PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DA INFRAESTRUTURA



REALIZAÇÃO:

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Brasil

APOIO:

GORDON AND BETTY MOORE FOUNDATION

PERSPECTIVAS SOBRE O CONTROLE DA INFRAESTRUTURA

REALIZAÇÃO:

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Brasil

APOIO:

GORDON AND BETTY MOORE FOUNDATION

Este material é distribuído sob uma licença Creative Commons BY-NC-ND 4.0 DEED. O conteúdo pode ser compartilhado livremente, desde que para fins não comerciais, sem modificações e que seja dado o crédito de sua autoria.

CC BY-NC-ND 4.0

Exceto quando apontado de outra forma, este trabalho está publicado sob uma licença que permite sua cópia e redistribuição, desde que dê o devido crédito a seus autores. Uso comercial e modificações não são permitidos.

Perspectivas sobre o Controle da Infraestrutura
Março/2024
ISBN: 978-65-85356-07-7

Coordenação I Amanda Faria Lima; Guilherme France; Klei Medeiros

Autores I Carla Thamilis Fonseca Chaves; Felipe Salathé; Giuseppe Giamundo Neto; Davi Madalon Fraga; Silvestre Cerejo; Alexandre Falcão; Mariel Nakane; Bianca Berti; Raquel Pimenta; Amanda Faria Lima; Renato Morgado; Juliana Almeida Prado

Revisão I Vicente Melo

Diagramação I Tangente Design

Foto de capa I Freepik @wirestock

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

Perspectivas sobre o controle da infraestrutura [livro eletrônico] / organização Amanda Faria Lima, Klei Medeiros. – São Paulo Transparência Internacional - Brasil, 2024.
PDF.

Vários autores.
ISBN 978-65-85356-07-7

1. Administração pública 2. Compliance 3. Contratos (Direito) - Brasil 4. Infraestrutura – Brasil 5. Obras públicas I. Lima, Amanda Faria. II. Medeiros, Klei.

24-190875 CDD – 342.2

Índices para catálogo sistemático:

1. Contratação pública estratégica: Estado: Direito público 342.2

Realização:

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL Brasil

Apoio:

GORDON AND BETTY MOORE FOUNDATION

Os textos apresentados em cada capítulo são de responsabilidade de seus autores e não representam, necessariamente, a as opiniões da Transparência Internacional – Brasil e nem da Fundação Gordon e Betty Moore.

Transparência Internacional - Brasil
Associação Transparência e Integridade

Av. Brigadeiro Luis Antonio, 2.367 – Sala 541
São Paulo / SP – CEP: 01401-900

brasil@br.transparency.org
transparenciainternacional.org.br

APRESENTAÇÃO 5

PARTE I CONTRATAÇÕES EM INFRAESTRUTURA 6

I A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS DE INFRAESTRUTURA E OS REFLEXOS DELA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO: PROPOSIÇÃO DE UMA ÓTICA À LUZ DA GESTÃO DE RISCOS 7
Carla Thamilis Fonseca Chaves

II CONTROLE CONSENSUAL OU CONTROLE POR ACORDOS? PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS DE SOLICITAÇÃO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS 24
Felipe Salathé

III AVALIAÇÃO DE ECONOMICIDADE EM CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: POR UMA ABORDAGEM (MAIS) DIALÓGICA 37
Giuseppe Giamundo Neto e Davi Madalon Fraga

IV GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA 52
Silvestre Cerejo

V PROCESSOS DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE INTERNO 64
Alexandre Falcão

PARTE II PROMOÇÃO DA INTEGRIDADE E QUESTÕES SOCIOAMBIENTAIS EM INFRAESTRUTURA 75

VI OBRAS DE INFRAESTRUTURA E IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA 76
Mariel Nakane

VII CAMINHOS E POSSIBILIDADES PARA O CONTROLE SOCIAL DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA 88
Bianca Berti

VIII *ACCOUNTABILITY* NO SETOR DE INFRAESTRUTURA 101
Raquel Pimenta

IX TRANSPARÊNCIA EM GRANDES OBRAS 110
Amanda Faria Lima e Renato Morgado

X COMPLIANCE EMPRESARIAL E ACORDOS SETORIAIS DE INTEGRIDADE EM INFRAESTRUTURA 115
Juliana Almeida Prado

APRESENTAÇÃO

Ao mesmo tempo em que o setor de infraestrutura tem peso inquestionável na economia e na concretização de direitos da população, ele é vulnerável a práticas de corrupção e outros ilícitos que limitam seus impactos positivos e ainda podem implicar em destruição ambiental e violação de direitos humanos.

A partir dessa visão, a Transparência Internacional - Brasil tem buscado atuar em parceria com órgãos de controle, como Controladorias Internas e Tribunais de Contas, e organizações da sociedade civil com objetivo de propor instrumentos, realizar ações de incidência e estimular a reflexão sobre a relação entre combate à corrupção e o setor de infraestrutura, incluindo seus impactos ao meio ambiente e às comunidades afetadas.

Nesse contexto, é essencial estimular a reflexão sobre as diferentes facetas e temas relacionados ao controle dos projetos e obras de infraestrutura, a partir de uma visão interdisciplinar, que olhe para a complexidade de assuntos e atores envolvidos.

A organização e a publicação dessa obra busca, justamente, reunir textos acadêmicos e técnicos com reflexões sobre as diferentes perspectivas do controle da infraestrutura no Brasil, incluindo textos sobre controle interno, externo e social, e conectando-os a temas como contratações públicas, questões socioambientais, integridade, promoção da transparência e combate à corrupção.

Esperamos que essa publicação possa estimular a ampliação das perspectivas sobre os temas relacionados ao controle e monitoramento da infraestrutura, e que possamos contribuir com a construção de um cenário de maior integridade, transparência e garantia de direitos no setor.

Desejamos uma ótima leitura!

Transparência Internacional - Brasil

PARTE I

CONTRATAÇÕES EM INFRAESTRUTURA

I A VISÃO DO TCU SOBRE CONTRATOS INCOMPLETOS DE INFRAESTRUTURA E OS REFLEXOS DELA NA (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DO GESTOR PÚBLICO: PROPOSIÇÃO DE UMA ÓTICA À LUZ DA GESTÃO DE RISCOS

Carla Thamilis Fonseca Chaves[1]

INTRODUÇÃO

Os contratos administrativos representam um instrumento-chave para a consecução de fins e interesses públicos atrelados à infraestrutura, pois é a partir deles que se estabelecem ajustes com o fito de prover insumos, obras ou serviços indispensáveis às políticas públicas desse setor. Tais contratos, além de abrangerem uma série de atributos legais, próprios do regime de contratação, incluem, ainda, premissas que devem ser lidas pela ótica de outras áreas do conhecimento, como a Economia e a Engenharia.

Da interface entre Direito e Economia emerge a análise econômica do direito, campo no qual a teoria dos contratos incompletos é ponto de partida para a compreensão da eficiência nos contratos de infraestrutura que se referem a obras e concessões. Por esse modelo teórico, descrito por Grossman e Hart (1986), bem como por Hart e Moore (1990), não é possível, no momento da contratação, especificar o que deve ser feito em todas as contingências contratuais possíveis.

Essa visão do contrato incompleto é facilmente assimilada pelos agentes que lidam diretamente com a gestão e a contratação de obras de infraestrutura, por serem frequentes, no momento de elaboração do contrato, assimetrias de informação e custos de transação, que impossibilitam a especificação completa das contingências que podem impedir renegociações futuras.

