Oliveira
Edilson Baldez das Neves
Roberto Proença de Macêdo
Roberto Magno Martins Pires
Rivaldo Fernandes Neves
Denis Roberto Baú
Carlos Takashi Sasai
João Francisco Salomão
Julio Augusto Miranda Filho
Roberto Cavalcanti Ribeiro
Ricardo Essinger
Diretores

CONSELHO FISCAL

João Oliveira de Albuquerque (Licenciado de 7/6 a 7/10/2018)
José da Silva Nogueira Filho
Francisco de Sales Alencar
Titulares

Célio Batista Alves
José Francisco Veloso Ribeiro
Clerlânio Fernandes de Holanda
Suplentes

**SEGURANÇA JURÍDICA
E GOVERNANÇA NA
INFRAESTRUTURA**

SEGURANÇA JURÍDICA

02

2018
PROPOSTAS DA INDÚSTRIA
PARA AS ELEIÇÕES

CNI
Confederação Nacional da Indústria
CNI. A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA

© 2018. CNI – Confederação Nacional da Indústria.

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

CNI

Diretoria de Relações Institucionais – DRI

FICHA CATALOGRÁFICA

C748s

Confederação Nacional da Indústria.

Segurança jurídica e governança na infraestrutura / Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2018.

80 p. : il. – (Propostas da indústria eleições 2018 ; v. 2)

ISBN 978-85-7957-193-0

1. Segurança Jurídica. 2. Infraestrutura. 3. Governança. 4. Regulação Setorial. I. Título.

CDU: 338

CNI

Confederação Nacional da Indústria

Sede

Setor Bancário Norte

Quadra 1 – Bloco C

Edifício Roberto Simonsen

70040-903 – Brasília – DF

Tel.: (61) 3317-9000

Fax: (61) 3317-9994

<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/>

Serviço de Atendimento ao Cliente – SAC

Tels.: (61) 3317-9989 / 3317-9992

sac@cni.com.br



2018
PROPOSTAS DA INDÚSTRIA
PARA AS ELEIÇÕES

SUMÁRIO

RESUMO EXECUTIVO	11
INTRODUÇÃO	13
1 GOVERNANÇA E ÓRGÃOS DE CONTROLE NA INFRAESTRUTURA: EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	15
2 GOVERNANÇA DA INFRAESTRUTURA: O CASO BRASILEIRO	23
3 A RELAÇÃO ENTRE GESTORES E OS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
4 MEDIDAS EM ANÁLISE PARA ELEVAR A SEGURANÇA JURÍDICA	45
4.1 Redução das situações de conflito nos projetos de infraestrutura.....	46
4.2 A paralisação de obras e o interesse geral	48
4.3 Estabilidade e clareza da norma	51
5 RECOMENDAÇÕES	55
CONCLUSÕES	61
ANEXO.....	65
REFERÊNCIAS	73
LISTA DAS PROPOSTAS DA INDÚSTRIA PARA AS ELEIÇÕES 2018	79



APRESENTAÇÃO

O Brasil levará mais de meio século para alcançar o produto *per capita* de países desenvolvidos, mantida a taxa média de crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) nacional registrada nos últimos 10 anos, que foi de apenas 1,6%.

O desafio para o país será de, pelo menos, dobrar a taxa de crescimento do PIB nos próximos anos. Para tanto, não se poderá repetir erros de política que reduzam o potencial de expansão – o que inclui ter uma agenda coerente de reformas econômicas e institucionais.

Mudanças de governo são ocasiões especiais para uma reflexão sobre os objetivos e as estratégias nacionais. São, também, oportunidades para o país sair da zona de conforto e aumentar sua ambição de desenvolvimento.

As eleições de 2018 têm uma característica singular, que reforça o sentido dessa ambição. O fim do mandato do próximo presidente e dos parlamentares vai coincidir com o 200º aniversário da independência do Brasil.

É preciso aproveitar esse marco para estimular ações que eliminem os principais obstáculos ao crescimento no país e contribuam para construir uma indústria competitiva, inovadora, global e sustentável.

O *Mapa Estratégico da Indústria 2018-2022*, lançado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) no início do ano, apresenta uma agenda para aumentar a competitividade da indústria e do Brasil, e para elevar o bem-estar da população ao nível dos países desenvolvidos.

Com base nas prioridades identificadas no Mapa, a CNI oferece 43 estudos, relacionados aos fatores-chave da competitividade. Os documentos analisam os entraves e apresentam soluções para os principais problemas nacionais.

A falta de segurança jurídica é um dos temas que mais preocupam as empresas. O problema provoca o aumento de custos com litigância e com provisões para defesa, em razão da incerteza causada pela obscuridade das leis e das normas, ou de falhas em sua aplicação, bem como por conflitos entre os Poderes. O resultado é menos investimento e crescimento.

O Brasil precisa urgentemente aumentar a aplicação de recursos em infraestrutura. As deficiências em transportes, energia, saneamento e telecomunicações são notórias, elevando custos e reduzindo a competitividade da economia.

Este documento mostra que a insegurança jurídica é um dos problemas que inibem novos projetos no Brasil. As propostas apresentadas buscam melhorar o arcabouço regulatório e a governança, além de minimizar conflitos. Essas medidas são essenciais para atrair investimentos privados e construir uma infraestrutura de qualidade.

Robson Braga de Andrade

Presidente da CNI

RESUMO EXECUTIVO

A qualidade da governança, da segurança jurídica e da regulação setorial é fundamental para destravar os investimentos de infraestrutura no Brasil.

A baixa qualidade não apenas eleva o risco de investir, em virtude da má regulação, mas também onera o custo do projeto e alonga sua implantação, reduzindo o retorno e a atratividade dos investimentos.

O Brasil tem uma governança mal estruturada, com uma institucionalidade inconsistente, por conta da escassez de recursos existentes nos órgãos públicos responsáveis por selecionar, estruturar e executar projetos de infraestrutura. Além de projetos mal elaborados, há também uma quase completa inoperância dos órgãos de controle interno, o que faz com que os investimentos de infraestrutura apresentem uma série de desafios.

Os órgãos de controles externos, por contarem com mais recursos, autonomia e segurança jurídica que os gestores, têm identificado inúmeros desses problemas. Isso tem gerado uma relação pouco construtiva entre gestores e controladores pois os problemas são recorrentes e enfrentados apenas *ex-post*.

Em parte, os desafios decorrem do fato de as sanções serem impostas em caráter individual, enquanto as dificuldades são sistêmicas, afetando os órgãos gestores como um todo, havendo, dessa forma, uma dissonância entre as sanções e os incentivos desejados, o que ajuda a explicar a recorrência dos problemas.

Esse quadro muitas vezes leva a paralisações, seja por iniciativa dos órgãos de controle, seja por receio dos gestores de assumir a responsabilidade por avançar com as obras.

Há uma visão de crescente insegurança jurídica por parte dos atores envolvidos, em especial porque os controladores estão presos a um legalismo excessivo – que, às vezes, entra em conflito com o interesse público geral – e têm falhado em prover uma interpretação estável e uniforme da norma.

Para lidar com a questão, novas regulações têm sido aprovadas, com destaque para a Lei 13.655/2018, que procura dar mais segurança jurídica a gestores e empresas.

Recomendações

1. Implementar as medidas constantes da Lei 13.655/2018 e **aprovar o PLS 441/2017**, que dispõe sobre a paralisação de obras públicas.
2. Fortalecer o **macro e o microplanejamento** do setor de infraestrutura. Nesse sentido, deve ser avaliada a criação de uma **Unidade Nacional de Infraestrutura**.
3. Equipar e **fortalecer os órgãos responsáveis** por estruturar e executar os projetos de infraestrutura, inclusive promovendo uma maior coordenação e troca de informações entre eles.
4. Tornar os **órgãos de controle interno operacionais**.
5. Adotar a **arbitragem para a solução de conflitos** em grandes projetos como uma das formas de se aumentar a rapidez e eficiência da resolução de contratos.
6. **Realizar estudos aplicados sobre governança e segurança jurídica** em grandes obras de infraestrutura no Brasil, notadamente no que concerne à atuação dos órgãos de controle externo.
7. **Modernizar a Lei de Licitações**, para permitir a contratação de melhores projetos, estudos e consultores externos.

INTRODUÇÃO

A falta de segurança jurídica é pouco examinada como uma das fontes limitantes do investimento em infraestrutura no Brasil. Há poucos estudos sobre em que medida a relação nem sempre tranquila entre empresas, gestores públicos e órgãos de controle externo tem funcionado como um freio ao investimento em infraestrutura.

O enredo é conhecido. Os órgãos de controle externo identificam vários problemas nos projetos e na sua execução e, com isso, colocam os gestores sob o risco de sofrer sanções.

Estes, por sua vez, travam as obras e os desembolsos. As empresas executoras incorrem em prejuízos. A obra fica paralisada, com os órgãos de controle culpando os projetos e sua execução, enquanto gestores e empresas acusam os órgãos de controle de intromissão na implantação de políticas públicas e preciosismo legal.

A governança dos projetos de infraestrutura no Brasil não é funcional, gerando um número elevado de riscos e contingências, que precisam ser resolvidos ao longo da execução do projeto. Esses riscos frequentemente deságuam na necessidade de remédios contratuais, nem sempre interpretados da mesma forma pelos diferentes *stakeholders*.

A má governança leva a problemas identificados e sancionados pelos órgãos de controle externo. O ônus da má governança e das sanções impostas pelos órgãos de controle recai, por sua vez, de forma desproporcional sobre os gestores públicos, ainda que esses não sejam os principais responsáveis pelos problemas. Consequentemente, o gestor público enxerga um elevado nível de insegurança jurídica e se defende, paralisando obras e projetos de infraestrutura.

Embora os órgãos de controle reconheçam a necessidade de melhorar a governança, os problemas continuam se repetindo, diante da ausência de progressos nessa área, o que acaba agravando a sensação de insegurança jurídica do gestor e das empresas. Novas leis e projetos de lei tentam mudar esse quadro, mas a conclusão a que se chega é que, na ausência de melhorias na governança dos projetos de infraestrutura, as mudanças legais permitirão um progresso apenas parcial.

1 GOVERNANÇA E ÓRGÃOS DE CONTROLE NA INFRAESTRUTURA: EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Na definição da OCDE (2016), a “boa governança” pública consiste em otimizar os arranjos e processos institucionais, por meio dos quais são formulados, implementados e administrados os programas, políticas e projetos que beneficiam a sociedade.

No setor de infraestrutura, há boa governança se os diferentes mecanismos e instituições que orientam a seleção, estruturação, execução, operação e avaliação dos projetos públicos funcionam de forma efetiva, eficiente, com transparência, dentro da lei e com *accountability*¹.

A Figura 1 apresenta os elementos centrais da governança de um projeto de infraestrutura. Nela, as etapas 1 a 4 incluem o que se chamou a seleção e a estruturação do projeto, envolvendo:

- **Escolher o projeto a ser realizado, em meio ao universo de bons projetos disponíveis.** Para isso, é preciso construir e aprovar o “business case” do projeto. Idealmente, esse processo de seleção deveria se basear em planos setoriais que situassem os projetos dentro da estratégia mais ampla do País.
- **Detalhar o projeto, não apenas em termos de engenharia, mas também em relação ao que a CNI (2018) denomina micro planejamento:** licenças ambientais, desapropriações, eliminação de interferências, entre outros.
- **Determinar a modalidade como o projeto será executado,** se obra pública, parceria público-privada (PPP), etc.²
- **Fazer o orçamento do projeto e garantir a disponibilidade de recursos públicos,** para garantir sua implementação no ritmo e no prazo previstos.

1. *Accountability* pode ser definido como “processos de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos que permitam ao cidadão controlar o exercício do poder concedido aos seus representantes” (ROCHA, 2011).

2. Seguindo a norma internacional, vamos utilizar um conceito abrangente de PPP, que também inclui as concessões.

As etapas 5 e 6 cobrem a fase de execução do projeto, o que significa não apenas realizar a obra, mas executar todo o microplanejamento. Dificilmente a execução se dará como originalmente previsto: quase sempre haverá necessidade de adaptações, renegociações, etc.

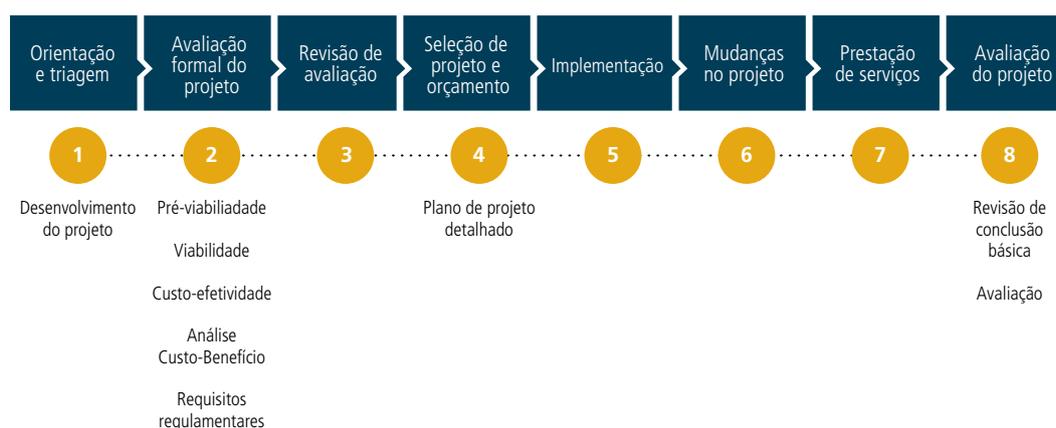
Naturalmente, as alterações serão menos frequentes e significativas se o projeto e o microplanejamento tiverem sido bem concebidos. **Por fim, as etapas 7 e 8 correspondem à operação do projeto e à avaliação de como ele foi executado e está sendo operado.**

Em princípio, os órgãos de controle externo devem supervisionar todas as etapas, exceto no que tange à seleção do projeto a ser realizado, tarefa a cargo dos executores de política. No Brasil, os órgãos de controle externo focam mais ativamente nas etapas 5 e 6, em especial quanto à avaliação da economicidade e da legalidade dos procedimentos de execução do projeto. Mas isso vem mudando.

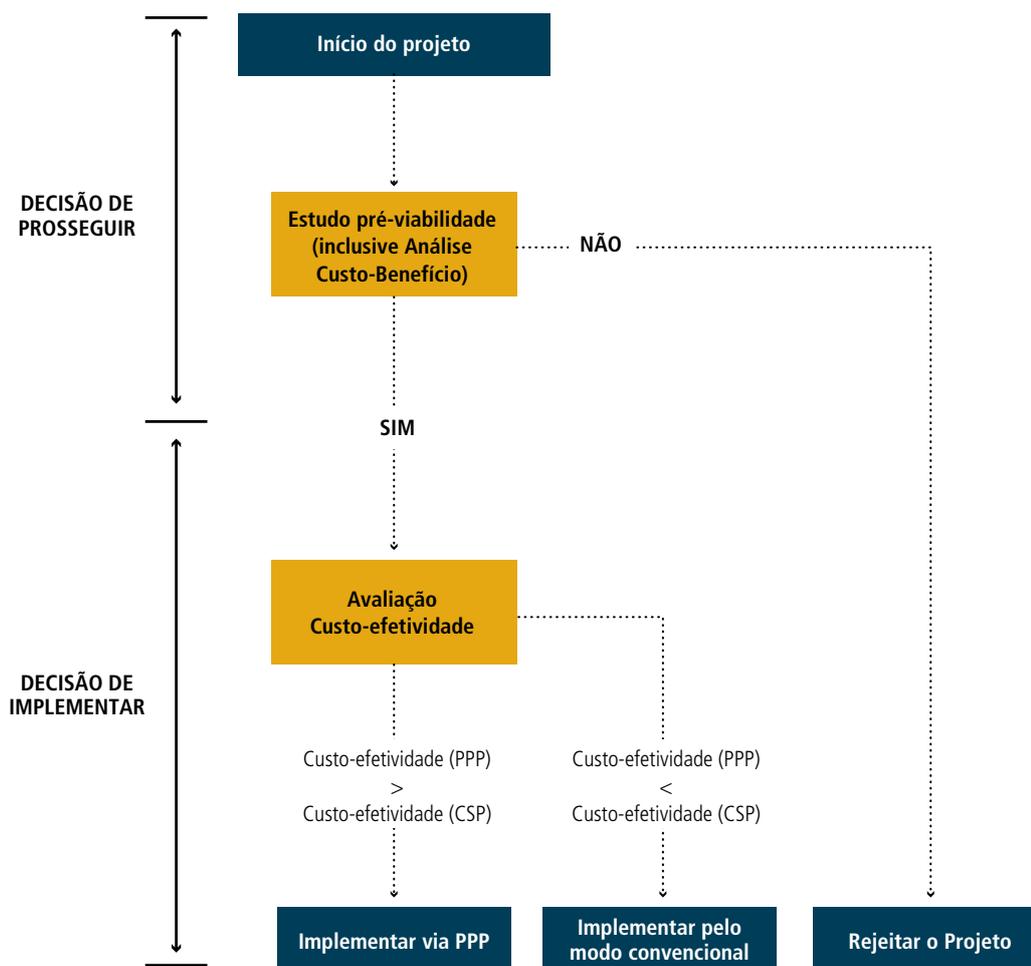
É importante notar que, na área de infraestrutura a governança pública varia dependendo da modalidade em que o projeto é executado, se como obra pública (modalidade convencional) ou como PPP.