Nas relações contratuais, as renegociações são indesejadas por propiciarem a adoção de condutas oportunistas, através das quais uma das partes se torna refém da outra. Uma vez que do contrato incompleto podem advir tais efeitos, indesejados pela Administração Pública, coube indagar como o controle externo, representado pelo Tribunal de Contas da União, compreende o termo "contrato incompleto" e quais os reflexos dessa compreensão para a (in)segurança jurídica dos agentes públicos que elaboram esses contratos ou renegociam suas cláusulas.

A ótica do controle externo foi identificada a partir da pesquisa jurisprudencial, que revelou o emprego frequente do termo para designar contratos defeituosos, ou para ratificar a exigência de um contrato completo. Entre os dezessete casos

1 Engenheira Geóloga e Advogada, especialista em Avaliação de Políticas Públicas (ISC-TCU) e mestranda em Geotecnia (UFOP) e em Direito Administrativo (PUC-SP). Analista de Infraestrutura do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, esteve em exercício na Controladoria-Geral da União de 2017 a 2023. carlatfchaves@gmail.com.
O presente texto teve origem no trabalho de conclusão de curso em Direito pelo IDP, orientado pelo Prof. Antônio Rodrigo Machado de Souza.

analisados, em apenas um deles houve análise por parte do Tribunal à luz da análise econômica do direito, o que revelou o uso pouco frequente desse arcabouço teórico.

Esse distanciamento de pontos de vista entre controladores e gestores contratuais amparados na teoria suscitou a análise das consequências dessa disparidade para a segurança jurídica de quem decide acerca dos contratos incompletos, o que culminou na constatação de que o gestor de boa-fé pode ver seus atos confundidos com os daqueles que se utilizam da incompletude contratual para ocultar interesses escusos.

Por fim, buscou-se indicar alternativas que confiram segurança jurídica à atuação da cadeia de gestores públicos que lidam com contratos incompletos, que abrange projetistas, orçamentistas, ordenadores de despesa, gestores e fiscais de contrato. Nesse ponto, a gestão baseada em risco se mostrou um instrumento potencialmente benéfico para os gestores, por dar transparência e diminuir as assimetrias de informação entre eles e os controladores.

O trabalho pretende ser um contributo para que órgãos de controle enxerguem o contrato incompleto a partir da ótica da análise econômica dos contratos, assim possibilitando uma atuação mais pragmática e aderente à realidade dos contratos administrativos de infraestrutura. Para tanto, propõe-se que o termo "contrato incompleto" seja empregado apenas nos casos em que a ausência de contingências contratuais não se dê em razão de erro ou dolo por parte do gestor. Ou seja, onde as lacunas forem inerentes ao objeto contratado.

1 A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E SUA APLICABILIDADE AOS CONTRATOS DE OBRAS E CONCESSÕES DE INFRAESTRUTURA

O direito contratual administrativo é balizado pela norma geral de licitações e contratos, cujos princípios estão expressamente elencados no art. 5º da novel Lei nº 14.133/2021.[2] Entre esses princípios figura a eficiência, tema que coloca esse segmento do direito administrativo na fronteira com a análise econômica do direito, onde a persecução da eficiência econômica é considerada um importante objetivo das leis ou um meio relevante para atingir outros objetivos (BANDEIRA, 2015, p. 26-96). A análise econômica do direito aplicada aos contratos utiliza ferramentas da ciência econômica que contribuem para compreender as falhas de mercado, que afastam as trocas de mercado do seu modelo perfeito.

O modelo perfeito de contratação é o contrato completo, cujo conceito se assemelha ao de mercado perfeito e "perpassa pelos seguintes pressupostos: a) inexistência de custos de transação; b) racionalidade ilimitada dos agentes econômicos; c) existência de informações simétricas e perfeitas; d) escassez enquanto única limitação imputável às escolhas dos agentes econômicos; e e) inexistência de externalidades negativas." (AGRA, 2020) A realidade, contudo, revela-se muito distante desse modelo, com claras falhas de mercado que atingem os ajustes firmados pela Administração, derivadas da assimetria de informação, dos custos de transação e da racionalidade limitada.

2 Segundo o art. 5º da Lei nº 14.133/2021: "Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)".

O fenômeno da assimetria de informação ocorre em pelo menos dois cenários: "quando uma das partes possui mais informação do que a outra" (TIMM e GUARISE, 2014 p. 166), ou quando, no momento da celebração dos contratos, os contratantes "não dispõem de informações sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato" (SAMPAIO e ARAÚJO, 2014).

Timm e Guarise (2014, p. 167) explicam que do primeiro cenário advêm dois problemas: seleção adversa e risco moral. A seleção adversa se materializa quando uma das partes está mal-informada sobre a qualidade ou as características de um produto ou serviço, razão pela qual exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação. Isso faz com que agentes com boa reputação, ao não obterem um preço bom por seus produtos ou serviços, saiam do mercado, diminuindo a qualidade dos ofertantes. Ao afastar esses bons agentes, a qualidade média dos serviços e produtos daquele mercado irá diminuir (TIMM e GUARISE, 2014 p. 167). O risco moral ("*moral hazard*") ocorre quando uma das partes vê incentivos para alterar o seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, a partir de uma informação privilegiada adquirida após a assinatura do contrato (TIMM e GUARISE, 2014, p. 167; NÓBREGA, 2011, p. 111).

Segundo Sampaio e Araújo (2014, p. 316), da indisponibilidade de informações sobre todas as variáveis relevantes à realização do ato decorre a "racionalidade limitada", cujo limite é dado pelas informações que as partes não possuem, ficando essa racionalidade subordinada ao conjunto de informações que cada parte conseguiu angariar.

As partes enfrentam limitações para obter informações completas, pois sua obtenção envolve custos de transação, descritos como aqueles necessários para a efetivação de transações comerciais e compreendidos como falhas de mercado, que afastam o contrato da completude ideal. Além dos custos de procura e obtenção de informação, há, ainda, custos de negociação e custos para garantir a execução do contrato (TIMM e GUARISE, 2014, p. 168).

Os maiores custos de transação esperados são aqueles *ex ante*, necessários para a redação das cláusulas contratuais, ou seja, o custo de se estabelecer todas as contingências e peculiaridades que podem afetar o contrato durante a sua execução (NÓBREGA, 2011, p. 12). A proporção desses custos irá variar de acordo com a complexidade do objeto.

Os contratos que envolvem a realização de obras de engenharia incorporam custos de procura e obtenção de informação que nem sempre serão suficientes para dirimir todas as eventuais incertezas que podem acometer o contrato. Em grandes obras, que envolvem robustas fundações e grandes escavações, o custo de investigação do subsolo constitui um bom exemplo de custo de transação *ex ante,* cuja formulação não se mostra absoluta. A informações sobre as condições do solo balizam as especificações da obra, bem como seus métodos e os custos envolvidos. Por ser esta uma variável relevante, investigações insuficientes e inadequadas são frequentemente apontadas como causa para projetos e contratos que não refletem as condições reais de execução do objeto. Nesse ponto, investigar exaustivamente poderia parecer uma solução óbvia, o que, contudo, não prospera diante do custo e do tempo gastos para proceder uma ampla prospecção (custo de transação), bem como diante das limitações preditivas da própria engenharia geotécnica (racionalidade limitada).

Em face de complexidades como essa, a depender das circunstâncias, poderá parecer mais viável deixar certo grau de incompletude, apostando na possibilidade de repactuação mais à frente. Além do custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude excessivamente onerosa,

> "a incompletude contratual pode ser devida por fatores estruturais, como assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximizará a função de utilidade dos contratantes." (NÓBREGA, 2011, p. 102).

Contudo, essa não é uma formulação absoluta, uma vez que a correta mensuração desses custos em face ao grau de completude do contrato repercutirá em toda a execução contratual e determinará os custos da repactuação e do inadimplemento (NÓBREGA, 2011, p. 106). Segundo Nóbrega (2011, p. 102), a teoria sobre contratos incompletos, em sua maioria, supõe uma forma particular de incompletude contratual e não encara a questão como um problema de otimização.