Como mostra a Figura 2, as etapas 1 a 4 na Figura 1 são comuns às duas modalidades, enquanto as etapas 5 a 7 diferem nos dois casos, já que, na PPP, é o parceiro privado que implementa e opera o projeto, enquanto, na obra pública, é o gestor público quem faz disso. Este documento tem como foco a obra pública de infraestrutura, mas vários dos problemas aqui discutidos também se aplicam às PPPs.

Figura 1 – Etapas básicas da gestão do investimento público



Fonte: RAJARAN et al. (2010), apud BANCO MUNDIAL (2017).

Figura 2 – Exemplo padronizado de uma estrutura unificada para avaliar projetos

Fonte: RAJAPARAN et al. (2014), apud PINHEIRO (2015b).

A boa governança pública é prioridade nos países considerados mais bem sucedidos em realizar projetos de infraestrutura, como, por exemplo, Austrália, Nova Zelândia, Canadá e Reino Unido (PINHEIRO, 2015b).

Não por acaso, trata-se de países em que os órgãos de controle externo também são bem avaliados (MATOS et al., 2009). Neles, a preferência tem sido realizar projetos de infraestrutura na modalidade de PPPs, sendo que o foco recai, nesse caso, sobre as etapas de seleção e estruturação dos projetos, assim como a da avaliação *ex-post* do projeto. As etapas de execução e operação do projeto ficam sob a responsabilidade privada.

Na Austrália, o Governo Federal e várias províncias fazem PPPs de infraestrutura. O processo tem início com a identificação por algum órgão da necessidade de uma expansão da oferta de certo serviço de infraestrutura, em determinado local. Esse órgão definirá qual empreendimento realizar, quais os benefícios esperados e qual a melhor modalidade para executar o projeto.

Com isso, constrói-se um *business case*, que também deverá contemplar uma análise financeira preliminar e identificar os riscos envolvidos no projeto. Há, em seguida, todo um processo de validação, que analisa se o projeto é de interesse público: aqui entra em cena o conceito de *Value for Money*³ (VFM).

Se o projeto for validado, ele passa a ser desenvolvido com mais detalhes. Em especial nessa fase, aprofunda-se o detalhamento das especificações técnicas, do cronograma, do orçamento, da identificação e alocação de riscos, etc.

Dá-se então o envolvimento de grande número de profissionais, alguns de dentro, outros de fora (consultores) do setor público, com variadas especializações. A contratação de consultores externos para apoiar a estruturação do projeto visa, entre outros, completar as especializações, que nem sempre existem dentro da administração.

É nessa etapa também que se contrata o *probity advisor* do projeto que é um auditor independente, responsável pelo acompanhamento de todo o processo de estruturação e concessão. O papel do *probity advisor* é o de garantir não só a probidade do processo, mas também aconselhar e ajudar a resolver problemas. Adicionalmente, há, internamente, um órgão público – o *Infrastructure Australia* – que também apoia o desenvolvimento de projetos de infraestrutura.

A Nova Zelândia tem uma institucionalidade semelhante à da Austrália, inclusive com a existência de uma *National Infrastructure Unit*, que assiste a todos os ministérios e agências governamentais que tenham interesse em realizar projetos de infraestrutura, via PPP. Não é ela, porém, que desenvolve os projetos e sim os órgãos de linha.

Os procedimentos também seguem o modelo australiano, com a construção de um *business case* para o projeto, utilizado para decidir se é ou não o caso de seguir em frente com ele. Se a decisão for positiva, faz-se então um detalhamento bem maior do projeto, em que se envolve uma equipe mais ampla e com especialistas, que podem, em parte, ser contratados entre consultores privados.

A Nova Zelândia dá um tratamento mais cuidadoso a projetos grandes, que precisem de aprovação do Conselho de Ministros, especialmente quando o projeto envolve o aporte de recursos públicos. Entre esses maiores controles, também se destaca a exigência de que projetos maiores e mais complexos sejam revistos e avaliados por especialistas independentes (i.e., de fora do governo), em um sistema conhecido como *Gateway Revision Process*.

3. *Value for Money* é a avaliação dos pagamentos (custos) e arrecadação (ganhos) que serão desembolsados ou adquiridos pelo poder público na operação (ou construção) de um projeto em diferentes métodos de contratação. Essa avaliação considera toda a vida útil do projeto incluindo seus riscos (MORALLOS E AMEKUDZI, 2008).

A governança pública para projetos de PPP de infraestrutura é semelhante no Reino Unido, passando pela identificação das necessidades e a construção do *business case*. No processo, consideram-se e analisam-se várias alternativas de como realizar o projeto, recorrendo-se ao critério de *Value for Money* para escolher entre eles. Essa análise inicial é de responsabilidade da autoridade interessada no projeto e deve incluir as dimensões estratégica, econômica, financeira, comercial e de gestão do projeto.

Os grandes projetos são, em seguida, submetidos à Autoridade de Grandes Projetos (MPA, *Major Projects Authority*), que é quem aprova a realização de projetos mais vultosos, quando há financiamento do governo central. A MPA é presidida pelo ministro do Tesouro (Fazenda) britânico. Também no Reino Unido, os projetos são submetidos a *Gateway Reviews*, que são revisões realizadas por especialistas independentes (PINHEIRO, 2015b, p. 78-79):

Há seis níveis de revisão, de zero a cinco, cobrindo a avaliação estratégica; a justificativa para o projeto; a estratégia de realização do projeto; a decisão de investimento, que considera o *business case* completo do projeto; o nível de preparação da organização proponente para permitir a operação do projeto; e uma revisão da efetiva realização das operações e benefícios propostos, avaliação que é repetida ao longo do período de operação do projeto.

Outra peça central na governança dos investimentos de infraestrutura no Reino Unido é a *Infrastructure UK* (IUK), unidade do Tesouro britânico que apoia o próprio Tesouro e a MPA nas análises sobre aprovar ou não grandes projetos de infraestrutura. A IUK sucedeu a *Partnerships UK* (PUK), principal estruturadora britânica de PPPs de infraestrutura, em âmbito nacional e regional, até ser fechada em 2009.

A PUK foi a inspiradora da Estruturadora Brasileira de Projetos e, como esta, funcionava como uma organização sob controle de sócios privados. Ainda que também tivesse capital público, era remunerada pelo sucesso na viabilização das PPPs e realizava um importante papel, no sentido de garantir a qualidade dos projetos e uma relação custo/efetividade favorável.

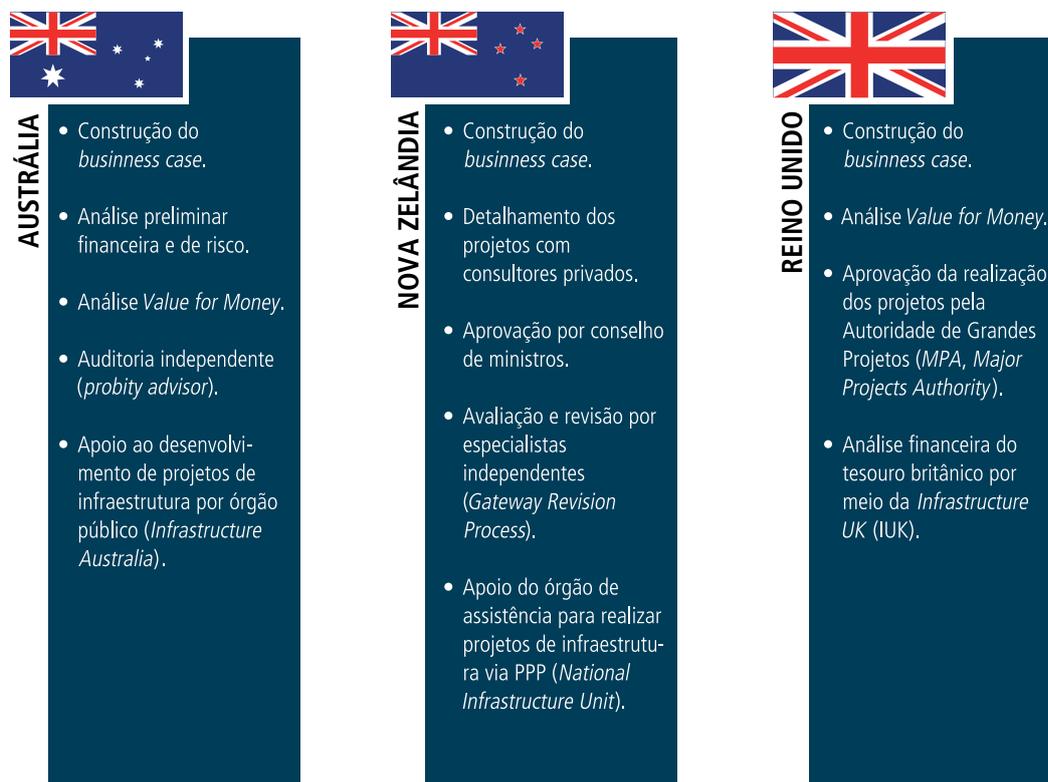
Ainda que pouco citados na literatura sobre estruturação de projetos públicos e PPPs de infraestrutura, os órgãos de controle também são responsáveis por garantir que esse processo se dê não apenas dentro da lei, mas também de forma que garanta o uso eficiente de recursos públicos.

Esse último ponto é enfatizado na descrição que Mattos et al. (2009) fazem da atuação dos tribunais de contas em um conjunto de países desenvolvidos. Sobre isso, veja-se, por exemplo, a forma como o *Government Accountability Office*, dos EUA, define sua própria missão:

Nossa missão é apoiar o Congresso no cumprimento de suas responsabilidades constitucionais e ajudar a melhorar o desempenho e garantir a

responsabilidade do governo federal em benefício do povo americano. Fornecemos ao Congresso informações oportunas que são objetivas, baseadas em fatos, não partidárias, não ideológicas, justas e equilibradas.

Figura 3 – Principais análises e entidades envolvidas no processo de aprovação dos projetos de infraestrutura em países selecionados



Fonte: Pinheiro (2015b).

Da revisão feita por Mattos et al. (2009) e de consultas feitas aos sítios na internet dos órgãos de auditoria externa, em países como os Estados Unidos, Reino Unido, Nova Zelândia e Alemanha, infere-se sobre as Entidades de Fiscalização Superior que:⁴

- **elas gozam de grande autonomia, em especial em relação ao poder Executivo, ainda que, em alguns casos, o Executivo seja responsável por indicar as pessoas centrais desses órgãos.** Essa autonomia existe mesmo em países que funcionam no sistema parlamentarista, em que Legislativo e Executivo em parte se confundem;
- **o papel central desses órgãos é acompanhar e, eventualmente, investigar a forma como os diversos órgãos estão utilizando recursos públicos.**

4. Lima (2008) agrupa essas entidades em dois grupos. O primeiro consiste em entidades de controladoria, com liderança individual, sem poder sancionador, que é a forma encontrada no Reino Unido, EUA e 17 países latino-americanos. O segundo grupo compreende os tribunais de contas com órgãos colegiados que podem impor sanções administrativas; este é o tipo de Entidade de Fiscalização Superior encontrado em Portugal, Espanha e quatro países latino-americanos, entre eles o Brasil.

Na maioria dos casos, eles não têm o papel de processar os responsáveis em casos irregulares e, menos ainda, de sancionar essas pessoas. Nisso eles se diferenciam de forma significativa do caso brasileiro, em que o Tribunal de Contas tem esse poder;⁵

- **esses órgãos se preocupam tanto em garantir que o dinheiro público seja gasto dentro da lei e de acordo com as determinações do parlamento, mas também que o dinheiro seja bem gasto.** Ou seja, há uma preocupação com os resultados da forma como o dinheiro é gasto. Para isso, esses órgãos procuram avaliar o desempenho dos diversos órgãos públicos e estimulá-los a melhorar esse desempenho.

Esse duplo foco dos órgãos de controle externo tem exigido adaptações na sua forma de trabalho e não é isenta de riscos (BARZELAY, 1997), já que aproxima sua atuação das dos gestores, em termos do processo decisório sobre quais políticas e programas adotar, ainda que, até aqui, isso aparentemente não tenha ocorrido. Esse ponto é assim colocado por Oliveiri (2016, p. 14-15):

Na literatura internacional, o desenvolvimento recente das instituições de controle nos países europeus e nos Estados Unidos tem ocorrido em dois sentidos: o da preponderância do controle sobre o desempenho em detrimento do controle de legalidade, e o da consequente politização da ação dos órgãos de controle. (...) Os órgãos de controle externo tiveram que se adaptar aos novos critérios de definição do desempenho da gestão pública para poder fiscalizá-la, e estes critérios deixaram de se referir apenas ao cumprimento da lei, passando a incluir padrões de qualidade em termos econômicos (eficiência) e de efetividade e impacto da ação pública. Dessa forma, surgiu a atual duplicidade da ação desses órgãos: o controle de legalidade e o controle de desempenho (POLLITT et al., 2008).

No Anexo A, apresentam-se detalhes de como funcionam as chamadas Instituições Supremas de Auditoria em um conjunto de países. Ainda que a discussão anterior e o detalhamento não foquem especialmente os projetos de infraestrutura, estes são, em toda parte, como no Brasil, objeto de escrutínio dos órgãos de controle externo – até pelos valores envolvidos e o fato de serem em geral projetos muito específicos e difíceis de avaliar sem uma análise detalhada do caso individual.

Além disso, como mostra Flyberg (2009), projetos de infraestrutura com grande frequência atrasam e custam mais do que o inicialmente planejado, o que também motiva a atenção especial das chamadas Instituições Superiores de Auditoria.

Processo semelhante ao que ocorre nos órgãos de controle externo dos países desenvolvidos se observa em relação a outro ator central da boa governança dos projetos de infraestrutura: os órgãos de controle interno.

5. Assim, por exemplo, no Reino Unido é o Poder Executivo, e não o *Comptroller and Auditor General* ou o Legislativo, que decide se cabe suspender a execução de projetos (BANCO MUNDIAL, 2017).

Estas são organizações internas do Poder Executivo, que trabalham juntamente com os gestores de forma integrada, com importante papel em ajudá-los a atingir seus objetivos, não apenas em termos de garantir o cumprimento das normas legais, como também a eficiência da sua atuação.

Esses órgãos têm sido repensados na direção de garantir a efetividade das políticas e projetos públicos e dar-lhes publicidade, produzindo informações confiáveis que podem ser acessadas pelos próprios gestores, o resto do governo e a população em geral (OLIVEIRI, 2016). Assim, para o *Institute of Internal Auditors* (2012, p. 5), o papel dos órgãos de controle é múltiplo:

Ao fornecer avaliações imparciais e objetivas sobre se os recursos públicos são gerenciados de forma responsável e eficaz para alcançar os resultados pretendidos, os auditores ajudam as organizações do setor público a obterem responsabilidade e integridade, melhorarem as operações e inculcar confiança entre cidadãos e partes interessadas. O papel do auditor do setor público apoia as responsabilidades de governança de supervisão, percepção e previsão. A supervisão aborda se as entidades do setor público estão fazendo o que devem fazer e serve para detectar e impedir a corrupção pública. O processo de percepção ajuda os tomadores de decisão ao fornecer uma avaliação independente dos programas, políticas, operações e resultados do setor público. A previsão identifica tendências e desafios emergentes. Os auditores usam ferramentas como auditorias financeiras, auditorias de desempenho, investigações e serviços de consultoria para cumprir cada uma dessas funções. (Tradução livre).

2 GOVERNANÇA DA INFRAESTRUTURA: O CASO BRASILEIRO

O investimento em infraestrutura no Brasil é dividido em partes aproximadamente iguais entre os setores público e privado, este, quase sempre, operando em regime de concessão pública. Cabe ressaltar que, nos dois casos, há problemas sérios na fase de seleção e estruturação de projetos (etapas 1 a 4 na Figura 1), assim como uma carência de avaliações ao final da execução e já na fase de operação (etapa 8).

Em especial, como apontado em CNI (2014 e 2018), Pinheiro (2015c) e Banco Mundial (2017), há uma desconexão entre os planos setoriais, o Plano Plurianual de Investimentos (PPA) e a seleção de projetos, em que pese o setor público dispor de órgãos, em tese, responsáveis por garantir a qualidade do processo de seleção de projetos, como se vê em países como o Reino Unido e a Nova Zelândia. São esses a Comissão de Monitoramento e Avaliação (CMA) e o próprio Conselho do PPI (Programa de Parcerias de Investimento).

Como detalha o Banco Mundial (2017), a CMA tem dois órgãos técnicos que, em tese, deveriam desempenhar esse papel: a Câmara Técnica de Monitoramento e Avaliação e a Câmara Técnica de Projetos de Grande Vulto.

Porém, na avaliação do Banco Mundial (2017, p. 27), essas câmaras pouco contribuíram para melhorar a seleção dos projetos “devido a falhas nas normas e diretrizes de apreciação e à baixa capacidade técnica da CMA. Em 2008, um decreto isentou os projetos do PAC dessa análise, o que minou os esforços anteriores para construir um sistema de apreciação”.