Para Reis (2021, p. 257-258), deverá sempre ocorrer algum esforço de projeção "especialmente em relação àqueles dados que se revelem mais essenciais para a execução do objeto contratual. No entanto, deve-se reconhecer que não seria racional pretender realizar esse esforço quanto a todo e qualquer aspecto que possa impactar a economia do contrato." Isso faz com que toda contratação envolva uma decisão tomada pelas partes quanto ao grau ótimo de incompletude a ser admitido em cada caso.

Do contrato incompleto decorre uma série de problemas que se materializam no curso da execução contratual. Um problema descrito na literatura sobre análise econômica dos contratos é o *hold-up* contratual, sintetizado como a situação em que a parte que se encontra em posição de superioridade ou vantagem adota uma conduta oportunista, tornando a outra parte refém. Isso ocorre "seja em razão da falta de simultaneidade no cumprimento das respectivas prestações ou da existência de assimetria de informações entre as partes" (AGRA, 2020, p.1545). Por consequência, a parte que descumpre o contrato é contemplada com algum benefício, o que vai desde uma renegociação dos termos originais, dessa vez mais favoráveis à parte oportunista, até uma eventual resolução contratual com perdas patrimoniais derivadas do investimento realizado mediante o cumprimento da prestação que competia à parte que se encontra em posição de desvantagem (AGRA, 2020, p.1546).

Segundo Gómez-Ibáñez (2003, p. 84), a incompletude é a principal fonte de instabilidade na abordagem contratual, e seus dilemas são mais agudos para os contratos de concessão do que para os contratos privados. Nos contratos de concessão, os interesses dos clientes são representados pelo governo, o que levanta a questão da confiança. Tais contratos geralmente são concedidos por meio de licitações abertas e competitivas, que visam assegurar aos cidadãos de que se está celebrando um acordo justo. Contudo, se, com o passar do tempo, esse contrato de concessão se mostrar obsoleto, a renegociação ocorrerá sem a salvaguarda da licitação competitiva, o que poderá levantar dúvidas por parte do público e das instâncias controladoras sobre a probidade dessa licitação. Os governos geralmente optam por renegociar contratos incompletos porque a perspectiva de conviver com serviços inadequados sob o antigo contrato pode parecer penosa. Ao renegociar, o governo coloca sua credibilidade em risco com os cidadãos e investidores e, em última análise, compromete o apoio popular à infraestrutura privada (GÓMEZ-IBÁÑEZ, 2003, p. 84).

Nos contratos de infraestrutura, a incompletude exprime limitações e imperfeições que muitas vezes estão contidas nos estudos, análises e projetos que subsidiaram a lavratura do contrato. As concessões envolvem estimativas econômicas, tais como projeções de demandas, despesas e investimentos em obras de engenharia que, se mal estimados, fazem com que a execução contratual se afaste muito do cenário apresentado na licitação.

A teoria da imprevisão[3] é muitas vezes avocada para dar suporte à alegação de que contratos

3 "Existem alguns requisitos para a aplicação da teoria da imprevisão, com a consequente revisão dos contratos. Em primeiro lugar, é necessário que as situações sejam, de fato, imprevisíveis, na sua ocorrência ou consequências. Além disso, é fundamental que sejam inevitáveis e que venham a onerar excessivamente uma das partes. No caso de teoria da imprevisão, as duas partes (Administração e contratado) devem arcar com os prejuízos" (NÓBREGA, 2011, p. 142)

de concessão são incompletos por natureza e necessitam de certa margem de flexibilidade para ajustes futuros. Há, contudo, que se atentar para que o contrato incompleto não seja um escudo para análises e estimativas descuidadas e sem fundamentação, que podem acometer contratos de concessão e contratos de obras.

2 O CONTROLE DO TCU E A APLICAÇÃO DA EXPRESSÃO "CONTRATO INCOMPLETO" EM SUAS DECISÕES

O balizamento entre a completude e a incompletude dos contratos é matéria da qual se incumbe o controle administrativo. O controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União atua sobre os limites do poder discricionário da Administração Pública, por meio da proteção e da concretização dos princípios constitucionais e diretrizes legais aplicáveis (BRASIL, 2015, p.1).

As análises de contratos e licitações passam necessariamente pelo princípio da eficiência que, como foi visto, está em contato com a análise econômica do direito, campo centrado na eficiência econômica. Para verificar como o TCU tem compreendido a teoria dos contratos incompletos, foi realizada uma pesquisa da expressão "contrato incompleto" em processos relacionados a contratos de infraestrutura. A pesquisa resultou em 26 (vinte e seis) acórdãos, dentre os quais foram selecionados 17 (dezessete) para análise, por estarem diretamente atrelados a obras e concessões de infraestrutura.

No contexto dos contratos de concessão, a expressão "contrato incompleto" foi identificada no relatório e voto do Acórdão nº 1446/2018 – TCU – Plenário (BRASIL, 2018a), na síntese das alegações da Casa Civil, no trecho em que se buscou justificar a adaptação de contratos de arrendamentos portuários vigentes, tendo em vista a ampliação do seu prazo máximo com base nos ditames do Decreto nº 9.048/2017, objeto de escrutínio pelo Tribunal naquele processo. No trecho analisado, a Casa Civil da Presidência da República defende que "contratos administrativos de infraestrutura seriam contratos incompletos e, portanto, demandariam providências regulatórias que lhes permitam incentivos" (BRASIL, 2018a, p. 14). Não se vislumbrou nesse julgado qualquer trecho da relatoria ou da decisão em que o conceito de contrato incompleto tenha sido debatido.

O termo "contrato incompleto" foi empregado à luz da análise econômica do direito no voto da Ministra Ana Arraes, no Acórdão nº 2195/2019 – TCU – Plenário, que se refere ao acompanhamento do processo de concessão de trecho da rodovia BR-101/SC (BRASIL, 2019a). No curso do processo, a unidade técnica relatou risco de ocorrência de elevado percentual de inexecução contratual, acompanhado de elevação da tarifa de pedágio, constatação comum em concessões pretéritas. As causas seriam explicadas, em grande parte, "pelas vantagens decorrentes da inclusão de novos investimentos e serviços ao longo do prazo da concessão, os quais seriam inseridos por meio de aditivos contratuais ou de revisões tarifárias, permitindo significativas expansões de tarifas" (BRASIL, 2019a, p.1).

Diante desse contexto, o voto da relatora avaliou as problemáticas e respectivas soluções de encaminhamento propostas pela unidade instrutiva, sob a ótica da teoria econômica dos contratos, mais especificamente dos contratos incompletos. Em sua fundamentação, retomou os modelos teóricos dos contratos incompletos desenvolvidos por Grossman e Hart (1986), bem como por Hart e Moore (1990), no qual:

> Os autores argumentam que, na prática, os contratos não podem especificar o que deve ser feito em todas as contingências possíveis. No momento da contratação, contingências futuras podem nem ser descritíveis. Além

> disso, dificilmente as partes podem se comprometer a nunca se envolver em renegociações futuras. (GROSSMAN e HART, 1986; HART e MOORE, 1990 *apud* BRASIL, 2019, p. 4.)

Segue relatando que os contratos incompletos têm por consequência o chamado "*hold-up problem*", que se refere à "situação em que duas partes podem trabalhar com mais eficiência, cooperando, mas se abstêm de fazê-lo devido a preocupações de que elas podem dar à outra parte maior poder de barganha e, assim, reduzir seus próprios lucros" (BRASIL, 2019a, p. 4). No caso concreto de concessão, a relatora deduz que a situação temida pelo governo seja a de não entrega, com quantidade e qualidade, das obras para a rodovia, dado o preço da tarifa investida ou a investir pelos usuários. Dessa forma, o *hold-up problem* no setor de concessões rodoviárias é a baixa execução de obras frente ao valor das tarifas pagas.

Ao citar Rogerson (1992), explica que a solução ótima ("*first-best solution*") para o *hold-up problem* é possível desde que esse contrato obedeça às três seguintes condições: que os contratos sejam complexos, em termos de desenho de mecanismos, e sem ambiguidades; que não ocorra o abandono de contrato; e que não existam renegociações contratuais. A partir dessas considerações deduz que o intuito por trás da demonstração de Rogerson (1992) seja o de "equilibrar o poder de barganha dos contratantes *ex post*, com a finalidade de evitar que um 'se aproprie' dos lucros do outro" (ROGERSON, 1992 *apud* BRASIL, 2019a, p. 4).

Ao retomar os dados das concessões pretéritas, afirma que, nas concessões rodoviárias, as concessionárias de fato conseguiram elevado poder de barganha em relação ao poder público, potencializando os danos do *hold-up problem*. As condições para a solução ótima do *hold-up problem* são violadas por "contratos ambíguos; pela legislação (Lei 13.448/2017 c/c Decreto 9.957/2019) que possibilita relicitação do contrato sem maiores penalidades, em qualquer momento, a pedido do concessionário; renegociações incentivadas, sem manutenção dos descontos da licitação; e cláusulas contratuais que não possuem *enforcement* adequado" (BRASIL, 2019a, p. 6), todos esses fatores determinantes para altas inexecuções, elevação de tarifas e baixos lances na licitação.

Em seu voto, a relatora fez alerta sobre projetos de concessão deficientes, repletos de ambiguidades, por estes abrirem as portas para demandas de renegociação. Em seu diagnóstico, "as razões para os fracos projetos de concessão variam de ciclos políticos a descuido ou falta de entendimento dos determinantes-chave dos contratos. As restrições políticas podem ser vistas como restrições de tempo: o desejo de realizar demais em muito pouco tempo" (BRASIL, 2019a, p. 7).

A constatação expressa no voto da ministra revela causas sistêmicas que levam a projetos insuficientes, incapazes de mitigar o comportamento oportunista do contratante. Não se observa qualquer pretensão de completude do contrato, mas, sim, o interesse em propor uma solução que o torne eficiente. Há, contudo, como se verá adiante, casos em que a expressão "contrato incompleto" é empregada para se referir a um contrato defeituoso em alguma medida.

Nos relatórios do Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário (BRASIL, 2016a) e do Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017a), a expressão "contrato incompleto" é utilizada no tópico de análise de risco ao elencar os fatores apontados em estudos teóricos acerca dos riscos nos procedimentos, metodologias e resoluções empregados pelo órgão regulador. Nesse contexto, "contrato incompleto" se refere a "quando as regras firmadas entre reguladores e firmas reguladas apresentem lacunas ou dificuldades de compreensão e interpretação" (BRASIL, 2017a, p.6). Defende-se a necessidade de que "o contrato traga regras contratuais claras, sem dificuldades de compreensão ou dupla interpretação, o que certamente beneficiaria a parte mais forte na relação contratual, em detrimento da parte hipossuficiente" (BRASIL, 2017a, p. 9-10). Essa seria a justificativa para motivar apontamentos acerca das diversas inconsistências no Programa

de Exploração da Rodovia (PER) e nos fatores contratuais considerados.

O tema é retomado nos votos, ambos sob relatoria do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes (BRASIL, 2016b; BRASIL, 2017b), que reiterou o risco de, no processo de concessão de serviços públicos para a exploração da iniciativa privada, ser firmado contrato incompleto, "com omissões, regras contratuais obscuras e dificuldades de compreensão, falhas que, certamente, beneficiam as empresas, que podem vir a se eximir de cumprir determinadas obrigações contratuais". Relatou-se que, em decorrência de "interpretações conflitantes ou de deficiência da redação dos termos contratuais (contrato incompleto)", os contratos de concessão vigentes estariam sendo "aditivados com objetivo de acrescer obras ou serviços que, em princípio, já estariam inclusos, mas não estão sendo cumpridos pelas concessionárias". (BRASIL, 2017b, p.4)

O relatório do Acórdão nº 1180/2019 – TCU – Plenário fez menção à expressão "contrato incompleto" para indicar que a ausência de especificação de retornos em nível em projetos de duplicação de rodovia "poderiam ensejar, no caso concreto, em que se configurou uma contratação deficiente (contrato incompleto), o reequilíbrio econômico-financeiro da avença" (BRASIL, 2019b).

No relatório do Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário, a expressão foi empregada no parecer do Ministério Público de Contas (MPTCU) no trecho em que comenta sobre a inclusão, a exclusão de obra e o seu reequilíbrio em contratos de concessão de rodovia. Mencionou-se a necessidade de completude e clareza no contrato em razão da transparência desejável na relação entre usuário (consumidor) e prestador de serviço: "Se o contrato não permitir a plena transparência, o usuário ficará sem condições de verificar a real destinação dos seus recursos" (BRASIL, 2019c, p. 81). Nesse ponto, retomou o risco de um "contrato incompleto", mais uma vez compreendido como aquele em que "as regras firmadas entre reguladores e firmas reguladas apresentem lacunas ou dificuldades de compreensão e interpretação" (BRASIL, 2019c, p. 82), reiterando o termo empregado no relatório do Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário. Nessa perspectiva, a completude do contrato se coaduna à transparência, atributo relevante para a compreensão do usuário sobre o escopo do serviço que está sendo prestado e pelo qual se está pagando.

O termo "contrato incompleto" aparece no voto do ministro relator, Bruno Dantas, no trecho em que recapitulou os argumentos do MPTCU e o ponto de vista do Ministério da Infraestrutura, que registrou: "os contratos de concessão são incompletos e precisam ter bons mecanismos de reequilíbrio, além do que o gestor público precisa ter capacidade e liberdade para tomar decisões, de acordo com as regras estabelecidas no contrato." (BRASIL, 2019d, p. 13)

Nesse ponto, vale uma importante distinção entre os contratos administrativos de obra pública e os de concessão. Nos primeiros, o Estado contrata e entrega infraestrutura diretamente para a sociedade por meio de serviços e bens fornecidos pelo particular, sendo a coletividade beneficiária e pagadora indireta pelos serviços prestados. A expectativa da entrega gerada por um contrato administrativo de obra pública é, portanto, direta entre a sociedade e o Estado, representado por seus agentes, o que faz com que o controle administrativo e social permeie mais facilmente a estrutura contratual para identificar irregularidades e danos.

Nos contratos de concessão, cujo objeto é a prestação de serviços públicos, é a população usuária quem frui e paga de maneira imediata pelos serviços prestados pelo particular. Nesses casos, a relação é mais complexa e as melhorias eventualmente pagas e não fruídas são mais difíceis de serem identificadas pela população, conforme evidenciado no supradito acórdão, no ponto do relatório que trata da insuficiência da transparência e do controle popular sobre o serviço rodoviário prestado via concessão (Brasil, 2019c, p. 10).

Tais casos revelam o emprego frequente da expressão "contrato incompleto" para designar um contrato falho, ambíguo, obscuro, lacunoso, omisso, deficiente, e/ou de difícil compreensão e interpretação. Ou seja, um contrato defeituoso, que representa um risco para a Administração por ensejar situações de reequilíbrio, sobretudo decorrentes da inclusão de novos investimentos, geralmente em obras.