Na prática, a seleção de projetos ocorre com pouca observância de critérios técnicos, desconectados de uma estrutura de planejamento (BANCO MUNDIAL, 2017, p. 27):

Os ministérios podem incluir projetos de investimento tanto no PPA quanto em seus orçamentos, sem que eles sejam submetidos a uma apreciação formal. A definição dos custos é frequentemente superficial e não considera abordagens alternativas para atingir os objetivos do projeto. A falta de exigências claras e transparentes para determinar quais projetos podem ser incluídos em planos de investimento nacionais ou setoriais enfraquece o processo de apreciação em todo o programa de investimento público.

Em relação às etapas 5 e 6 da Figura 1, Pinheiro (2015a) observa que, no Brasil, a governança dos projetos de infraestrutura, realizados na modalidade tradicional de obra pública, pode ser descrita, nos termos da literatura neoinstitucionalista, como uma combinação entre hierarquia e governança de mercado.⁶

A governança de mercado está presente na contratação de empresas em várias etapas do projeto, via licitações públicas. Estão aí incluídas, entre outras, as atividades de elaboração dos projetos de engenharia e de estudos ambientais e a execução e a supervisão das obras. Para cada uma dessas atividades, a Administração faz um contrato, que permite um espaço limitado para adaptações. Quando surgem disputas contratuais, estas são resolvidas de acordo com a legislação e o eventual recurso ao Judiciário.⁷

Há, porém, uma hierarquia na obra pública, que se observa na administração desse conjunto de contratos pelo gestor público. Este pode determinar alterações no projeto como um todo, dadas as restrições do que foi aprovado no orçamento.

Assim, em tese, o gestor poderia, dentro do razoável, fixar o local exato em que uma represa seria construída, o trajeto de uma via, eventuais adaptações tecnológicas, etc. Isso facilitaria a adaptação da obra a fatos novos sobre o projeto, que só integralmente conhecidos quando este avança, ou diante de eventual mudança de objetivos de política.

Na teoria, essa forma de governança mista traria benefícios relevantes. Com a contratação pulverizada de atividades no mercado, seria imposta a competição na provisão desses serviços, permitindo à administração realizar essas atividades a baixo custo – e possivelmente com mais absorção tecnológica do que se tentasse fazer isso diretamente, pela maior flexibilidade e possibilidade de especialização do fornecedor privado.

Por outro lado, a administração mantém espaço para adaptar o projeto a novas informações e prioridades que surjam durante a execução da obra. Isso é muito mais difícil quando o projeto é realizado como uma PPP, pois, nesse caso, a administração tem pouca ou nenhuma influência sobre como o projeto é implantado, sendo que o espaço para adaptações também é estreito.

Ainda que, em teoria, a governança mista devesse produzir bons resultados, na prática isso não tem sempre ocorrido. Há exemplos de obras públicas de infraestrutura que atrasaram, custaram muito mais do que o previsto e, em vários casos, acabaram paralisadas.

6. A principal diferença entre essas duas formas de governança é que na de mercado a relação se dá entre partes independentes em uma transação impessoal, segundo regras estabelecidas em contrato. Já na governança hierárquica, há uma relação entre partes que integram uma mesma organização e, por isso, há mais flexibilidade para adaptar a relação, ainda que ao custo de a governança hierárquica produzir incentivos mais fracos à maximização da eficiência. Pinheiro (2015a) elabora um pouco mais sobre esses conceitos, explorados em detalhe em Williamson (1985).

7. Registre-se que a própria Lei de Licitações estimula essa prática, ao determinar que “As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis” (parágrafo primeiro do Art. 23).

Levantamento feito pelo Ministério do Planejamento em 2017, por exemplo, identificou 517 projetos de infraestrutura que contavam com recursos públicos, cujas obras estavam paralisadas. O custo dessas paralisações é altíssimo, como mostrado em CNI (2014; 2018).

Os problemas com essa forma de governança podem ser agrupados em oito categorias (PINHEIRO, 2015c):

- **Foco excessivo no preço dos serviços:** Pela necessidade de justificar para os órgãos de controle externo o porquê da seleção de fornecedores, o gestor público realiza licitações para contratação de fornecedores privados, baseadas quase que apenas no preço dos serviços.⁸ Isso acaba sacrificando a qualidade dos fornecedores contratados (seleção adversa), enfraquecendo os incentivos para que esses se esforcem por fazer um bom trabalho (risco moral), pois isso não influi na sua capacidade de vencer futuras licitações. O Banco Mundial (2017) também bate nessa tecla, observando, em especial, que as regras de licitação impedem, “em grande medida, que órgãos públicos contratem serviços de engenharia de alta qualidade, o que exacerba suas próprias fragilidades, no que diz respeito à apreciação de projetos”. O Banco Mundial (2017) faz, em geral, uma avaliação negativa da Lei 8.666/1993, que nem demonstrou levar a um bom uso de recursos públicos, nem impedir fraudes e corrupção. Por outro lado, inibe a inovação e permite inúmeras formas de evitar uma licitação competitiva, o que gera fragilidades que ajudam a piorar a qualidade da governança pública em projetos de infraestrutura.
- **Dificuldade de adaptação contratual:** A má qualidade da preparação resulta em projetos ruins e contratos de execução da obra muito incompletos, que precisam ser frequentemente adaptados. O próprio comportamento oportunista dos ofertantes privados, na licitação e durante a execução da obra, gera essa necessidade de renegociar os contratos (GUASH et al., 2014). Mas o gestor público tem pouca margem de manobra nessa área e também pouca flexibilidade para substituir o fornecedor, uma vez que este tenha vencido a licitação – inclusive pela possibilidade de judicialização, que pode causar longas paralisações.⁹ A visão que se tem sobre esse processo de adaptação contratual é em geral negativa, o que complica a atuação do gestor, que tende a privilegiar o formalismo legal e evitar decisões discricionárias.

8. Isso reflete o fortalecimento, desde o impeachment do Presidente Collor e o escândalo dos “anões do orçamento”, de um “regime jurídico centrado no combate ao discricionarismo” (CORREIA, 2010, p. 12). Sundfeld (2005, apud CORREIA, 2010) acrescenta que “o resultado foi uma disciplina normativa exigindo rigidez no procedimento, objetividade absoluta no julgamento (em regra, feita pelo menor preço) e definição prévia, pela Administração, de todos os detalhes das prestações do contratado”.

9. Ver, por exemplo, o caso do aeroporto de Vitória em CNI (2014).

- **Dificuldade de atribuir responsabilidades:** A renegociação ou substituição do fornecedor é complicada pela dificuldade de atribuir responsabilidades pelos problemas de execução. Uma vez que diferentes etapas do projeto são contratadas a diferentes fornecedores, a tendência é que cada um atribua os problemas que surgem aos demais fornecedores. A dificuldade de responsabilização também enfraquece os incentivos para que os fornecedores façam um bom trabalho. Esse problema é agravado pela impossibilidade de realizar um planejamento financeiro adequado, já que os recursos de investimentos são frequentemente contingenciados e/ou demoram a ser desembolsados, muitas vezes acabando na rubrica de restos a pagar. Isso, obviamente, também atrapalha o ritmo de implantação do projeto, por vezes levando os fornecedores a abandonar o projeto, às vezes por irem à falência. A partir daí, a responsabilização por atrasos e sobrecustos fica especialmente difícil.¹⁰
- **Custo de coordenação nem sempre compatível com a disponibilidade de recursos:** A fragmentação das atividades contratadas choca-se com os recursos relativamente escassos à disposição do gestor, tanto em termos de recursos humanos como de equipamentos, *softwares*, possibilidade de locomoção, etc.¹¹ O resultado é o aparecimento de problemas de coordenação, como a compra de materiais e equipamentos muito antes de serem necessários, por exemplo, o que gera um custo de oportunidade por conta dos recursos paralisados (CNI, 2018). O Banco Mundial (2017) também relaciona a demora, complexidade e certa litigiosidade, muitas vezes observadas no processo de licenciamento ambiental, à combinação entre escassez de recursos na administração pública.
- **Baixa capacidade de fiscalização:** A falta de recursos com que conta o gestor público várias vezes se estende à fase de recebimento da obra, quando é preciso fiscalizar se o produto entregue atende às especificações do que foi contratado. Em certa medida, o mesmo vale para outros serviços contratados, como os projetos de engenharia, por exemplo. A multiplicidade de contratos eleva o custo de fiscalização.
- **Alocação de risco:** Ao ficar responsável pela gestão da obra e dos inúmeros contratos necessários para sua realização, o setor público também assume um grande número de riscos. Quanto maior a fragmentação, em princípio, mais

10. A esse respeito, ver a discussão sobre o que fazer com a ferrovia Transnordestina em CNI (2018). Ver também as conclusões da Comissão Temporária do Senado Feral, instituída nos anos 1990 para investigar o grande número de obras públicas paradas, que também culpa “a desordem das finanças públicas” e a crônica falta de recursos por essa paralisação de obras (RIBEIRO, 2012).

11. Ribeiro (2012, p. 83) coloca esse ponto da seguinte forma: “Quanto às deficiências crônicas da gestão pública, estas se relacionam, no mais das vezes, à indisponibilidade de recursos humanos, materiais e tecnológicos, imprescindíveis aos órgãos responsáveis pela execução dos empreendimentos”. Evidências sobre os problemas de gestão e carência de recursos também aparecem com destaque em auditorias do TCU em órgãos como o DNIT, a Infraero e a Valec (ver, por exemplo, TCU 2013a, b).

riscos são alocados à Administração Pública. Isso significa que há mais chance de o projeto ter de ser revisado pelo gestor.

- **Falta de comunicação e coordenação interórgãos:** Outro problema que afeta a governança dos projetos de infraestrutura é a falta de comunicação e coordenação entre diferentes agências públicas, com mandatos inter-relacionados e com influência sobre projetos específicos. Isso se revela claramente não só na interação entre agências federais e subnacionais, como na realização de desapropriações ou eliminação de interferências, mas também entre órgãos em setores diferentes: o plano para uma ferrovia que desemboca em um porto é, às vezes, inconsistente com o plano para o próprio porto, em termos de calado e capacidade, por exemplo.¹²
- **Inoperância dos controles internos:** Muitos dos problemas de legalidade que geram os conflitos com órgãos de controle externo poderiam ser identificados e corrigidos, caso o controle interno da Administração funcionasse adequadamente, inclusive porque facilitaria a coordenação com essas instituições. Na prática, essa instância da governança pública praticamente não participa do processo, prevalecendo: “exercício fraco dos mínimos controles administrativos; ausência ou enorme fragilidade de mecanismos para identificar, prevenir e corrigir falhas que podem levar a irregularidades e fraudes; e ausência de capacidade para definir com precisão o nível de controles necessários para reduzir a padrões aceitáveis o risco de ocorrência das irregularidades e das fraudes” (OLIVEIRI, 2016, p. 10).

Observe-se que isso não ocorre por falta de previsão legal. De fato, a Constituição prevê a separação dos controles da Administração Pública em controle interno e externo. O primeiro tipo de controle, o interno, é regido pelo Art. 74 da Constituição, que estabelece:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I- avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III- exercer o controle das operações de crédito, avais e

12. Ver, por exemplo, as incompatibilidades entre as projeções dos projetos de implantação da ferrovia ligando Açailândia e Barcarena e de expansão do porto de Vila do Conde (TCU, 2014). Nesse sentido, a OCDE (2016, p. 7) recomenda que o TCU faça avaliações mais sistemáticas dos mecanismos de governança pública em geral, aí incluída “a capacidade das entidades auditadas de comunicar e coordenar construtivamente com entidades relevantes, para se atingirem metas de política inter-relacionadas”. No setor de infraestrutura, em especial, a Organização acredita que a coordenação entre diferentes instituições públicas é precária e, se for melhorada, o número de problemas que surge durante a execução das obras tenderá a cair.

garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV- apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

A atuação dos órgãos de controle interno do Executivo Federal é regulada ainda pelo Art. 21 da Lei 10.180/2001.

Art. 21. O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal compreende as atividades de avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual, da execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e de avaliação da gestão dos administradores públicos federais, utilizando como instrumentos a auditoria e a fiscalização.

Por sua vez, o controle externo é regido basicamente pelo Art. 71 da Constituição, cujo *caput* estabelece que esse será exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU. Entre os 11 incisos do Art. 21, que estabelecem as atribuições do TCU, destacam-se os incisos II e VIII:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa.

Registre-se ainda o disposto na Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), que, no seu Art. 19, dá os seguintes poderes ao TCU:

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução.

Parágrafo único. Não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nas alíneas a, b e c do inciso III, do art. 16, o Tribunal aplicará ao responsável a multa prevista no inciso I do art. 58, desta lei.

Também se nota nos documentos e análises produzidos pelos órgãos de controle – notadamente o TCU e a CGU – o interesse em transitar de uma preocupação quase exclusiva com a legalidade para uma análise também da efetividade das políticas e projetos públicos, inclusive com a realização de seminários e o envio de funcionários para o exterior, com o intuito de absorver técnicas e conhecimento nessa área.

Oliveiri (2016) ressalta que, na prática as mudanças têm sido marginais, com muito pouco impacto sobre a forma como se relacionam com os gestores públicos. A autora especula que essa inércia provavelmente se deve à dificuldade de

alterar comportamentos em instituições grandes, antigas e com grande autonomia, como o TCU, e às “exigências constitucionais e legais no âmbito nacional de realização de controles de legalidade, as quais não podem ser alteradas por iniciativa exclusiva das instituições de controle” (OLIVEIRI, 2016, p. 19).

3 A RELAÇÃO ENTRE GESTORES E OS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No setor de infraestrutura, a relação entre gestores públicos, empresas e órgãos de controle externo tem sido marcada por divergências sobre a atuação de cada um. Não é difícil perceber que, em grande medida, isso resulta da má qualidade da governança pública nessa área, em especial quanto à incompatibilidade entre o tipo de governança que se desenhou para a realização de projetos públicos de infraestrutura e os recursos disponíveis na Administração Pública, inclusive em relação à capacidade técnica de muitos de seus quadros, especialmente na maioria das unidades subnacionais.

O Banco Mundial (2017) também realça esse ponto em sua avaliação, notando que as dificuldades do setor público com projetos de infraestrutura “derivam da limitada capacidade geral de planejamento, execução e monitoramento de projetos complexos” (BANCO MUNDIAL, 2017, p. 17).¹³

Tudo isso gera problemas que aparecem, de certa forma, nos dados apresentados na Tabela 1, que aponta os principais motivos para a paralisação de obras, discriminados no levantamento do Ministério do Planejamento. Sobressaem os problemas de origem técnica, que podem decorrer de projetos de engenharia mal feitos ou de problemas relacionados à execução da obra em si. Também chama a atenção o elevado número de casos de abandono de obras.

Tabela 1 – Motivos de paralisação de projetos de infraestrutura

Motivo	Número	%
Abandono pela Empresa	49	9%
Ambiental	7	1%
Judicial	17	3%
Orçamentário /Financeiro	46	9%
Órgãos de Controle	12	2%
Técnico	267	52%
Titularidade/ Desapropriação	9	2%
Outros	110	21%
Total	517	100%

Fonte: CNI (2018), com base em dados do Ministério do Planejamento.

13. A análise do Banco é particularmente interessante, pois se baseia, em grande parte, nos achados de auditorias realizadas pelo TCU e, em menor escala, pela CGU.

É amplamente reconhecido que a má qualidade da governança de projetos públicos de infraestrutura muitas vezes resulta em avaliações negativas pelos órgãos de controle, inclusive levando a paralisações e à imposição de sanções.¹⁴

Assim, em que pese o número de recomendações de paralisação pelo TCU ter diminuído nos últimos anos (Tabela 2), a leitura das inúmeras auditorias realizadas pelo TCU e dos problemas identificados nesses projetos mostra que o Tribunal enxerga um quadro consistente com o diagnóstico feito, avaliando que este está por trás de muitos dos conflitos entre gestores, empresas contratadas e órgãos de controle externo.

De acordo com o Banco Mundial (2017) com base nos relatórios elaborados pelo TCU, as práticas ineficazes de gestão e as falhas no planejamento são os maiores desafios para o andamento dos projetos de infraestrutura. Algumas das deficiências citadas são:

- baixa qualidade dos planos de trabalho;
- projetos básicos incompletos;
- contrapartida de financiamento insuficiente ou inexistente; e
- orçamentos mal elaborados e caracterização insuficiente do problema a ser resolvido.

Do ponto de vista financeiro, foram identificados:

- desembolsos não alinhados à execução física dos projetos;
- uso de recursos para pagar despesas não permitidas;
- retirada de recursos sem autorização;
- pagamento antecipado de fornecedores;
- uso de documentação inadequada para solicitar reembolso de despesas;
- manutenção de saldos em dinheiro, sem investi-los no curto prazo;
- não devolução de saldos financeiros à União;
- mudanças no escopo dos projetos, sem autorização prévia do governo federal; e
- ausência de monitoramento para verificar o progresso físico e financeiro dos projetos.

14. O Banco Mundial (2017, p. 31) avalia que “Falhas na elaboração dos projetos frequentemente levam a irregularidades de execução. Por exemplo, as empreiteiras alteram as especificações dos projetos para torná-los mais caros; aditivos contratuais são assinados sem que sejam formalizadas as alterações do projeto; ou o controle de qualidade dos órgãos contratantes frequentemente deixa a desejar. Quando tais irregularidades são detectadas, o TCU interrompe a execução até que sejam solucionadas. Esse procedimento de controle contribui para o acúmulo de obras inacabadas”.

Nos aspectos relacionados a licitações e contratos, destacam-se:

- falta de divulgação e imprecisões dos editais;
- fracionamento de contratos, para evitar modalidades licitatórias mais exigentes;
- seleções de fonte única;
- não cumprimento da Lei de Licitações e Contratos;
- exigências excessivas em editais, o que reduz o número de concorrentes aptos; e
- má qualidade ou ausência de pesquisas de mercado.

No que tange à gestão de contratos, podem-se constatar:

- pagamentos não previstos nos contratos originais;
- extensão dos prazos;
- sobrepreços; e
- adendos contratuais, que excedem os limites estabelecidos na Lei de Licitações e Contratos.

Tabela 2 – Número de obras classificadas com IG-P

Índicio de irregularidades com recomendação de paralisação

Ano	Total de obras classificadas com IG-P	Obras de infraestrutura classificadas com IG-P
2003	88	-
2004	72	-
2005	81	-
2006	91	-
2007	77	-
2008	48	32
2009	41	29
2010	32	22
2011	26	16
2012	22	15
2013	7	5
2014	4	1
2015	5	4
2016	7	7
2017	11	7

Fonte: Relatório FISCOBRAS 20 anos e relatórios FISCOBRAS 2008-2017.

A Tabela 3, construída a partir das auditorias reportadas no Fiscobras (levantamento anual realizado pelo TCU), mostra que, das 535 irregularidades identificadas pelo Tribunal em 97 projetos, há vários casos que refletem os problemas citados, incluindo problemas nos projetos de engenharia, assim como casos em que o TCU considerou

haver má aplicação das regras de licitação, a execução inadequada da obra e erros na gestão dos contratos.

Note-se que os problemas de sobrepreço, que em geral ganham mais destaque nos debates, são relativamente menos frequentes. Problemas na preparação, execução e monitoramento das obras são ainda mais visíveis em projetos realizados pelos municípios.

A Tabela 4 apresenta levantamento da CGU sobre esse tipo de projeto, em convênios nos quais ocorre a transferência de recursos federais e fica visível a baixa capacidade de gestão dessas esferas de governo.

Tabela 3 – Natureza das irregularidades identificadas em auditorias do TCU

Irregularidades	2013	2014	2015
Número de incidências de irregularidade	381	840	535
Percentual de projetos com a seguinte irregularidade:			
Execução de obras	13,2%	41,2%	44,3%
Processo licitatório	35,3%	14,7%	42,3%
Projeto Básico de Engenharia	23,5%	34,3%	32,0%
Gestão contratual	15,4%	14,7%	25,8%
Sobrepreço	29,4%	8,8%	21,6%
Monitoramento do projeto	17,6%	20,6%	12,4%

Fonte: FISCOBRAS 2015, apud Banco Mundial (2017).

Tabela 4 – Principais problemas identificados pelas auditorias da CGU

Problema	Incidência (%)
Atrasos ou falhas de processamento do governo local	47%
Atrasos na execução	46%
Baixa qualidade das obras	31%
Não cumprimento das leis de licitações e contratos	30%
Superfaturamento, sobrepreço ou pagamentos por serviços não concluídos	22%
Execução interrompida durante a auditoria	20%
Discrepância entre as obras e o objeto contratado	17%
Execução parcial	16%
Deficiência no projeto básico	10%

Tabela 4 – (Continuação)

Problema	Incidência (%)
Atrasos na liberação de recursos pelo governo federal	9%
Atrasos ou erros de procedimento pelo governo federal	8%
Conflitos/obstáculos, envolvendo instituições reguladoras ou judiciais	8%
Plano de obras inadequado	6%
Execução não iniciada	5%
Monitoramento deficiente pelo governo federal	4%
Aditivo de acréscimo de valor	4%
Atrasos ou erros de procedimento pelo governo estadual	1%

Fonte: CGU - Relatórios do Programa de Fiscalização a Partir de Sorteios Públicos - Edição 2015. (2015, apud BANCO MUNDIAL, 2017).

Os inúmeros problemas de governança na administração pública, em especial no que tange aos projetos de infraestrutura, têm levado a uma relação antagônica e visões divergentes de gestores públicos e controladores externos.

Nesse quadro, as percepções dos gestores, levantadas em entrevistas por Olivieri (2016, p. 22-23), podem ser assim resumidas (Figura 4):

- órgãos de controle têm postura “policialesca” e partem da “presunção de culpa”;
- órgãos de controle têm levado à “criminalização da gestão”: irregularidades são interpretadas como intencionalmente voltadas para lesar o erário – e não como erros acidentais;
- controles exigem que gestores se dediquem a controle de legalidade e preocupações formais, em detrimento do trabalho voltado para os resultados das ações;
- órgãos de controle muitas vezes imiscuem-se em decisões relativas à implementação das políticas públicas; e
- órgãos de controle divergem, às vezes, quanto às mesmas regras e determinam ações diferentes: situação de alta instabilidade e insegurança jurídica para gestores.

Já os controladores externos têm uma visão bem diferente, que pode ser assim resumida (OLIVIERI, 2016):

- controle externo é conquista democrática e só foi fortalecido com Constituição de 1988 e após a CPI do Orçamento;

- controles são eficientes, como demonstram os problemas recorrentemente encontrados em projetos e as estimativas de recursos poupados com intervenções; e
- há a necessidade de expandir controles, o que permitiria identificar e corrigir mais problemas.

Para além dessa diferença de visões, há um ponto fundamental que tem recebido menor atenção: esse tipo de governança não tem funcionado adequadamente, como demonstram os inúmeros problemas recorrentes nos projetos de infraestrutura.

Figura 4 – Visões dos gestores públicos e controladores externos sobre a atuação dos órgãos de controle externo

Visão dos gestores	Visão dos controladores externos
1 Adotam a presunção de culpa.	1 Representam uma conquista democrática.
2 Criminalizam a gestão.	2 Alcançam resultados eficientes.
3 Focam no controle da legalidade em detrimento do resultado das ações.	3 É necessário expandir o controle.
4 Interferem na implementação de políticas.	
5 Divergem entre si e geram insegurança jurídica.	

Fonte: Oliveiri, 2016.

Nas entrevistas realizadas, a autora observa algumas características da atuação dos órgãos de controle que podem ser melhoradas, incluindo a utilização da mesma lógica de controle tanto para a compra de serviço de limpeza, como para a construção de hidrelétricas, ou a paralisação (ou revisão da atividade) sem levar em consideração os custos de oportunidade e os impactos do cumprimento dessas exigências sobre o resultado final.

A autora defende que, mesmo que os órgãos de controle se expandam e se aperfeiçoem, suas atuações são limitadas. Nada é feito para alterar a origem das irregularidades e das fraudes, como, por exemplo, a correção de normas e procedimentos falhos e a melhoria da capacidade dos outros órgãos da administração federal de monitorar e controlar suas operações, de modo a identificar e evitar irregularidades e fraudes.

Diante da baixa efetividade dos controles administrativos internos aos ministérios e seus órgãos, os órgãos de controle ficam sobrecarregados com tarefas relacionadas ao levantamento de informações procedimentais e de dados. Isso impede um distanciamento do controle da legalidade.

É fundamental reconhecer que, até certo ponto, as visões de gestores e controladores externos, apesar de fortemente contrastantes, estão essencialmente corretas, no sentido de que há, de fato, muitos problemas, o que não significa que os gestores possam corrigi-los simplesmente alterando sua forma de atuação, em especial, porque elas, em grande medida, resultam da falta de recursos da Administração (RIBEIRO. 2012, p. 92-93):¹⁵

As deficiências apontadas pelos órgãos de controle ora podem ser atribuídas às falhas no planejamento, ora à precariedade e à insuficiência de recursos humanos, materiais, tecnológicos ou mesmo à inadequação de estruturas organizacionais dos órgãos e entidades responsáveis pela contratação e execução das obras públicas.

São exemplos dessas deficiências aquelas ocorrências reveladoras da incapacidade do órgão ou entidade para conduzir processos licitatórios segundo as exigências do estatuto das licitações, da legislação ambiental, e mesmo para fiscalizar a execução dos empreendimentos contratados quanto à conformidade dos serviços e insumos utilizados com aqueles especificados nos projetos.

São abundantes os relatos de contratação e execução de obras com projetos básicos e executivos deficientes ou desatualizados; grande disparidade nos preços médios constantes das planilhas de custos; sobrepreços; superfaturamentos; deficiência de supervisão; ausência de ferramentas tecnológicas que auxiliem o controle e avaliação, carência de pessoal capacitado para realização dos serviços, entre outras.

Há essencialmente um fracasso na forma como o controle dos projetos públicos de infraestrutura tem-se dado em, pelo menos, duas dimensões. Primeiro, pelo fato de os problemas identificados pelos órgãos e o controle serem recorrentes – inclusive nas mesmas agências governamentais – o que mostra que a raiz do problema não está sendo atacada. Isso em que pese o TCU ter várias vezes defendido a necessidade de a Administração fortalecer a governança dos projetos de infraestrutura.

Como nota o Banco Mundial (2017, p. 25), embora o diagnóstico sobre a má qualidade da governança pública de projetos de infraestrutura aparentemente ser claro, os problemas identificados são recorrentes ano após ano, devido a um acompanhamento insuficiente das recomendações. Ou seja, atacamos os sintomas, mas não a origem dos problemas.

15. A inoperância dos controles internos é outra razão para esse antagonismo entre controlados e controladores. Como observa Oliveiri (2016, p. 27), em grande parte as queixas dos gestores a respeito dos controles externos refletem a inexistência ou fragilidades dos mecanismos internos de gestão, monitoramento e controle. “Essas fragilidades, como apontaram os estudos referidos, seriam de tal ordem que implicariam a baixíssima capacidade dos órgãos do Executivo (que promovem diretamente ou financiam obras públicas) de realizar atividades rotineiras de monitoramento e avaliação das obras. Para esses órgãos, as demandas dos controladores aparecem, portanto, como excessivas, já que eles não mantêm sequer sistemas de informações sobre a execução das obras e, portanto, não são capazes de prestar contas sobre a regularidade da execução”.

Além disso, a identificação e a correção de problemas só ocorrem quando os recursos já foram parcialmente gastos, o que eleva, significativamente, o custo social dos problemas. Tudo isso sugere que o “mais do mesmo” não vai mudar o quadro atual.

Para o Banco Mundial (2017, p. 33), há, portanto, um contraste entre, de um lado, o forte mandato e a exuberância relativa de recursos do TCU e, de outro, os resultados da sua atuação:

O TCU possui algumas das características institucionais formais para que seja considerado uma instituição eficaz de controle, incluindo independência organizacional, recursos suficientes, funcionários competentes e auditores qualificados, o que corrobora as avaliações que o consideram umas das Instituições de Auditoria Suprema (IAS) mais fortes da região. (...) No entanto, os achados do TCU ainda não levaram a decisões sobre políticas que resolvessem os problemas de incentivos subjacentes. Uma das questões centrais da governança no Brasil é se o TCU e outras instituições de controle têm sido eficazes na busca do equilíbrio entre responsabilização e eficiência, e também se a responsabilização tem sido eficaz.

Segundo, a recorrência desse tipo de problemas reforça, de certo modo, o foco dos órgãos de controle sobre a questão da legalidade e nos detalhes dos projetos, impedindo que esses se concentrem mais em avaliar a eficiência e efetividade dos projetos e políticas públicas, como ocorre em outros países.

Assim, ainda que o TCU, por exemplo, acompanhe e busque seguir um caminho parecido ao que adotam os tribunais de contas de países como os EUA, Inglaterra etc., na prática, sua atuação é bastante diferente.

Para o Banco Mundial (2017), isso é, até certo ponto, o resultado das falhas de estruturação de projetos além do mau funcionamento dos órgãos de controle interno dos órgãos da Administração Pública responsáveis pelos projetos.

Isso levaria o TCU a concentrar sua atuação nas fases iniciais de implantação dos projetos, na tentativa de impedir problemas que causem danos ao erário. A situação seria diferente, conclui o Banco Mundial (2017), se a Administração preparasse melhores projetos e os órgãos de controle interno fossem mais efetivos.

Marques Neto e de Palma (2017) vão um passo além, defendendo que há uma hipertrofia dos órgãos de controle no Brasil, o que também tem trazido consequências negativas para o funcionamento da Administração Pública. Segundo os autores, para haver “garantias de governança pública, com qualidade de serviços” e segurança jurídica, é necessária uma profunda reforma do sistema de controle da Administração Pública.

Como faz Olivieri (2016), Marques Neto e de Palma (2017) partem da constatação de que a constituição de 1988 ampliou fortemente a capacidade e o poder de intervenção

dos órgãos de controle. Essa capacidade e poder teriam sido reforçados, nos anos seguintes, por legislações aprovadas em reação a escândalos de corrupção, que, em geral, levaram à realização de Comissões Parlamentares de Inquérito, como resultado da própria atuação desses órgãos.

Estes teriam sido bem sucedidos em validar interpretações das leis que lhes dão mais poder, assim como abocanhar uma parcela crescente de recursos públicos, o que, entre outros fatores, permitiu reforçar seus quadros de pessoal e elevar seu prestígio.

Marques Neto e de Palma (2017) apontam, porém, que isso se deu sem planejamento, um pouco ao sabor das emoções geradas pelos escândalos de corrupção e de forma algo aleatória e descoordenada. O resultado é que enquanto a discricionariedade do controlador aumentava fortemente, a do gestor minguava, comprometendo a governabilidade, a segurança jurídica e a eficiência da gestão pública.

Os autores detalham esse argumento, agrupando os problemas causados por essa institucionalidade no que chamaram de sete impasses do controle da administração pública no Brasil (Figura 5).

Figura 5 – Sete impasses do controle da administração pública do Brasil



Fonte: Marques Neto e de Palma, 2017.

São eles:

- **Captura das competências da administração pública:** há uma migração de responsabilidades da administração para os órgãos de controle, que passam a determinar políticas, regulações e características de projetos.

Isso às vezes ocorre pelo voluntarismo do controlador, mas pode se dar também pela decisão do gestor de esperar a manifestação do controlador para dar o perfil final de suas decisões, o que ocorre com editais de licitação, por exemplo.

No todo, seja por iniciativa do controlador, seja do gestor, há um “deslocamento de parcela da competência administrativa para a instituição controladora”. Como observam os autores, muitas vezes é o “próprio controlador quem modela a atividade-fim, ou seja, o específico modo de satisfação das finalidades públicas, por meio de comandos concretos”. Na infraestrutura, uma

das consequências é adicionar uma etapa extra ao processo, tornando-o mais demorado e incerto.

- **Neopatrimonialismo:** “o controle é orientado pelas predileções pessoais e orientação jurídica do funcionário controlador”. Marques Neto e de Palma (2017) referem-se aqui à falta de subordinação dos controladores a uma normativa da instituição de controle clara e transparente e, portanto, capaz de uniformizar a ação dos controladores individuais e orientar a ação da administração.

Pelo contrário, a cultura de controle prevalecente direciona-se a “moldar a gestão pública – leiam-se, contratos públicos de infraestrutura de alta complexidade, políticas públicas construídas em processo administrativo aberto à participação administrativa, regulação precedida de análises de custo-benefício e de impacto regulatório e decisão quanto à alocação dos recursos públicos, por exemplo – à visão particular da pessoa do controlador”.

- **Desvirtuamento da atividade-fim.** A hipertrofia dos órgãos de controle e a distribuição desigual das sanções, no caso de divergência de interpretações entre controlador e gestor, fazem com que este último seja encorajado a gastar parte considerável de seu tempo atendendo a demandas do controlador, em lugar de trabalhar na atividade administrativa propriamente dita.

Isso é mais frequente em determinadas áreas da administração do que em outras; a realização de projetos de infraestrutura é, certamente, uma das áreas em que esse problema é mais crítico.

Nesse processo, observam Marques Neto e de Palma (2017), a decisão dos gestores é simples: entre “alocar o tempo escasso – assim como os recursos públicos – em modelar contratos administrativos, conduzir procedimentos, elaborar políticas públicas, fomentar o diálogo com a sociedade, por meio de audiências e de consultas públicas, e responder aos controladores. A resposta é inequívoca: os gestores priorizam as demandas dos controladores”.¹⁶

- **Reais efeitos do combate à corrupção.** Marques Neto e de Palma (2017) apontam que a grande expansão da influência e poder dos órgãos de controle não se baseia em qualquer evidência de que isso tem servido para combater a corrupção de forma eficaz e menos ainda que os benefícios do controle estejam compensando seus custos.

Para os autores, a forma como o controle da administração se dá no Brasil resulta de visões cuja generalidade ou importância jamais foi avaliada.

16. Este ponto também é enfatizado por Oliveiri (2016, p. 22): “A percepção dos servidores da APF sobre os controles exercidos pelos órgãos burocráticos e judiciais já foi analisada na literatura, por isso não foi objeto das entrevistas desta pesquisa. Sua visão é que, apesar de os controles serem legítimos devido às exigências democráticas de prestação de contas e às exigências de conformidade legal, na prática eles emperram a gestão pública, ao impor exigências excessivas quanto a procedimentos formais e interferir, indevidamente, nas decisões sobre as formas de realizar atos de gestão”.