Em contratos cujos objetos estão, em alguma medida, atrelados a obras de infraestrutura, não é raro que se identifique alguma incompletude. Entre os julgados que se referem a contratos de obras, há um caso em que a expressão "contrato incompleto" é empregada para ratificar um pressuposto contrário, ou seja, a ideia de um "contrato completo".

É essa a situação identificada no voto do Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário (BRASIL, 2018b, p. 10), ao alegar que a inclusão de determinadas informações nos termos de convênios, editais e contratos custeados com recursos federais vai ao encontro da ideia de "contratos completos", definida pela teoria econômica. Nesse contexto, faz menção ao conceito de contratos completos como "aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado de natureza futuro", e no momento em que defendem que "em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearia todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da transação" (CATEB e GALLO, 2009 *apud* BRASIL, 2018b).

Nos relatórios que subsidiaram os Acórdãos nº 2934/2014 – TCU – Plenário (BRASIL, 2014), nº 185/2015 – TCU – Plenário (BRASIL, 2015a) e nº 2805/2015 – TCU – Plenário (BRASIL, 2015b), a expressão "incompleto ou inadequado" está atrelada a termos como "orçamento do edital/contrato/aditivo" (BRASIL, 2015a, p. 13, 41; BRASIL, 2015b, p. 39, 41) e "orçamento do contrato" (BRASIL, 2014, p. 38; BRASIL, 2015b, p. 68). Há, também, uma menção ao termo "incompleto" para se referir a "projeto básico" (BRASIL, 2015b, p. 27) e "estudos preliminares" (BRASIL, 2014, p. 9).

Nos relatórios dos Acórdãos nº 1979/2010 – TCU – Plenário (BRASIL, 2010a), nº 2941/2010 – TCU – Plenário (BRASIL, 2010b) e nº 302/2013 – TCU – Plenário (BRASIL, 2013), a equipe de auditoria registrou como irregularidade "orçamento do edital/contrato/aditivo incompleto ou inadequado", atrelada à ausência de "pesquisa de mercado efetiva para obtenção do preço de aquisição das dragas" e de "devida transparência quanto às fontes utilizadas para obtenção de parâmetros de cálculo, sem memória de cálculo ou justificativa adequada para adoção desses parâmetros".

Esse caso reforça a compreensão de que a incompletude do contrato, frequentemente atrelada ao projeto, ao orçamento, ou a ambos concomitantemente, é considerada pelo Tribunal uma afronta ao princípio da transparência. Contudo, há um caso em que a incompletude contratual foi além do descumprimento de um princípio, ao operar como facilitadora de aditivos contratuais que extrapolaram o crivo licitatório e a probidade.

Em auditorias acerca das obras de modernização e adequação do sistema de produção da refinaria do Vale do Paraíba (REVAP), a expressão "orçamento do contrato incompleto ou inadequado" foi reconhecida nos relatórios que subsidiaram o Acórdão nº 2005/2017 – TCU – Plenário (BRASIL, 2017c) e o Acórdão nº 2228/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019e), assim como na instrução do processo de tomada de contas especial que culminou no Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019f). Neste último foi evidenciado um mecanismo fraudulento que se valeu de um projeto deliberadamente falho

e omisso (projeto incompleto) para obter vantagens ilícitas em aditivos contratuais.[4]

A jurisprudência do Tribunal revela, portanto, o emprego frequente do termo "contrato incompleto" nos casos em que se verifica erro ou dolo por parte do gestor público, o que denota desconhecimento ou não utilização do arcabouço teórico da análise econômica do direito. Em sendo a incompletude uma característica do contrato de infraestrutura, esse tipo de entendimento, à margem do que defende a teoria, pode afetar a segurança jurídica dos agentes que lidam com esse tipo de contrato.

3 DA INEXATIDÃO DOS PROJETOS À INCOMPLETUDE DOS CONTRATOS

Como foi visto em alguns dos casos analisados, o termo "incompletude" é empregado sem rigor teórico, apenas para descrever uma característica do projeto que se estende para o orçamento, o edital e o contrato.

É certo que existem projetos feitos às pressas, mal embasados e assumidamente inexequíveis, que são, de fato, projetos malfeitos. Contudo, ao se analisar projetos sob a ótica da análise econômica, observa-se que mesmo os bons projetos de grandes obras de engenharia não são projetos completos, visto que o ideal de completude é algo inatingível pelas mesmas razões que impossibilitam um contrato completo: por exigirem altos custos de transação, pela assimetria de informação e pela racionalidade limitada dos agentes.

A racionalidade dos projetos complexos de engenharia é limitada em razão da impossibilidade de se obter informações sobre todas as variáveis relevantes de engenharia, deixando sempre alguma margem de inexatidão a ser aferida durante a execução do projeto. Ou seja, muito embora a engenharia às vezes se apresente como uma ciência exata, ela não o é.

> A engenharia se relaciona com a natureza, aplicando materiais, métodos e processos reais, todos com variabilidade inerente, que resulta em incerteza do projeto como um todo. O engenheiro é treinado para estimar tais variáveis e tomar decisões com incertezas. [..]
> As variáveis são analisadas e adotadas e os riscos, estimados e assumidos. O bom engenheiro é treinado para analisar as variáveis intervenientes no processo e estimar os riscos, com a habilidade de decidir com dados inexatos. (AGOPYAN, 2019)

É importante ressaltar que «completude» e «exatidão», e mesmo seus opostos ("incompletude" e "inexatidão"), são conceitos teoricamente distintos. O primeiro deles, como descrito no primeiro tópico deste artigo, refere-se a uma formulação econômica sobre contratos que considera não ser possível especificar, no ato da contratação, o que deve ser feito em todas as eventualidades contratuais que possam ocorrer. O segundo é empregado para designar as limitações de campos da ciência nos quais não é possível determinar de modo inequívoco todas as características do objeto.

A norma técnica de referência que rege o projeto e a execução de fundações de todas as estruturas convencionais da engenharia civil deixa clara tais limitações ao iniciar sua instrução reconhecendo que "a engenharia de fundações não é uma ciência exata" e que "riscos são inerentes a toda e qualquer atividade que envolva fenômenos ou materiais da natureza", dessa maneira, os critérios

4 Depoimentos revelaram que a obtenção do contrato foi alvo de ajustes de mercado entre as empresas participantes do cartel da Operação Lava Jato: "Esclarecem, ainda, que só continuaram a execução do contrato, apesar de a Petrobras fixar valor abaixo do considerado ideal, porque [..] comprometeu-se a facilitar a aprovação de futuros aditivos, sob o argumento de que o projeto estaria incompleto, de que haveria problemas de engenharia e de que a obra provavelmente iria atrasar."

e procedimentos constantes em norma procuram "traduzir o equilíbrio entre condicionantes técnicos, econômicos e de segurança usualmente aceitos pela sociedade na data da sua publicação" (ABNT, 2010, p.1).

Também na engenharia geotécnica, o(a) engenheiro(a) geotécnico(a) ou o(a) geólogo(a) de engenharia lida principalmente com geometrias e materiais que a natureza fornece, cujas condições são desconhecidas pelo projetista e devem ser inferidas a partir de observações que são limitadas e caras. Nesse campo, as principais incertezas têm a ver com a precisão e a completude com as quais as condições do subsolo são conhecidas, e com as resistências que os materiais serão capazes de mobilizar. As incertezas na engenharia geotécnica são amplamente indutivas: observações limitadas, julgamento, conhecimento de geologia e raciocínio estatístico são empregados para inferir o comportamento de um universo mal definido (BAECHER e CHRISTIAN, 2003, p. 3-4).