Mais especificamente, os autores apontam que a cultura do controle se sustenta em quatro truísmos que carecem de qualquer comprovação empírica ou de avaliação dos custos que impõem ao País. São eles: (1) Quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar (discricionariedade), maior o risco de corrupção; (2) Quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; (3) Instituições de controle fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos, barram a corrupção; (4) A corrupção da máquina pública é contida por meio de punições exemplares: é o efeito simbólico de sanções pesadas, que constroem novas práticas delitivas e infracionais públicas”.¹⁷

- **Gestão de defesa.** A carência de recursos públicos, frente à enormidade de demandas colocadas para a Administração, exige do gestor soluções criativas e relativa discricionariedade. Inclusive porque, conforme notam Marques Neto e de Palma (2017), “aplicar a lei é interpretar a lei” e “Administrar é decidir dentro dos limites legais; a discricionariedade é intrínseca à atividade de gestão pública”. Não obstante, uma das visões que se consolidou na cultura do controle no Brasil é justamente a “presunção de corrupção no exercício da discricionariedade administrativa”. Cria-se assim um dilema para o gestor, entre buscar atender à demanda por serviços públicos de forma eficiente e, ao mesmo tempo, respeitar a cultura de discricionariedade mínima.

Como observam os autores, “O sistema jurídico não tutela o gestor público bem-intencionado que queira atuar de modo proativo, buscando soluções criativas e parcerias para uma gestão pública mais eficiente”. Continuam os autores, dizendo que “não há nada que predique que as interpretações ou prioridades identificadas pelos órgãos de controle sejam, em si, melhores que aquelas adotadas pelo administrador público. Muito menos que divergir do controlador seja em si um gesto improbo”. O resultado, porém, é que o gestor receia agir de uma forma que possa ser mal interpretada pelo controlador e responder pessoalmente por isso.¹⁸

- **Competição institucional:** A forma como os órgãos de controle se desenvolveram no Brasil não levou nem à criação de uma hierarquia entre eles sobre

17. Ressalte-se, a esse respeito, a visão do Banco Mundial (2017) de que a Lei 8.666/1993 não impede a fraude e a corrupção, mas impõe um elevado ônus em termos de gerar efeitos que enfraquecem a governança de projetos públicos de infraestrutura.

18. Uma consequência desse estado de coisas é a preocupação em cumprir com o formalismo do arcabouço jurídico, o que faz com que qualquer adaptação contratual tenha de ser objeto de uma renegociação contratual, aumentando a complexidade da gestão contratual e a morosidade na implementação dos projetos. Nesse contexto, o Banco Mundial (2017) observa que a maior ênfase na forma do que na substância leva a controvérsias, que alongam o processo de licitação pública e, em geral, acabam sendo judicializadas. O Banco Mundial (2017, p. 33-34) também vê essa “gestão de defesa” surgir como resultado da forma como atua o TCU: “Pode-se considerar que o foco da abordagem do TCU esteja no cumprimento das regras. Devido ao nível das atividades que desempenha e às possíveis consequências de decisões erradas, suas intervenções possivelmente levaram a uma excessiva aversão ao risco, bem como a atrasos nos processos decisórios, durante a implementação de investimentos públicos”.

temas específicos nem a uma alocação clara de responsabilidades. A cooperação entre esses órgãos também é limitada e, em geral, restrita à troca de informações.

Na verdade, há uma disputa entre órgãos de controle por poder e influência, refletida em uma briga por autonomia e liberdade de poder decisório. Esse quadro aumenta a insegurança jurídica e restringe a capacidade de a Administração atuar, já que as interpretações dos diferentes controladores nem sempre são iguais. A realidade, segundo apontam Marques Neto e de Palma (2017), é que há um “excesso de controles” e os “custos relacionados a esse controle – seja aqueles relacionados ao funcionamento dos controladores, seja aqueles oriundos da própria atividade de controle – são significativos”.

- **Decisões instáveis:** Os autores notam que a maioria das decisões de órgãos de controle são provisionais, inclusive porque focadas em casos individuais, raramente levando à edição de regramentos gerais.

A governança dos projetos públicos é ruim, carecendo de procedimentos adequados e sendo aplicada em um contexto de recursos escassos, tanto humanos como materiais.

O resultado são projetos com inúmeros problemas de seleção, preparação, execução, fiscalização, entre outros. Os órgãos de controle são significativamente mais bem equipados que a Administração e contam com significativa independência. Ainda que identifiquem corretamente os inúmeros problemas com os projetos, sua atuação, em algumas dimensões, é voluntarista e incerta, elevando a insegurança jurídica.

Há, também, uma dissonância entre a forma como as sanções são impostas e os incentivos que se busca gerar, o que ajuda a explicar por que a forma como se tem tentado corrigir esses problemas não se tem mostrado efetiva, como mostra a recorrência dos problemas, muitas vezes nas mesmas instituições. Isso pela forma como se impõem as sanções em caso de erros identificados por órgãos de controle.

Ainda que os problemas sejam sistêmicos, as sanções são aplicadas em caráter individual, sobre um gestor que tem influência às vezes muito pequena sobre a governança do projeto. Dessa forma, as penalizações não levam a uma melhoria da governança, de forma que os problemas se repetem, assim como as intervenções dos órgãos de controle.

Por outro lado, incapazes de mudar a governança, os gestores adotam uma postura defensiva, evitando decisões discricionárias, muitas vezes necessárias para a realização de projetos complexos como os de infraestrutura.

Os incentivos são, portanto, ineficientes, já que geram penalizações, que não encorajam uma mudança na origem dos problemas – que é sistêmica, e não

individual – inibindo a atuação do bom gestor. As empresas se veem, frequentemente, nesse “fogo cruzado”, tanto no sentido de serem vítimas, mas também de se aproveitarem das falhas de governança. Sua relação com os órgãos de controle acaba sendo, muitas vezes, de conflito.

4 MEDIDAS EM ANÁLISE PARA ELEVAR A SEGURANÇA JURÍDICA

A importância da segurança jurídica para a economia – e para a vida em sociedade – é que ela facilita as interações humanas. A segurança jurídica reduz a incerteza que a cerca, tanto em relação a interações já ocorridas quanto aos efeitos jurídicos futuros das condutas e relações decididas no presente.

Quanto mais segurança jurídica, menos arriscadas se tornam as relações entre indivíduos, em especial as econômicas, pois as bases em que se sustentam ficam mais estáveis, suas consequências mais fáceis de prever e seus custos e benefícios esperados mais fáceis de calcular.

Há segurança jurídica quando o indivíduo pode confiar que “seus atos, quando alcançados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos” e “de que, atendo-se à legislação, o indivíduo contará com o apoio do Estado para proteger suas relações jurídicas e dele não sofrerá sanção” (PINHEIRO, 2005, p. 2).

A segurança jurídica se sustenta em um conjunto de princípios voltados para garantir a continuidade das normas jurídicas e a estabilidade das situações constituídas. Entre esses princípios do direito positivo, incluem-se a irretroatividade da lei e o respeito à coisa julgada, aos direitos adquiridos e ao ato jurídico perfeito. Esses princípios têm em comum a ideia de que novas normas são feitas para reger o futuro – e não para decidir sobre situações constituídas sob regras pretéritas.

A segurança jurídica também visa dar ao indivíduo previsibilidade na sua atuação enquanto agente social, econômico e político e; isto é, algum grau de certeza quanto às implicações futuras de sua atuação jurídica. Na esfera econômica, isso se reflete na possibilidade de calcular as possíveis consequências de suas ações, de transformar incerteza em risco. Ou, para usar um conceito caro a Max Weber, dar “calculabilidade” aos agentes, tornando-os capazes de quantificar e medir os possíveis resultados de seus atos.

Assim, como explica J. J. Gomes Canotilho (1991), a segurança jurídica tem duas dimensões complementares (PINHEIRO, 2005, p. 3):

A primeira, relativa à estabilidade ou eficácia ex-post, que rege que a norma não deve pode ser arbitrariamente modificada, a não ser que se verifiquem fatos especialmente relevantes.

A segunda atinente à previsibilidade ou eficácia ex-ante da norma, que se traduz, fundamentalmente, na exigência de que os indivíduos possam ter certeza e calculabilidade em relação aos efeitos jurídicos dos seus atos, das relações em que se envolvam, e dos atos a que estão submetidos.

4.1 Redução das situações de conflito nos projetos de infraestrutura

Uma forma de abordar a relação, até certo ponto, conflituosa entre gestores públicos e órgãos de controle externo é entender o projeto de infraestrutura como um contrato incompleto entre a Administração Pública e a empresa privada, em que o gestor público e o órgão de controle externo entram como intervenientes. O conflito surge quando há alguma alteração nas condições iniciais do contrato ou uma interpretação divergente sobre sua execução.

O setor público brasileiro vem tentando adotar inovações institucionais que alteram a governança de projetos públicos de infraestrutura, de forma a completar os “contratos” e minimizar a possibilidade de surpresas contratuais ou interpretações divergentes, ao mesmo tempo em que mantém a possibilidade de alguma discricionariedade na sua estruturação e execução.

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), criado pela Lei 12.462/2011 e aprovado no governo Dilma Rousseff – inicialmente com foco nas obras necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 – procurou dar novos instrumentos para que o gestor público realizasse as obras.

Um desses instrumentos é o regime de contratação integrada, que faculta ao gestor contratar conjuntamente “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (§ 1º do art. 9º do RDC).

Na contratação integrada, portanto, o gestor transfere um número maior de responsabilidades para o contratado, que pode exercer um grau de discricionariedade que o gestor não tem, inclusive para a contratação dos recursos humanos e materiais necessários para a elaboração de projetos e estudos e a execução da obra. Nesse sentido,

a contratação integrada parece uma alternativa especialmente eficiente no caso de projetos complexos, que não podem ser detalhadamente especificados *ex-ante*.

Na contratação integrada, a governança se aproxima mais de uma hierarquia, agora sob controle da iniciativa privada, a quem cabe executar tarefas conectadas, em que a qualidade do trabalho feito em uma etapa (por exemplo, elaboração do projeto de engenharia) afeta seus próprios resultados em outra etapa (por exemplo, execução da obra), com isso se alinhando melhor os incentivos.

O RDC, aliás, permite fortalecer esses incentivos, por via de “remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato” (Art. 10º da Lei 12.462).

Por fim, a contratação integrada reduz os riscos sob a perspectiva da Administração, já que vários riscos são transferidos para o fornecedor privado. Em particular, a Lei 12.462 proíbe a realização de aditivos contratuais, quando se usa esse regime de contratação (Art. 9º).

A alocação de mais etapas do processo ao fornecedor privado, por outro lado, exige que a Administração desempenhe bem as etapas limítrofes, ou seja, a concepção do projeto a ser contratado e o monitoramento e fiscalização da obra que será entregue.

O mesmo se verifica para a etapa de licitação do projeto, dada a maior complexidade do serviço a ser licitado e o menor número de potenciais licitantes, de forma que essa alternativa não implica a obrigatoriedade de a Administração dispor de quadros qualificados e recursos materiais adequados.

A visão de que esses quadros não estão disponíveis e a continuada dificuldade do setor público em implementar projetos de infraestrutura, acabou gerando uma alternativa ainda mais radical, ainda que na mesma direção da apontada pelo RDC: transferir a responsabilidade por realizar e operar os projetos para investidores privados, por meio de PPPs.

Nas PPPs, o gestor público especifica os serviços a serem e de resto cabe ao privado realizar todas as etapas do projeto, exceto, claro, pela sua seleção e a definição de suas diretrizes básicas. É nesse sentido que as PPPs vão na mesma direção da contratação integrada, ainda que de forma mais extrema. Consequentemente, os possíveis benefícios e os riscos no uso desse regime também são mais significativos.

A grande vantagem dessa alternativa é que o setor privado tem demonstrado mais capacidade de projetar, executar e operar os projetos do que o setor público. Além disso, há um melhor alinhamento de incentivos, na medida em que o privado tem mais capacidade de selecionar bons fornecedores e monitorá-los, exercendo discricionariedade sem a preocupação de ter de justificá-la perante os órgãos de controle.

As PPPs também dependem da estruturação de bons projetos pelo setor público e, em muitos casos, do aporte de recursos orçamentários, situação em que os mesmos problemas se repetem. O setor público tentou resolver o problema da má estruturação de projetos por meio dos chamados Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMIs), que, em certo sentido, transferem a responsabilidade pela estruturação dos projetos de PPP para o setor privado.

Ocorre que isso gerou seus próprios problemas, (ver PINHEIRO, 2015c), o que mostra que essa não é uma solução que possa ser usada de forma generalizada, se o próprio setor público não contar com boas equipes para analisar, adaptar e utilizar os estudos produzidos com base em PMIs.

4.2 A paralisação de obras e o interesse geral

O Brasil tem inúmeras obras de infraestrutura paralisadas, impondo um elevado social. Em alguns projetos, o valor dessas perdas monta a dezenas de bilhões de reais (CNI, 2014 e 2018).

Assim, além de evitar que os problemas que paralisam as obras surjam, é preciso também construir formas de lidar com esses problemas, de forma a proteger o interesse geral, caso não se consiga evitá-lo.

O Congresso Nacional aprovou recentemente o PL 7448/2017 focado nessa questão, de autoria do senador Antonio Anastasia, que resultou na Lei 13.655/2018. Além disso, ainda discute o PLS 441/2017, de autoria do senador José Medeiros. Um dos objetivos principais dessas normas é equilibrar a busca do controle da legalidade com a do interesse público e geral, também afetado pela paralisação das obras, como bem caracterizado por Ribeiro (2012, p. 91):

[...] a paralisação de obras penaliza a sociedade de várias formas: impede a geração de riquezas econômicas (porto, estrada, ferrovia, refinaria, aeroporto, etc.), impõe perdas de bens e serviços já executados, seja por intempéries ou depredações, e aumenta o custo final das obras, em virtude da ampliação do prazo de execução, de mobilizações, desmobilizações e encargos financeiros não previstos originalmente.

A Lei 13.655/2018 determina a inclusão dos artigos 20 a 29 no Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). O primeiro dos artigos a serem inseridos, o art. 20, busca colocar limites ao que Marques Neto e de Palma (2017) chamam de “neopatrionalismo” e dar instrumentos legais para promover o equilíbrio entre os objetivos de controle da legalidade e de defesa do interesse geral.

O artigo determina que decisões de natureza administrativa, controladora e judicial não poderão mais ser baseadas apenas em valores jurídicos abstratos, tendo, doravante, que considerar também as consequências práticas da decisão, que precisa, na sua motivação, demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (parágrafo único).

O Art. 21 vai na mesma direção, ao exigir que as decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial, que invalidem ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, indiquem expressamente suas consequências jurídicas e administrativas.

O parágrafo único do Art. 21 estabelece ainda que:

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O Art. 26 tem orientação semelhante, buscando criar condições para que conflitos entre gestores, controladores e empresas fornecedoras sejam resolvidos por acordo, evitando a paralisação das obras. Assim, o artigo estipula que: ¹⁹

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso:

I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – VETADO;

III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

§ 2º VETADO.

19. O Inciso II do § 1o, vetado pelo presidente, determinava que o compromisso de que trata o caput do Art. 26 “poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição”. Por sua vez, o § 2o do mesmo artigo, também vetado, determinava que “poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime”.

Ainda que, em tese, voltado para alterar a Lei 8.666/1993, o foco efetivo do PLS 441/2017 recai também na criação de um instrumental jurídico, que permita evitar a paralisação de obras, quando essa não for a melhor alternativa do ponto de vista do interesse geral.

A ideia é que a opção pela paralisação, caso seja identificada alguma irregularidade, seja avaliada contra outras opções que evitem essa paralisação, sendo o critério de decisão a promoção do interesse público. Assim, o PLS 441/2017 visa introduzir um único artigo na Lei 8.666/1993, que se lê da seguinte forma:

Art. 80-A. Constatada qualquer irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, não sendo possível o saneamento, a decisão, administrativa ou judicial sobre a paralisação da obra somente será adotada na hipótese em que se revelar como medida de interesse público, observados, necessariamente, os seguintes aspectos:

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

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

III – motivação social e ambiental do empreendimento;

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

V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

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

VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – empregos diretos e indiretos, perdidos em razão da paralisação;

X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI – custo de oportunidade do capital, durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação não se revele como medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade, por meio de cobrança de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da aplicação de penalidades e da apuração de responsabilidades.

Há nesses artigos da Lei 13.655/2018 e no PLS 441/2017 uma tentativa de equilibrar, em termos da legislação, a preocupação com o controle da legalidade e a busca da efetividade das políticas e projetos públicos, abrindo, dessa forma, maior espaço para que as posições de gestores e controladores externos se aproximem.

Como observado, as exigências legais eram vistas como um impedimento a que os órgãos de controle matizassem seu foco no controle da legalidade, em favor de uma preocupação mais ampla com a questão da efetividade.²⁰

4.3 Estabilidade e clareza da norma

A Lei 13.655/2018 propõe elevar a segurança jurídica, mediante duas formas adicionais: de um lado, tornando a norma mais estável; de outro, tornando-a mais clara e previsível, em particular em relação às normas que regulam as ações dos gestores públicos, buscando, dessa forma, estimulá-los a ter uma postura menos defensiva e usar de maior discricionariedade na solução dos problemas enfrentados na sua atividade.

Em relação à estabilidade da norma, destaca-se o Art. 23, que prevê a obrigatoriedade de um período de transição, para que novas interpretações sobre a norma sejam impostas aos agentes. Essa proteção é assim disposta:²¹

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. VETADO.