Não há, portanto, que se falar em exatidão, mas em confiabilidade, cujas abordagens não removem a incerteza e não aliviam a necessidade de julgamento ao se lidar com o mundo, mas fornecem uma maneira de se quantificar essas incertezas e lidar com elas de forma consistente (BAECHER e CHRISTIAN, 2003, p. 13).

Inexatidão e incompletude são, respectivamente, aspectos da engenharia e da economia contratual que coexistem nos contratos de empreendimentos complexos, com os quais contratados e contratantes precisam lidar. Dessa maneira, em grandes empreendimentos de infraestrutura haverá sempre elementos imponderáveis: a incerteza, definida como o "estado, mesmo que parcial, da deficiência das informações relacionadas a um evento"; e o risco, que é o "efeito da incerteza nos objetivos" (ABNT, 2018, p.1), cuja gestão será abordada à frente.

Pela coesão que há entre os dois aspectos, é presumível que quanto mais diligentes forem os projetos e estudos que subsidiam as contratações, no sentido de se empreender adequado protocolo de planejamento, investigações de campo e avaliações de riscos, menor será o grau de incompletude do contrato. Vele lembrar que haverá um ponto ótimo entre o custo despendido para obter informação e o benefício gerado ao projeto e, consequentemente, ao contrato.

4 A INCOMPLETUDE CONTRATUAL COMO FATOR DE INSEGURANÇA: O QUE PODE SER FEITO PARA RESGUARDAR O(A) GESTOR(A) DE BOA-FÉ?

São inúmeros os casos em que os projetos básicos são meras peças de ficção e simplesmente não servem para o fim pretendido com a contratação, o que colaborou para que o Tribunal enrijecesse os limites das alterações contratuais qualitativas e quantitativas (URYN, 2016, p. 13). Para o TCU (BRASIL, 2014, p. 1),

> "a elaboração de projeto básico deficiente que não contempla todos os elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado, para bem caracterizar o empreendimento e garantir a precisão na sua orçamentação, constitui falha grave que enseja a aplicação da multa aos responsáveis".

Por outro lado, admitindo a inexatidão intrínseca aos campos da engenharia, compreende-se que nem sempre será possível estimar todos os elementos necessários e suficientes para bem caracterizar o empreendimento e garantir a precisão na sua orçamentação e no contrato. Em obras complexas são as incertezas esperadas que precisarão estar amparadas por revisões contratuais sem que isso configure falha grave dos responsáveis. Denegar essa hipótese seria condenar todo projetista e gestor de contratos a responder a um processo administrativo disciplinar.

Há, portanto, três pontos sensíveis para a segurança jurídica dos agentes de boa-fé que lidam com contratos incompletos de infraestrutura: o controlador acreditar que contratos completos são possíveis; não estabelecer distinção entre o contrato incompleto por natureza e o contrato defeituoso; e não haver um sopesamento entre princípios na análise dos contratos incompletos.

O voto da Ministra Ana Arraes (BRASIL, 2019a) introduziu na jurisprudência do TCU uma nova perspectiva do termo "contrato incompleto", desenvolvida a partir da análise econômica do direito, que considera que, no momento da contratação, contingências futuras podem não ser descritíveis. Pela singularidade dessa decisão, nota-se como são raras as avaliações do contrato incompleto pautadas no princípio da eficiência econômica e como é persistente o apego ao ideal inalcançável de um contrato completo.

Segundo Nóbrega (2011, p. 115), apesar de eventos inesperados poderem ser considerados para fins de revisão contratual, pela arguição das áleas administrativas da teoria da imprevisão, do caso fortuito e da força maior, esses eventos são (ou deveriam ser) tão extraordinários que o *benchmark* teórico aponta no sentido da completude. Há, portanto, uma presunção irrealista de completude nos contratos administrativos, advinda da dificuldade de entendê-los em ambientes de incerteza e informação incompleta.

Ao conceber análises de contratos, aditivos e reequilíbrios contratuais baseando-se em um ideal inalcançável de exatidão, previsibilidade e completude, o controle gera disfuncionalidades. Torna-se excessivamente inseguro ser projetista ou gestor de contrato de infraestrutura e ver-se pessoalmente responsabilizado por riscos inerentes ao processo de contratação.

O segundo ponto que fragiliza a segurança jurídica dos agentes que lidam com contratos incompletos é a não distinção entre estes e os contratos defeituosos. As análises e os votos que subsidiaram decisões do TCU evidenciam frequente associação do termo "contrato incompleto" para designar um contrato falho, ambíguo, obscuro, lacunoso, omisso, deficiente, inadequado, e/ou de difícil compreensão ou interpretação. Trata-se de um contrato malfeito que, aos olhos do controle, representa riscos para a Administração.

Tal distinção não é trivial. Ao se empregar o mesmo termo para designar objetos de diferentes naturezas, possibilita-se que contratos incompletos sejam compreendidos como contratos desprovidos de zelo e que contratos malfeitos se refugiem na teoria dos contratos incompletos para se esquivar de responsabilização. Essa indistinção terminológica favorece o mau gestor e prejudica o gestor de boa-fé, que poderá ver seus atos confundidos.

Como visto no relatório do Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário (BRASIL, 2019f), há casos em que se confirmam as suspeições que pairam sobre os contratos incompletos, o que sujeita qualquer gestor a sempre ter de demonstrar a lisura e a boa-fé dos seus atos, que será aferida "objetivamente, sendo necessária a constatação de algum ato ou fato capaz de caracterizar a conduta zelosa e diligente" (BRASIL, 2018b, p. 14).

Tal demonstração da boa-fé não seria problema se fosse requisitada no decurso do contrato. Contudo, o controle muitas vezes incide anos depois de encerrado o contrato, como ocorreu no caso julgado no Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário, em que a citação dos responsáveis ocorreu nove anos e um mês após o fato (pagamento) questionado (BRASIL, 2018b, p. 3). Passado tanto tempo desde o ato praticado, torna-se trabalhosa a constituição de provas que comprovem indubitavelmente o que ocorreu no curso da contratação, o que representa um fator adicional de insegurança para gestores de contratos.

Um terceiro fator que fragiliza a segurança jurídica dos agentes de boa-fé que lidam com contratos incompletos de infraestrutura é não haver na análise um sopesamento entre os princípios.

Dentre os casos avaliados, foi percebido um apelo ao princípio da transparência para exigir

informações mais detalhadas a respeito de parâmetros de contratação (BRASIL, 2010a; BRASIL, 2010b; BRASIL, 2013) e destinação de recursos (BRASIL, 2019c). A transparência é, sem dúvidas, um princípio relevante para o controle social e para prevenir condutas oportunistas por parte dos agentes. Esse princípio passa a ser um fator de insegurança a partir do momento em que qualquer falha na redação do contrato signifique afronta à transparência. Isso se dá porque pode haver lacunas, omissões ou ambiguidade advindas da racionalidade limitada dos agentes que redigiram o contrato, sem que isso represente intenção oculta de corromper o contrato.

Santos (2020, p. 80-81) alerta sobre os sérios problemas na importação da teoria dos princípios. Um deles é que raramente é realizado um exercício de sopesamento entre os princípios em debate no caso concreto, o que leva os órgãos de controle a aplicar sanções aos agentes públicos sem qualquer método interpretativo tópico-sistemático, baseando-se em algum princípio da sua predileção subjetiva, com fundamento na norma parâmetro-principiológica escolhida.

Além do voto da Ministra Ana Arraes (BRASIL, 2019a), não se vislumbrou na jurisprudência do Tribunal debates mais amplos sobre outros princípios, como os da competitividade e da eficiência em contratos de infraestrutura, que certamente seriam bem desenvolvidos à luz da análise econômica dos contratos, com oportunidades de recomendações estruturantes.