O Art. 24 também busca promover a estabilidade e eficácia *ex-post* da norma, limitando a possibilidade de retroatividade da orientação geral nas esferas administrativa, controladora e judicial. O artigo estabelece:

Art. 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em

20 Registre-se que o TCU argumenta que já faz isso na prática. Segundo Bittencourt (2011), “Não é qualquer pequena irregularidade que leva o TCU a recomendar a não alocação de recursos para uma obra. Somente obras com indícios de irregularidades graves recebem a recomendação de suspensão de recursos orçamentários. Faz-se uma avaliação dos benefícios (estancar procedimentos nocivos ao erário) e custos (perdas decorrentes da obra paralisada), antes de se recomendar a paralisação”.

21 O Parágrafo único, vetado pelo Presidente, estabelecia: “Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do *caput*, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso”.

jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O PL 7448/2017 também previa reduzir a incerteza jurídica, aumentando a previsibilidade, por meio do estabelecimento de uma ação declaratória de validade, que serviria para encerrar a incerteza jurídica a respeito da validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas.

O procedimento evitaria que se tivesse de aguardar até que a validade dessas ações fosse gradualmente estabelecida. A ação declaratória de validade é tratada no Art. 25:

Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia *erga omnes*²².

§ 1º A ação de que trata o *caput* será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.

§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.

§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste.

Não obstante, o Art. 25 foi integralmente vetado pelo presidente da República, quando sancionou a Lei 13.655/2018. O artigo foi especialmente criticado pelos controladores externos, que entendiam que ele limitava erradamente sua atuação.

Assim, segundo ofício produzido por representantes do Ministério Público Federal (2018), “com a instituição da ação civil pública declaratória de validade de ato administrativo, o PL pretende enfraquecer ou mesmo desmontar todo o aparato de controle estatal, notadamente aquele conduzido pelos tribunais de contas”.

Já em relação à segurança jurídica, a Lei 13.655/2018 busca fortalecer os gestores públicos, estabelecendo bases mais objetivas para a determinação de sua culpabilidade e dando-lhes alguma proteção contra sanções injustificadas.

Os artigos 22 e 28 tratam mais diretamente desse ponto ao estabelecer que:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

22. Que tem efeito ou vale para todos (diz-se de ato jurídico).

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

“Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º VETADO.

§ 2º VETADO.

§ 3º VETADO.²³

Por fim, a Lei 13.655/2018 se propõe a aumentar a segurança jurídica, combatendo o que Marques e de Palma (2017) denominaram instabilidade das decisões dos órgãos de controle (ver seção 4). Nesse sentido, o Art. 30 da Lei insta as autoridades a tornar a norma mais clara e estável, por meio da edição de súmulas, que serão vinculantes para os órgãos ou entidades que as editarem:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

23. Os três parágrafos do Art. 28, vetados pelo presidente quando da sanção da Lei 13.655/2018, estabeleciam que:

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral, terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade, em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo”.

5 RECOMENDAÇÕES

5.1 Implementar as medidas constantes da Lei 13.655/2018 e aprovar o PLS 441/2017, que dispõe sobre a paralisação de obras públicas

O impacto efetivo das medidas constantes da Lei 13.655/2018 irá depender de como ela for aplicada na prática, não apenas na sua interpretação pelo Judiciário, mas também na sua aplicação pelos órgãos de controle externo.

É fundamental que elas sejam tratadas como instrumentos que visam viabilizar projetos, especialmente os mais complexos, como é o caso da infraestrutura, e não enfraquecer os órgãos de controle. Ou ainda que deem margem legal a que essas instituições foquem mais na efetividade dos projetos e não apenas no controle da legalidade, equilibrando objetivos ocasionalmente em conflito, mas igualmente válidos. Nesse sentido, a Lei dará mais sustentação legal para o que o TCU já argumenta fazer (BITTENCOURT, 2011).

Registre-se ainda que os parâmetros instituídos pela Lei 13.655/2018 já estão presentes na Lei 12.465/2011, que, no seu Art. 92, já orienta a Comissão Mista do Orçamento, ao decidir por seguir ou não as recomendações pela paralisação de projetos feitas pelo TCU, considerando o interesse geral.²⁴ É essa orientação que faz com que várias recomendações de paralisação, feitas pelo Tribunal de Contas, não sejam seguidas pelo Congresso.

Ou seja, o que a Lei 13.655/2018 e o PLS 441/2017 buscam fazer é estender um entendimento sobre o que já existe no âmbito do Congresso, evitando que as perdas causadas pela paralisação de obras e projetos superem os prejuízos que a paralisação quer evitar. É fundamental que esse entendimento prevaleça também fora do Congresso, Para isso, é importante a aproximação entre os vários atores na área de obras públicas.

24. Em especial, devem ser considerados "1) os impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento; 2) os riscos sociais, ambientais e à segurança da população local, decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do empreendimento; 3) a motivação social e ambiental do empreendimento; 4) o custo da deterioração ou perda das parcelas executadas; 5) as despesas necessárias à preservação das instalações e serviços já executados; 6) as despesas inerentes à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; 7) as medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; e 8) o custo total e o estágio de execução física e financeira dos contratos, convênios, obras ou parcelas envolvidas".

5.2 Aperfeiçoar o planejamento e a estruturação de projetos de infraestrutura

Grande parte dos conflitos entre gestores, empresas e controladores externos nos projetos públicos de infraestrutura – e a consequente falta de segurança jurídica – resultam da má governança que o Brasil tem nessa área, começando pela falta de planejamento e pela deficiente estruturação de projetos. Sem mudar isso, dificilmente se conseguirão mudanças significativas nessa área, como mostra a recorrência de problemas. Para tal é preciso:

- melhorar significativamente o macroplanejamento de infraestrutura, com o desenvolvimento de planos setoriais plurianuais detalhados e fundamentados em critérios transparentes para a seleção de projetos e de sua modalidade de execução. Esses planos devem estar disponíveis com antecedência em relação à execução dos projetos, de forma a permitir a devida preparação dos diversos atores, a começar pelos próprios gestores públicos;
- fortalecer o microplanejamento dos projetos, exigindo que, antes do início da execução das obras, itens como licenças ambientais, desapropriações e resolução de interferências estejam devidamente equacionados. Além disso, é preciso garantir que o projeto conte com bons projetos de engenharia e orçamentos e cronogramas consistentes, que reflitam, de forma completa e fidedigna, a realidade a ser encontrada quando da execução da obra;
- equipar e fortalecer os órgãos responsáveis por estruturar e executar os projetos de infraestrutura, inclusive promovendo uma maior coordenação e troca de informações entre eles; e
- criar uma Unidade Central de Infraestrutura, nos moldes da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos, mas com estrutura e funções ampliadas e maior estabilidade institucional. Essa Unidade ficaria encarregada de apoiar e avaliar os projetos de infraestrutura selecionados e estruturados nos demais órgãos de Administração.

5.3 Fortalecer os controles internos

Muitos dos conflitos entre gestores, empresas e controladores externos, no setor de infraestrutura, poderiam ser evitados, se os órgãos de controle interno funcionassem adequadamente. Dada a importância do tema, cumpre

registrar observação de Oliveiri (2016, p. 12), para quem a principal conclusão de seu estudo é que:²⁵

a APF brasileira é refém de suas próprias ineficiências no âmbito administrativo (especificamente nas atividades de planejamento, implementação, monitoramento e controle), as quais ampliam o espaço para o direcionamento discricionário dos órgãos de controle sobre as ações de controle. Ou seja, os órgãos de controle agem de acordo com os objetivos e nos limites dos mandamentos constitucionais e legais, mas sua atuação, como a de qualquer agente público, é realizada com um grau de discricionariedade que é irredutível a priori e por via normativa. Essa discricionariedade (definição dos meios mais adequados para alcançar os fins, no caso, dos controles) está, hoje, toda concentrada nos órgãos de controle, em boa parte porque os órgãos controlados exercem muito fracamente os mínimos controles administrativos, não têm mecanismos organizacionais para identificar, prevenir e corrigir falhas que podem levar a irregularidades e fraudes nem para definir com precisão o nível de controle necessário para reduzir, a níveis aceitáveis, o risco de ocorrência das irregularidades e das fraudes.

Para melhorar a governança das obras públicas de infraestrutura e promover a segurança jurídica dos atores envolvidos, é fundamental que se fortaleçam os órgãos de controle internos da Administração, notadamente em ministérios e entes subordinados com importante atuação nessa área.

Isso poderia ser feito em caráter provisório pela Unidade Central de Infraestrutura, explorando potenciais ganhos de especialização e levando em conta a recorrência dos problemas identificados pelos órgãos de controle externo.

Uma proposta complementar ao fortalecimento dos órgãos de controle interno – e possivelmente de mais rápida implementação – é o recurso a auditores externos de projetos, adaptando um pouco o conceito de *probity advisor* utilizado em alguns países (ver seção 2). Nesse sentido, vale destacar o instrumento, criado ao final de 2017 no âmbito do PPI, da Certificação Acreditada, ver (Programa Avançar Parcerias, 2017).

A Certificação Acreditada será realizada por empresas privadas, que precisam ser habilitadas pelo Inmetro, o que exige o cumprimento dos requisitos específicos enunciados pelo Instituto, em regulamento próprio. A Certificação Acreditada pode ser utilizada, cumulativamente ou não, em várias etapas do projeto de infraestrutura; a saber: ²⁶

25. Ribeiro (2012, p. 95) chega à conclusão semelhante, ao examinar a transferência para entidades subnacionais de recursos federais: “As deficiências de controle dos órgãos repassadores são responsáveis pela maioria das irregularidades. É em razão delas que convênios são assinados, com planos de trabalho e projetos inexistentes ou mal elaborados, análises técnicas são superficiais, prestações de contas não são analisadas tempestivamente e o acompanhamento dos empreendimentos é deficiente, o que estimula a ocorrência de outras irregularidades”.

26. Estudo do Ipea (2016), que analisou de perto um conjunto de projetos de infraestrutura, mostrou que aqueles que dispunham de controles internos bem estruturados evitaram problemas e tiveram uma relação mais construtiva com os órgãos de controle externo

- na certificação dos estudos técnicos, ambientais e econômicos;
- na certificação dos projetos de engenharia, orçamento e cronograma; e
- na certificação, garantindo que as obras avancem no prazo e com a qualidade contratada e que os recursos públicos não sejam liberados antes que as etapas contratadas sejam cumpridas.

O fortalecimento dos mecanismos de controle interno, em órgãos gestores – e mesmo em nível de projeto – deve permitir alcançar dois objetivos fundamentais. Primeiro, transformar a natureza da relação de órgãos de controle externo com gestores e controle interno, que deve passar do antagonismo para a cooperação.²⁷ Segundo, dar maior liberdade para os controladores externos focarem na questão da efetividade dos projetos e das políticas e menos na conformidade legal da atuação dos gestores.

Adicionalmente, como observa Oliveiri (2016, p. 13): “A presença de tais mecanismos de controle integrados às atividades de gestão (...) permitiria à APF ter autonomia no processo de identificação de irregularidades e fraudes em relação aos órgãos de controle externo. Permitiria também que ela tivesse capacidade de apresentar à sociedade e a esses órgãos justificativas sobre os meios mais adequados para garantir a legalidade e a probidade de suas ações”.

Isso seria fundamental para validar que o gestor tivesse maior discricionariedade na sua atuação perante a sociedade. Como observam Marques Neto e de Palma (2017), em parte “a reputação modela o grau de poder de uma instituição”, ou seja, uma “instituição com prestígio é capaz de não apenas maximizar sua competência, mas também assumir as competências de outros entes com baixa reputação”.

5.4 Aumentar a rapidez e eficiência da resolução de contratos

Ainda que o ideal seja fortalecer a capacidade de os gestores selecionarem, estruturarem e monitorarem projetos, além de ter bons controles internos, é quase inevitável que surjam conflitos envolvendo os principais atores em obras públicas de infraestrutura.

Tratando-se de grandes projetos, cuja paralisação implica prejuízos elevados para a sociedade, a rápida solução de conflitos poderia poupar grandes somas de recursos. Nesse sentido, recomenda-se que grandes projetos de infraestrutura

27. Como observa Oliveiri (2016, p. 23), “Há fortes indícios de que órgãos da administração pública que contam com estruturas de monitoramento e avaliação de políticas públicas ou de auditoria interna têm mais condições de dialogar com os órgãos de controle, no sentido de construir soluções conjuntas para os problemas identificados nas fiscalizações, em vez de permanecerem na posição passiva, recebendo as determinações dos órgãos de controle, sem conseguir apresentar contraposições”.

(definidos a partir de um valor mínimo, a ser regulamentado) contenham cláusula de arbitragem, procedimento já aceito em contratos com a Administração Pública.

Além de mais ágil, a arbitragem é também mais tecnicamente especializada, o que fortalece a segurança jurídica, pelo maior conhecimento técnico que os árbitros, em geral, têm sobre os temas em questão.

Ao seguir essa recomendação, seria trazida para as grandes obras públicas a realidade de grandes projetos no setor privado – como na exploração de petróleo, por exemplo – em que seria interessante buscar ensinamentos que orientassem a introdução desse mecanismo na área pública.

5.5 Realizar estudos aplicados

Há uma grande escassez de estudos, especialmente análises aplicadas, sobre governança e segurança jurídica em grandes obras de infraestrutura no Brasil, notadamente no que concerne à atuação dos órgãos de controle externo.

Sobre isso, é relevante a recomendação de Marques Neto e de Palma (2017), para quem a “pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada pelas Faculdades de Direito e centros de pesquisa para, assim, os problemas concretos serem mapeados e receberem soluções jurídicas”. O mesmo vale para as Escolas de Economia e Administração. Esse é um campo fértil para pesquisas, que está aí para ser explorado.

5.6 Modernizar a Lei de Licitações

É também importante reformar a Lei 8.666/1993, visando dar segurança jurídica ao gestor para introduzir critérios de qualidade e reputação na contratação de fornecedores, assim como permitir a contratação de consultores especializados, que ajudem na estruturação de projetos.

Além disso, o Banco Mundial (2017) critica fortemente a Lei 8.666/1993, argumentando que ela não atinge os objetivos a que se propõe – em especial quanto a promover a concorrência entre licitantes e prevenir a corrupção – por introduzir elevados custos de transação, inclusive atrasos e frequente judicialização.

O Banco também defende que a lei deveria ser adaptada, para permitir a contratação de consultorias, que seria uma forma de reforçar as capacitações das equipes responsáveis pela preparação de projetos de infraestrutura. Assim, o Banco recomenda:

Em relação às aquisições públicas, o objetivo seria tornar o processo menos propenso a litígios e introduzir mudanças na legislação de licitações e contratos para facilitar a contratação de serviços de consultoria, com base em avaliações de qualidade. Leis menos prescritivas, como a legislação britânica²⁸, guiadas por princípios de custo/benefício, adequação à finalidade e transparência, provaram ser muito mais eficientes e compatíveis com princípios internacionais, e menos propensas à necessidade de ajustes com o passar do tempo.

28. GOV.UK, 2018.

CONCLUSÕES

A governança dos projetos de infraestrutura no Brasil é ruim e falta segurança jurídica para diversos atores nessa área, o que compromete a eficiência da gestão pública. Isso se revela em centenas de obras de infraestrutura paralisadas e em projetos que custam e demoram muito mais para ser implementados do que o previsto.

A má governança resulta, em grande parte, da carência de recursos humanos e materiais, entre outros, nos órgãos públicos, responsáveis por selecionar, estruturar, executar e monitorar os projetos de infraestrutura.

A institucionalidade desses órgãos ignora esse fato e está estruturada de forma incompatível com essa realidade. O quadro é piorado pela inoperância dos órgãos de controle interno, que não têm contribuído para identificar problemas e descumprimento de normas, tampouco para gerar informações que possam ajudar os gestores a preparar melhores projetos.

Os órgãos de controle externo contam com muito mais recursos que os de gestão e identificam corretamente os muitos problemas gerados pela forma como a governança dos projetos públicos de infraestrutura está organizada.

Há, porém, quatro problemas com a forma como esse controle tem-se dado. Primeiro, ele não tem evitado a repetição dos problemas, por vezes nos mesmos órgãos, limitando-se a identificar e não corrigir o problema pela raiz. Os órgãos de controle reconhecem isso, mas não têm sido capazes de mudar essa situação.

Segundo, esse quadro tem ajudado a que os órgãos de controle permaneçam focados no controle da legalidade, sem expandir sua atuação para a avaliação do desempenho e da efetividade dos projetos e políticas públicas.

Terceiro, há sinais de hipertrofia dos órgãos de controle externo, que têm ocupado espaços que são da Administração e falhado em estabelecer normas e interpretações uniformes e estáveis. Por fim, há uma dissonância entre sanções e incentivos desejados.

A forma como o esquema de sanções está montado mistura irregularidades e perdas, resultantes de falhas de concepção e execução de projetos. Assim, o gestor bem intencionado, que comete um erro ou é responsável por um projeto que já nasceu errado, estará sujeito a sanções que não serão efetivas na alteração do quadro geral, pois esse está fora do controle do gestor individual.

O incentivo acaba sendo no sentido de o gestor evitar qualquer gesto discricionário, adotando uma postura defensiva, o que não contribui para promover o interesse geral.

O resultado é um crescente antagonismo entre gestores e órgãos de controle, com os primeiros querendo menos e os últimos mais controles. Ainda que os dois lados tenham certa razão, mais importante do que tomar partido é reconhecer que menos ou mais controles, por si sós, não irão alterar o quadro de insegurança jurídica e perdas com a má governança de projetos de infraestrutura.

O País tem tentado lidar com esse quadro de diferentes formas como transferir maior responsabilidade pelos projetos de infraestrutura para investidores privados, via PPPs. Muitos projetos de infraestrutura, em áreas como saneamento e mobilidade urbana, por exemplo, precisarão ser parcialmente financiados com impostos, razão pela qual os problemas com a governança pública vão estar plenamente presentes.

A recém-aprovada Lei 13.655/2018 tenta lidar mais diretamente com a questão da segurança jurídica, ao introduzir novos dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Em especial, assim como o Projeto de Lei 441/2017, ora no Senado, essa Lei tenta parametrizar, normatizar e generalizar o entendimento de que a decisão de paralisar ou não uma obra deve considerar o interesse público geral, indo além da questão pura e simples do controle da legalidade, como já faz a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional e, em alguns casos mais restritos, o próprio TCU.

Essa legislação busca dar maior estabilidade e uniformidade na interpretação e aplicação da norma pelos diversos membros de cada órgão de controle.

Seria importante que, aproveitando essa nova legislação e na linha do que propõem Olivieiri (2016) e Marques Neto e de Palma (2017), os diversos órgãos responsáveis pelo controle externo também se articulassem para promover maior uniformidade na interpretação da norma.

Recomendações

A primeira é trabalhar para que a Lei 16.355/2018 seja posta em prática, em consonância com a forma como foi pensada. Isso será crucial nesta fase em que se estabelecerá a jurisprudência do Judiciário e dos próprios órgãos de controle externo em torno do seu uso.

A segunda é melhorar a governança pública de projetos de infraestrutura, fortalecendo as atividades de planejamento, estruturação, execução e monitoramento de projetos. Isso passa principalmente por dotar esses órgãos de mais recursos humanos e materiais, entre outros.

A terceira recomendação é aumentar a quantidade de controles internos. Os próprios órgãos responsáveis pelos projetos – e complementarmente, unidades

especializadas – devem ser capazes de identificar problemas na concepção e execução dos projetos e garantir a conformidade com as leis.

Isso vai liberar os órgãos de controle externo para focarem mais na efetividade das políticas públicas, como ocorre nos países hoje considerados de melhor prática. Complementarmente, o maior recurso a auditores externos de projetos, nos moldes do *probity advisor* australiano, pode ser bastante produtivo. O governo já criou o instrumental normativo para isso, por meio da “Certificação Acreditada”, que, como o *probity advisor*, atuaria em nível de projeto.

A quarta recomendação é alterar a Lei das Licitações, de forma a dar mais discricionariedade ao gestor público para a contratação de bons estudos e projetos e, ocasionalmente, de consultores especializados que os auxiliem na estruturação de projetos. É assim que funciona em países com boa governança em projetos de infraestrutura.

A quinta recomendação é passar a incluir cláusulas de arbitragem em grandes projetos de infraestrutura, o que permitiria resolver conflitos com mais rapidez, com menor custo em termos de custo de oportunidade, depreciação, desmobilização e remobilização de recursos. Como essa já é prática utilizada em grandes projetos privados, caberia ao setor público examinar o que é feito hoje para criar uma regulação adequada.

A sexta e última recomendação é que se estimule o desenvolvimento de mais estudos nessa área, envolvendo não apenas a governança mais efetiva dos projetos, mas também a relação entre órgãos de controle e atores controlados, buscando desenvolver mecanismos que permitam promover o interesse geral.

Não há solução única e simples. Há problemas em diversas áreas, que precisam ser atacados com instrumentos diferentes. Mas é preciso mudar, pois, se fizermos mais do mesmo, apenas colheremos os mesmos resultados que vimos colhendo nos últimos anos.

E esses resultados não têm sido bons. A boa nova é que muito pode ser feito com alguma rapidez, como o uso mais generalizado da Certificação Acreditada. Cabe aproveitar o momento favorável criado pela aprovação da Lei 13.655/2018 para continuar avançando.

ANEXO A – BREVE DESCRIÇÃO SOBRE O CONTROLE EXTERNO EM OUTROS PAÍSES

No relatório *Supreme Audit Institutions and Good Governance*, a OCDE (2016) faz uma análise comparativa das instituições de auditoria pública de 10 países, para identificar quais as boas práticas comuns a elas. Os vários países analisados têm estrutura institucional bastante diferente, o que implica uma cuidadosa definição entre o que será comparado, de forma a evitar que se comparem órgãos com funções diferentes.

Todas as instituições de auditoria, analisadas pela OCDE, exercem a função de auditoria externa independente e técnica do setor público, ou seja, são responsáveis por supervisionar e responsabilizar o governo pelo uso de recursos públicos.

No caso de países com mais de um órgão de controle externo, a OCDE identificou o mais “importante” como aquele que possui garantias mais fortes de independência constitucional. Mesmo que ainda muito focadas em supervisão do governo, as instituições de auditoria pública estão, cada vez mais, atuando, no sentido de identificar problemas de curto prazo, como fragmentação e sobreposição de funções entre governos, além de prever riscos de longo prazo, como mudanças climáticas e demográficas.

EUA

Nos EUA, o controle externo dos gastos públicos é feito pelo *US Government Accountability Office* (GAO), uma agência independente e apartidária ligada ao Congresso americano. No seu site, o GAO define sua missão como “apoiar o Congresso no cumprimento de suas responsabilidades constitucionais, ajudar a melhorar o desempenho e garantir a responsabilidade do governo federal, em benefício do povo americano. Fornecemos ao Congresso informações oportunas objetivas, baseadas em fatos, não partidárias, não ideológicas, justas e equilibradas” (GAO, 2018a). A instituição foi criada em 1921.

O chefe do GAO exerce o cargo de Controlador Geral dos Estados Unidos. Ele é escolhido pelo presidente, com o aconselhamento e consentimento do Senado americano, que propõe uma lista de candidatos e aprova o escolhido.

Uma vez nomeado pelo presidente, o Controlador Geral cumpre um mandato de 15 anos. O escopo do trabalho é definido de acordo com solicitação de comitês ou subcomitês do Congresso americano ou por obrigação legal. Mattos et al. (2009) observam que, diferentemente do TCU, o GAO não é um órgão colegiado.

O GAO auxilia o congresso ao: a) supervisionar as operações de agências que recebem fundos federais, para determinar se esses fundos estão sendo gastos de forma eficiente e eficaz; b) investigar denúncias de atividades ilegais e impróprias; c) avaliar se programas e políticas governamentais estão atingindo seus objetivos; d) analisar políticas e delinear opções para consideração do Congresso; e e) emitir pareceres (GAO, 2018a).

Especificamente, o GAO julga *bid protest* (protesto de licitação). Assim como no Brasil, os órgãos federais americanos devem seguir procedimentos legais e regulatórios para a aquisição de bens e serviços e para a concessão de contratos.

Se alguma parte interessada em contrato do governo acreditar que determinado órgão violou alguma norma desse arcabouço regulatório, pode-se questionar o resultado do procedimento no GAO, sendo que esse emite uma decisão em, no máximo, 100 dias, a contar da data em que o protesto foi apresentado (GAO, 2018b). Os processos não podem ser abertos contra órgãos não federais, como os pertencentes aos níveis estadual e local e contra governos estrangeiros.

França

Na França, o controle externo é realizado pela *Cour des Comptes*, tribunal administrativo que audita o uso de verbas públicas no país. Ele fiscaliza o governo central, empresas estatais, a seguridade social e instituições de serviços públicos, além de também avaliar políticas públicas. O tribunal é independente do Executivo e do Legislativo, tendo também autonomia financeira.

Os valores da *Cour des Comptes* são: “independência, audição justa e responsabilidade coletiva” (COUR DES COMPTES, 2018). A independência é consequência do seu estado de corte, que, desde sua criação em 1807, vem reforçada quando o tribunal passou a ser autogerido, mudança que ocorreu quando a instituição foi encarregada de certificar as contas do Estado.

Essa nova atribuição tornou inadequado que a *Cour des Comptes* continuasse administrada pelo Ministério da Fazenda. A independência da instituição também decorre da independência de seus membros, que são magistrados permanentes, cujas garantias estatutárias vêm sendo reforçadas desde 2006.

O tribunal francês, de forma semelhante ao TCU brasileiro, é um órgão cujas auditorias são feitas individualmente, mas as decisões são tomadas por um colegiado.

O magistrado que investiga sugere quais são as conclusões de suas observações e se é possível haver ou não punição legal; porém, a decisão final é do colegiado. Justifica-se que, ao tornar as decisões coletivas, a influência da preferência e da opinião individual de um magistrado é minimizada. A posição de cada votante é confidencial no processo (COUR DES COMPTES, 2018).

As missões da *Cour des Comptes*, definidas pela constituição francesa, são: a) julgar; b) auditar; c) certificar; e d) avaliar. Na primeira missão, o tribunal julga se a contabilidade pública está correta, com as devidas despesas e receitas. Porém, ele ainda não tem autoridade para avaliar o gestor orçamental; ou seja, a pessoa que dá a ordem de pagar ou receber o pagamento.

Na segunda missão, o Tribunal avalia se o uso do dinheiro público foi feito de forma correta, eficiente e eficaz. A terceira missão é fornecer ao público informações financeiras e contábeis claras e compreensíveis, além de elaborar um quadro transparente da realidade financeira do Estado e da Seguridade Social. Na última missão, o Tribunal avalia políticas públicas (COUR DES COMPTES, 2018).

O chefe da *Cour des Comptes* recebe o título de Primeiro Presidente, que pode nomear um secretário-geral e dois secretários-gerais-adjuntos para liderar os departamentos. O tribunal é composto por sete Câmaras e possui uma Procuradoria Geral. Na França, há câmaras regionais e territoriais de contas, que são tribunais independentes, que auditam as operações orçamentárias das autoridades regionais e suas instituições públicas.

Portugal

O Tribunal de Contas de Portugal é originário das antigas Casas dos Contos do Império Português, criadas por decreto em 1849. Porém, foi com a Constituição de 1976 e com as reformas que vieram após a entrada na União Europeia que o TC tomou seus moldes atuais.

A Constituição o definiu como um tribunal financeiro, integrado no aparelho judiciário e em condição de igualdade perante os outros tribunais do país, o presidente da República e o Executivo e Legislativo.

Na década de 1990, diversas reformas reforçaram seu papel, ao estender sua atuação para contemplar avaliações da gestão financeira e do setor empresarial público, e sua independência, ao transferir seu orçamento do Orçamento do Ministério das Finanças para os Encargos Gerais da Nação (TRIBUNAL DE CONTAS, 2018a).

Atualmente, as competências do tribunal, que podem ser ampliadas por lei para além das definidas na constituição, são:

- a consagração do princípio da perseguição do dinheiro e valores públicos, onde quer que eles se encontrem, isto é, independentemente da natureza das entidades que os têm à sua guarda, com o consequente alargamento do âmbito de controle jurisdicional do Tribunal;
- a existência de um sistema integrado de fiscalização prévia, concomitante e sucessiva;
- a redução do âmbito da fiscalização prévia, acompanhada de um reforço dos poderes de fiscalização concomitante;
- o reforço da fiscalização sucessiva, designadamente no domínio das recomendações do Tribunal, pela introdução de consequências do seu não acatamento reiterado e injustificado;
- a clarificação da natureza do controle, mediante a consagração expressa da apreciação da gestão, segundo critérios de economicidade, eficiência e eficácia, bem como da possibilidade de realização de auditorias de qualquer tipo ou natureza;
- a introdução de critérios de seletividade do controle prévio, concomitante e sucessivo;
- a consagração da auditoria como método privilegiado de controle financeiro;
- a consagração do Tribunal de Contas como instituição suprema de um sistema nacional de controle coordenado e integrado;
- o reforço da cooperação com o parlamento, o governo e os órgãos de controle interno; e
- a previsão expressa do relacionamento com a comunicação social.

O TC é composto por três seções especializadas, todas sediadas em Lisboa, e por duas seções regionais, uma na Região Autónoma dos Açores e outra na Região Autónoma da Madeira. No total, o tribunal é composto por 18 juízes, 16 em Lisboa e um em cada seção regional.

O presidente é nomeado e exonerado pelo presidente da República, mediante proposta do governo, sendo seu mandato fixado em quatro anos renováveis. Já os Juízes do TC têm categoria, direitos e prerrogativas idênticos aos do Supremo Tribunal de Justiça, sendo recrutados por concurso público (TRIBUNAL DE CONTAS, 2018b). O TC é um órgão colegiado, igual ao TCU brasileiro.

Austrália

Existente desde 1901, o *Australian National Audit Office* (ANAO) é o órgão independente do parlamento australiano responsável pela auditoria do setor público. Ele se reporta ao parlamento, ainda que também se reporte, às vezes diretamente, ao governo ou à população. O ANAO tem o objetivo de, via auditorias independentes, aprimorar a performance do governo e auxiliar sua *accountability* e transparência.

Normalmente, ele avalia algumas áreas da administração pública, garantindo a conformidade de relatórios financeiros do setor público, como a prestação de contas anual. Em algumas ocasiões, a depender de demandas específicas do parlamento, o ANAO fornece informações sobre auditorias ou audita serviços específicos para comitês legislativos (ANAO, 2018a).

No *Auditor-General Act*, de 1997, suas funções ficaram definidas como:

- auditorias anuais de demonstrações financeiras de entidades do governo australiano;
- auditorias das demonstrações de performance anuais de entidades do governo australiano;
- auditorias de performance de programas e entidades do governo australiano;
- garantia de validades das entidades e programas do governo; e
- relatórios ao Parlamento e ministros sobre qualquer assunto.

O auditor-geral, chefe da ANAO, é escolhido pelo governador-geral da Austrália, a partir de recomendações de parlamento e do primeiro ministro, para um mandato de 10 anos.

Ele tem autonomia na realização de suas atividades, no sentido de que não pode ser instruído sobre “se uma auditoria específica deve ou não ser conduzida; a maneira pela qual uma auditoria específica deve ser conduzida; ou a prioridade a ser dada a qualquer assunto em particular” (ANAO, 2018c).

Entretanto, ele deve levar em consideração as prioridades definidas pelo parlamento. Para realizar suas funções, o auditor-geral tem acesso amplo a informações e poderes para solicitá-las, estando sujeito a restrições de confidencialidade.

Chile

No Chile, o controle externo das contas nacionais é feito pela *Contraloría General de la República* (CGR). A CGR possui independência e autonomia frente ao Executivo e a outros poderes. Essencialmente, a CGR, utilizando um prisma fiscal, legal, contábil e financeiro, avalia a legalidade dos atos do Executivo e resguarda o uso correto, eficiente e eficaz dos recursos públicos.

A constituição chilena define a CGR como um órgão autônomo, sendo considerado um ramo de governo equivalente aos demais. O controlador-geral é nomeado pelo presidente e confirmado pelo Senado para um período não renovável de oito anos.

A principal forma de atuação da CGR é por meio de auditorias, que avaliam os sistemas de controle interno dos serviços e entidades, as demonstrações financeiras do Executivo, o cumprimento de normas estatutárias aplicáveis aos funcionários e, quando cabível, formulam propostas para corrigir as lacunas detectadas.

A CGR pode ainda atender a denúncias de irregularidades e, conseqüentemente, realizar visitas de inspeção ao órgão em questão. Ela também pode fiscalizar todas as transações financeiras do Executivo, porém só pode monitorar as contas correntes do Judiciário e só poderá auditar as contas do Legislativo mediante acordo (em estudo pelo Congresso) (CGR, 2018).

A OCDE (2014) nota que a CGR está passando por um processo de amadurecimento institucional, por meio do qual está tomando “iniciativas para fortalecimento institucional, capacitação, transparência e participação cidadã”. Para isso, ela introduziu um planejamento estratégico e reestruturou sua força de trabalho.

Porém, várias mudanças ainda são possíveis. A OCDE nota que a CGR é demasiadamente focada no legalismo do ato, sendo sua principal atuação o controle *ex ante* da legalidade, uma atividade que vários controles no mundo nunca tiveram ou deixaram de ter. Já o controle *ex post* da CGR concentra-se na conformidade com os regulamentos, com foco limitado na economia, eficiência e eficácia do gasto público.

México

A *Auditoria Superior de la Federación* (ASF) é o órgão de controle mexicano. Diretamente ligada à Câmara dos Deputados, a ASF é dotada de autonomia técnica e gerencial, seja para fiscalizar qualquer repasse de verba federal recebido por um dos três poderes, por órgãos autônomos, por estados e municípios, seja por qualquer outra entidade ou indivíduo.

Nesse sentido, ela tem autonomia para decidir sobre sua organização interna, seu funcionamento, suas resoluções e sobre seus recursos orçamentários (ASF, 2018b). A ASF é regulamentada pela Constituição mexicana e pela *Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación* (Lei de Fiscalização e Responsabilização de Contas da Federação).

A ASF verifica se os objetivos contidos nas políticas e programas de governo estão sendo cumpridos, se o desempenho das entidades auditadas está adequado e se o gerenciamento da receita e do gasto público está correto. As auditorias realizadas

são subdivididas entre auditorias de conformidade financeira, de desempenho, de despesas federalizadas e de tecnologias de informação e comunicação e controle. Também são realizadas avaliações de políticas públicas e estudos específicos sobre desenvolvimento do setor público (ASF, 2018c).