O contrato administrativo está entre os principais instrumentos dos quais a Administração dispõe para implementar políticas públicas, por isso sua compreensão por controladores é fundamental para a segurança jurídica de uma cadeia ampla de agentes, que abrange projetistas, orçamentistas, ordenadores de despesa, gestores e fiscais de contrato.

Santos (2020) avalia que de pouco adianta as necessárias e importantes mudanças legislativas implementadas em temas como Lei de Licitações e Contratos, inovações do controle externo, parcerias público-privadas, consórcios públicos, organizações sociais, etc., enquanto o risco e o medo ditarem os caminhos e as decisões dos agentes públicos.

O debate sobre a segurança jurídica dos gestores públicos ganhou espaço nos últimos anos em face dos raros casos de agentes públicos obrigados ao pagamento de multas desproporcionais em decisões na esfera administrativa e condenados na esfera cível por atos considerados ímprobos. Sob o manto da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), decisões tomadas por gestores puderam ser consideradas ímprobas, ainda que sem a existência de dolo. Nesse ambiente se desenvolveu um estado de temor decisório que levou à defesa da existência de um direito administrativo do medo (GUIMARÃES, 2016, SANTOS, 2020) e de uma iminente paralisia decisória, ou "apagão das canetas" (SUNDFELD, 2018).

Uma forma de mitigar os riscos à segurança jurídica, advindos das disfuncionalidades da atividade controladora, é a adoção da gestão baseada em riscos, conforme sugere Santos (2020, p. 275). Ao gerir contratos de infraestrutura à luz de seus potenciais riscos, o gestor público resguarda não apenas a Administração, mas a si próprio, e da maneira mais adequada, não se esquivando da decisão, nem a transferindo.

5 A GESTÃO DE RISCO COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

No contexto de normas específicas empregadas na gestão de riscos corporativos, o termo matriz de risco designa uma ferramenta para classificar e exibir riscos. Tal ferramenta vem sendo empregada

na gestão de riscos a que se refere o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Segundo a NBR ISO 31000 (ABNT, 2018), risco é "o efeito da incerteza nos objetivos", quantificado pela combinação entre a probabilidade de um acontecimento indesejado e a das suas consequências, diretas ou indiretas. Esse efeito, por sua vez, é um desvio em relação ao resultado esperado, seja positivo ou negativo.

O novo marco legal de licitações e contratos públicos, a Lei nº 14.133/2021, disciplinou sobre a matriz de risco dos contratos administrativos como "cláusula definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato" (BRASIL, 2021). Foram também especificadas as linhas de controle das contratações públicas, as quais deverão estar submetidas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo. Ademais, a gestão de riscos e a aplicação do controle preventivo passaram a ser consideradas práticas a serem aplicadas em todas as esferas da federação.

A responsabilidade pela implementação das práticas de controle das contratações é da alta administração do órgão ou entidade, "que deverá levar em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos" (BRASIL, 2021).

A gestão de riscos "compreende todas as atividades coordenadas para dirigir e controlar uma organização no que se refere ao risco" (BRASIL, 2017d). Tais atividades são constituídas da "identificação, avaliação e priorização de riscos, seguida de uma aplicação coordenada e econômica de recursos para minimizar, monitorar e controlar a probabilidade e o impacto de eventos negativos ou maximizar o aproveitamento de oportunidades" (MIRANDA, 2021, p. 42)

Na linha do que defende Santos (2020), a "gestão de riscos serve como importante ferramenta para a limitação e blindagem do gestor por suas decisões." Para ele, as chances de responsabilização dos administradores públicos serão reduzidas se as decisões forem precedidas de um processo de gestão de riscos, especialmente quando incorporadas nos processos decisórios. Com isso, haverá menor exposição da própria Administração a riscos que, ainda que inevitáveis, serão enfrentados de modo transparente.

À primeira vista, a especificação de elaboração de matriz de risco prescrita na Lei nº 14.133/2021 parece se tratar de uma resposta aos anseios daqueles que almejam mais segurança nos contratos administrativos, o que certamente corrobora a segurança jurídica do gestor contratual. Contudo, a matriz de risco sugerida se refere a um instrumento exclusivo do contrato, atrelado às suas condições de equilíbrio econômico-financeiro, com aptidão para onerar sobremaneira o contrato se riscos desmensurados forem atribuídos ao contratado. Com isso, não se espera encontrar nas matrizes de risco dos contratos uma descrição pormenorizada de todos os riscos e incertezas conjecturados ao longo do processo de contratação.

Ou seja, mesmo diante da previsão legal, ainda assim existirão outros riscos e incertezas, não abordados no contrato, a serem mitigados pela fiscalização ou pela regulação discricionária, de modo que a visão sistêmica do processo de contratação será sempre necessária. Para tanto, a gestão de risco, por meio de seus instrumentos, como a elaboração de matrizes, não deve se restringir à matriz do contrato, cabendo o seu emprego em todos os elementos e etapas da contratação, como os projetos e os procedimentos internos.

A matriz de risco é um instrumento da gestão orientada para o alcance dos objetivos institucionais, que, por isso, busca antever, de maneira coordenada e sistemática, situações que possam comprometer esse atingimento. Sem a pretensão de exaurir o tema, apenas a título de introduzir o

debate, é possível vislumbrar algumas aplicações da matriz de risco enquanto instrumento de gestão.

Uma proposta para se garantir a segurança jurídica dos agentes que lidam com contratos incompletos é a de adotar ferramentas de gestão de riscos desde a elaboração de um projeto básico ou da modelagem de uma concessão. Ou seja, o projeto básico ter uma matriz de risco, ou pelo menos um mapa de risco, que traduza as incertezas nele contidas, bem como os riscos delas advindos. Ao registrar o efeito das incertezas, o projetista comunica ao agente que produzirá o contrato sobre as limitações desse projeto e, consequentemente, permite antever as incompletudes do contrato. Ao expressar os riscos do projeto, também se permite que o gestor decida sobre estratégias de mitigação. Ou seja, ao elencar as incertezas inerentes ao projeto, permite-se que os riscos de sua implementação sejam vislumbrados por toda a cadeia de agentes públicos que deliberam sobre o contrato.

É aconselhável que a gestão de risco acompanhe todo o ciclo do projeto, desde a concepção do projeto básico, passando pela contratação e pela fiscalização, até a entrega do objeto. A gestão sistêmica, feita a partir de uma matriz de risco concebida na fase de projetos e atualizada ao longo da execução contratual, contribui para que o contrato e suas incompletudes sejam compreendidos e gerenciados de forma transparente, de forma a evidenciar uma conduta zelosa e diligente, favorecendo a distinção entre o contrato defeituoso e o contrato incompleto.

CONCLUSÃO

Os fundamentos da análise econômica do direito e da teoria dos contratos incompletos são facilmente compreendidos por engenheiros e juristas que lidam cotidianamente com contratos de concessão e obras. Na prática, o que se vê são custos de transação e assimetria de informação, entre outras questões, cuja solução passa, necessariamente, pela compreensão dos fundamentos teóricos que explicam esses fenômenos.

A realidade dos contratos administrativos de infraestrutura se mostra de tal modo complexa que se afastar demasiadamente dela é condenar todos os que lidam com esses contratos a trabalhar por algo inatingível. Por essa razão é relevante que as instâncias de controle compreendam o que é um contrato incompleto e superem o ideal de contrato completo, que tudo prevê e diligencia.