Recentemente, o México passou por diversas reformas e construiu um *Sistema Nacional de Fiscalización* (SNF), cuja ideia é ser uma plataforma em que as várias instituições de auditoria pública – nível nacional e subnacional – possam ampliar a cooperação, a troca de informações e melhorar suas práticas gerenciais.

Originalmente pensado em 2010 e em funcionamento desde então, o marco legal do SNF veio com as reformas constitucionais, que deram origem ao *Sistema Nacional Anticorrupción* (SNA) em 2015 e com a *Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción* em 2016, um processo mais amplo de reformas para melhorar a responsabilidade, a integridade e a transparência do setor público.

Basicamente, o SNF pode ser definido como um conjunto de mecanismos de coordenação interinstitucional entre os diversos órgãos de controle no México, cujo objetivo é maximizar a cobertura e o impacto da auditoria, evitando duplicações ou omissões.

Compõem o SNF: a ASF, a *Secretaría de la Función Pública* e os órgãos do controle interno subnacionais. No seu plano estratégico para o período 2013-2017, a SNF definiu como metas: elaboração de normas profissionais comuns em nível nacional; capacitação de técnicos; intercâmbio de informações e trabalho conjunto; e outros (ASF, 2018d, SNF, 2018a e 2018b).

Durante todo esse processo de reformas, a ASF saiu fortalecida. Seus poderes foram ampliados e agora contemplam a possibilidade de auditar em tempo real, de conduzir investigações e de reportar, com mais frequência, ao Congresso. Além disso, ela assumirá um novo papel investigativo, para conter irregularidades administrativas (OCDE, 2017).

Alemanha

O Bundesrechnungshof – Tribunal de Contas Alemão – é o órgão responsável por auditar a gestão financeira do governo federal. Ele possui, dentro da hierarquia dos órgãos federais, o mesmo status que o Gabinete do Presidente, a Chancelaria Federal e os departamentos do governo federal.

Sua missão, como definido pela constituição alemã, é “auditar a conta e examinar o desempenho, regularidade e conformidade da gestão financeira. O Bundesrechnungshof apresenta anualmente um relatório diretamente às Casas do Parlamento e ao Governo Federal” (BUNDESRECHNUNGSHOF, 2018b). Sua independência é assegurada na

constituição alemã, estando o tribunal apenas sujeito à lei, sendo que nenhuma outra instituição pode instruí-lo para realizar uma auditoria e seus membros “gozarão de independência judicial” (BUNDESRECHNUNGSHOF, 2018a).

Além de auditar as receitas e as despesas do governo federal, o Bundesrechnungshof também audita as instituições de seguridade social e as ações da Federação em empresas privadas das quais é acionista. No relatório anual, não é analisado o mérito da decisão, mas podem ser auditados e analisados os fatos e suposições nos quais a decisão política foi baseada.

O Bundesrechnungshof possui outros sete tribunais regionais subordinados. Suas decisões são tomadas por painéis de membros, normalmente por um painel formado por dois membros. Porém, painéis de três membros também são possíveis.

As decisões requerem voto unânime. No caso do relatório anual, o painel é maior e a decisão é tomada por voto majoritário. Como Mattos et al. (2009) observam, o TCU e o Bundesrechnungshof se aproximam bastante quanto à maneira de atuação. Porém, o “tribunal germânico não detém poder para obrigar o cumprimento de suas deliberações, portanto precisa se esmerar em garantir profissionalismo e qualidade a seus trabalhos, de forma a obter credibilidade para seus argumentos”.

Os autores também observam que “o TCU tem à mão mais instrumentos diretos para tornar efetivas as suas decisões do que o Bundesrechnungshof, porquanto pode julgar contas, determinar o ressarcimento de prejuízos causados e aplicar sanções, entre outros poderes. Convém lembrar, contudo, que o Tribunal Federal de Contas alemão não tem tanto poder porque o Legislativo daquele país é titular de competências muito superiores às do Congresso Nacional Brasileiro” (MATTOS et al., 2009, pg 71 - 72).

REFERÊNCIAS

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. **Acerca de la ASF**. 2018a. Disponível em: <http://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. **Marco de actuación**. 2018b. Disponível em: <http://www.asf.gob.mx/Publication/23_Marco_de_Actuacion>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. **Enfoques de Auditoría**. 2018c. Disponível em: <http://www.asf.gob.mx/Section/53_Tipos_de_auditorias_desarrolladas>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN. **Sistema nacional de fiscalización**. 2018d. Disponível em: <http://www.asf.gob.mx/Section/117_Sistema_Nacional_de_Fiscalizacion>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. 2018a. **About us**. 2018a. Disponível em: <<https://www.anao.gov.au/about/australian-national-audit-office>>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. **Legislation and standards**. 2018b. Disponível em: <<https://www.anao.gov.au/about/legislation-and-standards>>. Acesso em: 17 maio 2018.

AUSTRALIAN NATIONAL AUDIT OFFICE. **The audit process**. 2018c. Disponível em: <<https://www.anao.gov.au/about/audit-process>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BANCO MUNDIAL. **De volta ao planejamento**: como preencher a lacuna de infraestrutura no Brasil em tempos de austeridade. [S.l.: s.n.], 2017.

BARZELAY, M. Central audit institutions and performance auditing: a comparative analysis of organizational strategies in the OECD. In: **Governance**: an international journal of policy and administration, v. 10, n. 3, 1997.

BITTENCOURT, F. **O TCU atrapalha o bom desenvolvimento das obras de infraestrutura do Governo Federal?** 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/2jzVKrn>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BUNDESRECHNUNGSHOF. **Bundesrechnungshof**. 2018a. Disponível em: <<https://www.bundesrechnungshof.de/en/bundesrechnungshof>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BUNDESRECHNUNGSHOF. **Organisation**. 2018b. Disponível em: <<https://www.bundesrechnungshof.de/en/bundesrechnungshof/organisation>>. Acesso em: 17 maio 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI. **Obras de infraestrutura paradas**: diagnóstico e agenda de propostas. Brasília: CNI, 2018.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE. **Ámbito de la Función**. 2018. Disponível em: <<https://www.contraloria.cl/web/cgr/ambito-de-la-funcion-auditora>>. Acesso em: 17 maio 2018.

CORREIA, M. B. C. **Contratualização de resultados e infraestrutura no Brasil**: uma tipologia de flexibilidades e inflexibilidades dos contratos de obras e serviços. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 3., 2010. Brasília.

COUR DES COMPTES. **Cour des comptes**. 2018. Disponível em: <<https://www.ccomptes.fr/en/who-we-are-and-what-we-do/cour-des-comptes>>. Acesso em: 17 maio 2018.

DANTAS, B. **Compliance e Programas de Integridade no Setor de Infraestrutura**, In: FÓRUM NACIONAL DE DIREITO E INFRAESTRUTURA, 4. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2qnNSwD>>. Acesso em: 17 maio 2018.

FLYVBJERG, B. Survival of the unfittest: why the worst infrastructure gets build and what we can do about it. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 25, n. 3, 2009.

GOV.UK. Guidance. **Public sector procurement policy**, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.uk/guidance/public-sector-procurement-policy>>. Acesso em: 26 março 2018.

GUASCH, J. L. et al. The renegotiation of PPP contracts: an overview of its recent evolution in Latin America. **Discussion Paper**, n. 2014-18, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2roLaXl>>. Acesso em: 17 maio 2018.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **The role of auditing in public sector governance**. 2. ed, [S.l.: s.n.], 2012.

IPEA. **Condicionantes institucionais à execução do investimento em infraestrutura: achados e recomendações**. Brasília: IPEA, 2016.

MARQUES NETO, F.; PALMA, J. B. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, M. A.; DE SOUZA, R. P. (Orgs.). **Controle da Administração Pública**. [S.l.]: Fórum, 2017.

MATTOS, U., C. et al. **Tribunal de Contas da União**: perfil institucional comparado e análise do controle de obras rodoviárias no Brasil. Brasília: HD Editorial, 2009.

MCKINSEY. **Infrastructure productivity**: how to save \$ 1 trillion a year. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jmi2sj>>. Acesso em: 18 maio 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota técnica conjunta nº 1/2018**. 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2FNIRDT>>. Acesso em: 18 maio 2018.

MORALLOS, D.; AMEKUDZI, A. **The State of the Practice of Value for Money Analysis in Comparing Public Private Partnerships to Traditional Procurements.** *Public Works Management & Policy*, v. 13, p. 114-125, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Brazil's supreme audit institution: promoting good governance through external control. **OECD Public Governance Reviews.** [S.l.: s.n.], 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Chile's supreme audit institution: enhancing strategic agility and public trust. **OECD Public Governance Reviews.** [S.l.]: OECD Publishing, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Supreme audit institutions and good governance: oversight, insight and foresight. **OECD Public Governance Reviews.** Paris: OECD Publishing, 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. Mexico's national auditing system: strengthening accountable governance. **OECD Public Governance Reviews.** Paris: OECD Publishing, 2017.

OLIVIERI, C. Atuação dos controles interno e externo ao Executivo como condicionante da execução de investimento em infraestrutura no Brasil. **Texto para Discussão**, Rio de Janeiro, n. 2252, 2016.

PINHEIRO, A. C. Segurança jurídica, crescimento e exportações. **Texto para Discussão**, n. 1125, 2005.

PINHEIRO, A. C. Um framework para analisar modelos de estruturação de projetos do setor público. In: **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.** [S.l.]: IFC, 2015a.

PINHEIRO, A. C. Modelos de estruturação de projetos de infraestrutura: uma perspectiva internacional, In: **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.** [S.l.]: IFC, 2015b.

PINHEIRO, A. C. A Preparação de Projetos de Infraestrutura no Brasil, In: **Estruturação de projetos de PPP e concessão no Brasil: diagnóstico do modelo brasileiro e propostas de aperfeiçoamento.** [S.l.]: IFC, 2015c.

POLLITT, C. et al. **Desempenho ou legalidade:** auditoria operacional e de gestão pública em cinco países. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PROGRAMA AVANÇAR PARCERIAS. 2017. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.avancarparcerias.gov.br/governo-federal-cria-selo-de-qualidade-para-empreendimentos-de-infraestrutura>>. Acesso em: 20 dezembro 2017.

RAJARAM, A. et al. A diagnostic framework for assessing public investment management. **Policy Research Working Paper**, Washington, n. 5397, 2010.

RAJARAN, A. et al. (Eds.). **The power of public investment management**: transforming resources into assets for growth. Washington: World Bank, 2014.

RIBEIRO, R. **A lenta evolução da gestão de obras públicas no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.

ROCHA, A. **Accountability na Administração Pública**: Modelos Teóricos e Abordagens. Contabilidade, Gestão e Governança, v. 14, p. 82-97, 2011.

SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN. **Antecedentes**. 2018a. Disponível em: <<http://www.snf.org.mx/antecedentes.aspx>>. Acesso em: 18 maio 2018.

SISTEMA NACIONAL DE FISCALIZACIÓN. **Metas**. 2018b. Disponível em: <<http://www.snf.org.mx/metad.aspx>>. Acesso em: 18 maio 2018.

SUNDFELD, C. A., Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, C. A. (Org.). **Parcerias público-privadas**. [S.l.]: Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas In: **Parcerias público-privadas**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Diagnóstico sobre a situação das obras aeroportuárias no Brasil**. [S.l.: s.n.], 2013a.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Auditoria operacional na gestão das obras do departamento nacional de infraestrutura de transporte**. [S.l.: s.n.], 2013b.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TC 005.342/2014-7**. 2014. Disponível em: <https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/313471003/534220147/inteiro-teor-313471090?ref=topic_feed#>. Acesso em: 23 maio 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS. **Um tribunal de contas democrático**. 2018a. Disponível em: <<https://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia/tc1976-.shtm>>. Acesso em: 17 maio 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS. **O tribunal de contas na actualidade**. 2018b. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt/apresenta/actualidade/sit_act.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. **About GAO**. 2018a. Disponível em: <<https://www.gao.gov/about/>>. Acesso em: 18 maio 2018.

U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. **Bid protests at GAO**: a descriptive guide. 6. ed. 2018b. Disponível em: <<https://www.gao.gov/special.pubs/og96024.htm>>. Acesso em: 18 maio 2018.

U.S. GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE. **Are you considering filing a bid protest?** 2018c. Disponível em: <<https://www.gao.gov/legal/are-you-considering-filing-a-bid-protest/about>>. Acesso em: 18 maio 2018.

WILLIAMSON, O. **The economic institutions of capitalism**. [S.l.]: Free Press, 1985.

LISTA DAS PROPOSTAS DA INDÚSTRIA PARA AS ELEIÇÕES 2018

1. Segurança Jurídica e Governança: o problema e a agenda
2. Segurança Jurídica e Governança na Infraestrutura
3. Segurança Pública: a importância da governança
4. O Brasil na OCDE: um caminho natural
5. Saúde Suplementar: uma agenda para melhores resultados
6. Educação: a base para a competitividade
7. Ensino de Engenharia: fortalecimento e modernização
8. Financiamento Privado de Longo Prazo: uma agenda para fortalecer o mercado de debêntures
9. Licenciamento Ambiental: propostas para a modernização
10. Biodiversidade: as oportunidades do uso econômico e sustentável
11. Mudanças Climáticas: estratégias para a indústria
12. Economia Circular: o uso eficiente dos recursos
13. Segurança Hídrica: novo risco para a competitividade
14. Modernizar a Tributação Indireta para Garantir a Competitividade do Brasil
15. Tributação da Renda de Pessoas Jurídicas: o Brasil precisa se adaptar às novas regras globais
16. Tributação sobre a Importação e Exportação de Serviços: mudar para uma indústria competitiva
17. Tributação no Comércio Exterior: isonomia para a competitividade
18. Relações de trabalho: caminhos para continuar a avançar
19. Modernização Previdenciária e da Segurança e Saúde no Trabalho: ações para avançar
20. Privatização da Infraestrutura: o que falta fazer?
21. Sistema Portuário: avanços, problemas e agenda
22. Transporte Marítimo de Contêineres e a Competitividade das Exportações
23. Transporte Ferroviário: colocando a competitividade nos trilhos
24. Saneamento Básico: uma agenda regulatória e institucional
25. Grandes Obras Paradas: como enfrentar o problema?

26. Energia Elétrica: custos e competitividade
27. Insumos Energéticos: custos e competitividade
28. Gás Natural: mercado e competitividade
29. Térmicas na Base: a escolha inevitável
30. Telecomunicações: modernização do marco institucional
31. Inovação: agenda de políticas
32. Indústria 4.0 e Digitalização da Economia
33. Compras Governamentais e Desenvolvimento Tecnológico:
a experiência internacional e propostas para o Brasil
34. Propriedade Intelectual: uma agenda para o desenvolvimento industrial
35. Governança do Comércio Exterior: aperfeiçoamento de
instituições e competências
36. Acordos Comerciais: as prioridades
37. Barreiras Comerciais e aos Investimentos: ações para abrir mercados
38. Investimentos Brasileiros no Exterior: superando os obstáculos
39. Defesa Comercial: agenda para um comércio justo
40. Financiamento e Garantias às Exportações:
mais eficácia no apoio ao exportador
41. Facilitação e Desburocratização do Comércio Exterior Brasileiro
42. Documentos Aduaneiros: comércio exterior sem amarras
43. Política Industrial Setorial: conceitos, critérios e importância (esse documento
será divulgado em um seminário específico dedicado ao tema)

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade

Presidente

Diretoria de Políticas e Estratégia

José Augusto Coelho Fernandes

Diretor

Diretoria de Desenvolvimento Industrial

Carlos Eduardo Abijaodi

Diretor

Diretoria de Relações Institucionais

Mônica Messenberg Guimarães

Diretora

Diretoria de Educação e Tecnologia

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti

Diretor

Diretoria Jurídica

Hélio José Ferreira Rocha

Diretor

Diretoria de Comunicação

Carlos Alberto Barreiros

Diretor

Diretoria de Serviços Corporativos

Fernando Augusto Trivellato

Diretor

Diretoria CNI/SP

Carlos Alberto Pires

Diretor

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Diretoria de Relações Institucionais – DRI

Mônica Messenberg Guimarães
Diretora

Gerência Executiva de Infraestrutura – GEINFRA

Wagner Cardoso
Gerente-Executivo

Ilana Ferreira
Equipe Técnica

Armando Castelar Pinheiro
Consultor

Coordenação dos projetos do Mapa Estratégico da Indústria 2018-2022**Diretoria de Políticas e Estratégia – DIRPE**

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor

Renato da Fonseca
Samantha Ferreira e Cunha
Maria Carolina Correia Marques
Mônica Giágio
Fátima Cunha

Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda – GEXPP

Carla Gonçalves
Gerente-Executiva

André Augusto Dias
Produção Editorial

Área de Administração, Documentação e Informação – ADINF

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Gerente-Executivo

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização

ZPC Comunicação
Revisão Gramatical

Editorar Multimídia
Projeto Gráfico

IComunicação
Diagramação

Athalaia Gráfica e Editora
Impressão

 www.cni.org.br

 /cnibrasil

 /cni_br

 /cnibr

 /cniweb



Confederação Nacional da Indústria

CNI. A FORÇA DO BRASIL INDÚSTRIA



ISBN 978-85-7957-193-0



9 788579 571930