Diante das disfunções advindas de visões díspares entre gestores e controladores, instar o TCU à compreensão e à aplicação da análise econômica dos contratos é medida relevante para que o Tribunal se situe na mesma página daqueles que deliberam sobre contratos administrativos por natureza incompletos. Por essa razão, é pertinente que o termo "contrato incompleto" seja empregado com rigor, apenas nos casos em que as lacunas forem inerentes ao objeto contratado, onde não estiver configurado erro ou dolo que justifique a ausência de contingências contratuais. Dessa maneira, além de se conferir segurança jurídica aos agentes públicos que lidam com contratos por natureza incompletos, colabora-se, ainda, para que estes não se confundam com contratos defeituosos ou malfeitos.

Avançando nessa compreensão, questões mais relevantes para a qualidade dos contratos administrativos poderão ser debatidas, como, por exemplo: quanto é preciso investir na fase de investigação para se obter um bom projeto e, consequentemente, um bom contrato? As séries históricas de dados que subsidiam os contratos são suficientemente completas e confiáveis? Quão precisas devem ser as estimativas? Qual o nível de aprofundamento dos documentos a serem gerados *ex ante* ao processo de contratação? Qual o grau de incompletude contratual a Administração Pública pode ou deve tolerar? São questões como essas que vão determinar *ex ante* a incompletude do contrato e que,

mais à frente, vão ensejar readequações *ex post* para se alinhar o contrato à realidade.

A recente revisão da Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), acompanhada da atuação institucional voltada para a gestão de riscos, pode criar um ambiente favorável ao debate em torno dessas indagações. A transparência entre os órgãos executores e órgãos de controle no presente também tende a contribuir para a formulação de uma futura jurisprudência mais aderente à realidade dos contratos administrativos de infraestrutura.

REFERÊNCIAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR 6122:2010**. Projeto e execução de fundações. Rio de Janeiro, 2010.

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **ABNT NBR ISO 31000:2018.** Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes. Rio de Janeiro, 2018.

AGOPYAN, Vahan. **A engenharia não é uma ciência exata**. Jornal da USP. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/?p=226210>. Acesso em 29 out. 2022.

AGRA, João Naylor Villas-Bôas. Contrato incompleto: a eficiência entre a vontade e o oportunismo das partes. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ANO 6 (2020), N.º 4. P 1545-1580. 2020. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1545_1580.pdf>. Acesso em 29 out. 2022.

ASSIS, Andre Pacheco de. **Desenvolvimento e Implementação de Sistemas de Gerenciamento de Riscos em Obras de Engenharia**. Apresentação no Pré-Congresso Brasileiro de Geologia de Engenharia – Online. Simpósio de Obras de Infraestrutura e Investigações (SOI): Riscos Geológicos em Obras de Engenharia. Mesa redonda: Gerenciamento de Riscos Geológicos. 30 set. 2021.

BAECHER, Gregory B.; CHRISTIAN, John T. **Reliability and Statistics in Geotechnical Engineering**. Willey. 2003.

BANDEIRA, Paula Greco. **O contrato incompleto e a análise econômica do Direito**. Questio Iuris. vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015. pp. 2696-2718. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Documento de Orientação – Adsup 3/2012 (DO – Adsup 3/2012). **Classificação ABC**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258F9F3BD0158FA2B7FC96989>. Acesso em: 23 de out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de levantamento de auditoria nas obras de dragagem do Porto de Itaguaí. Relatório TC 013.874/2010-1. **Acórdão n.º 1979/2010 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 11 ago. 2010a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras 2010 (FISCALIS 194/2010). Obras de dragagem do Porto de Santos/SP. Relatório TC 007.337/2010-8. **Acórdão nº 2941/2010 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 3 nov. 2010b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscobras 2010 (FISCALIS 194/2010). Obras de dragagem do Porto de Santos/SP. Relatório TC 007.337/2010-8. **Acórdão nº 302/2013 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 27 fev. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria decorrente do Acórdão n. 2.490/2009 – Plenário. Obras de reurbanização. Relatório TC 000.345/2010-5. **Acórdão nº 2934/2014 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 29 out. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Boletim de Jurisprudência TCU 81, de 25 mai. 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codArqCatalogado=10649964>. Acesso em 30 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria constante da fiscalização de orientação centralizada em repasses para obras de saneamento básico e habitação popular (Acórdão N. 2.490/2009 – Plenário). Relatório TC 000.279/2010-2. **Acórdão nº 185/2015 – TCU – Plenário.** Brasília – DF. Data da Sessão: 4 fev. 2015a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Consolidação das fiscalizações realizadas pelo tribunal para atender o disposto na Lei 13.080/2015. Relatório TC 029.823/2014-5. **Acórdão nº 2805/2015 – TCU – Plenário.** Brasília – DF. Data da Sessão: 4 nov. 2015b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-364/365/GO/MG. Relatório TC 033.634/2015-7. **Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 20 abr. 2016a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-364/365/GO/MG. Voto do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. TC 033.634/2015-7. **Acórdão nº 943/2016 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 20 abr. 2016b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC ("Rodovia do Frango"). Relatório TC 023.298/2015-4. **Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 31 mai. 2017a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento primeiro estágio de concessão do trecho da rodovia BR-476/153/282/480/PR/SC ("Rodovia do Frango"). Voto do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. TC 023.298/2015-4. **Acórdão nº 1090/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 31 mai. 2017b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de Auditoria. FISCOBRAS/2016. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da refinaria do Vale do Paraíba – REVAP, em São José dos Campos/SP. Relatório TC 014.254/2016-6. **Acórdão nº 2005/2017 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 13 set. 2017c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-SEGECEX nº 9, de 18 de maio de 2017**. Aprova o documento "Roteiro de Auditoria de Gestão de Riscos". Ano 36, nº 18. 22 mai. 2017d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de acompanhamento dos arrendamentos portuários. Atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela ANTAQ visando à implementação de alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017. TC 030.098/2017-3. **Acórdão nº 1446/2018 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 26 jun. 2018a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Convênio para a construção de sistema de abastecimento d'água. Relatório TC 002.559/2016-1**. Acórdão nº 1455/2018 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 26 jun. 2018b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário denominado rodovia BR-101/SC, trecho entre os municípios de Paulo Lopes (km 244+680) e Paso de Torres, divisa SC/RS (km 465+100). Voto da Ministra Ana Arraes. TC 012.263/2019-2. **Acórdão nº 2195/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 11 set. 2019a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Contrato de concessão da BR-040/DF/GO/MG. Inclusão e execução de retornos em nível. Relatório TC 025.311/2015-8. **Acórdão nº 1180/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 22 mai. 2019b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário que compreende os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG entre os municípios de Jataí/GO e Uberlândia/MG. Relatório TC 002.469/2018-9. **Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 15 mai. 2019c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acompanhamento do primeiro estágio de concessão do lote rodoviário que compreende os segmentos das rodovias BR-364/365/GO/MG entre os municípios de Jataí/GO e Uberlândia/MG. Voto do Ministro Bruno Dantas TC 002.469/2018-9. **Acórdão nº 1096/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 15 mai. 2019d.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. FISCOBRAS/2010. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria do Vale do Paraíba – REVAP. Relatório TC 009.843/2010-8. **Acórdão nº 2228/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 18 set. 2019e.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria do Vale do Paraíba – REVAP, em São José dos Campos/SP. Relatório TC 028.533/2017-8. **Acórdão nº 2619/2019 – TCU – Plenário**. Brasília – DF. Data da Sessão: 30 out. 2019f.

BRASIL. Lei no. 14.133, de 1 de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Diário Oficial União, Brasília – DF, 1 abril. 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 3 out. 2022.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. Gómez-Ibáñez. **Regulating Infrastructure**: Monopoly, Contracts, and Discretion. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England. 2003.

GROSSMAN, Sanford J.; HART, Oliver D. The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration. **Journal of Political Economy** 94(4): 691–719: 1986.

HART, Oliver, MOORE, John. "Property Rights and the Nature of the Firm". **Journal of Political Economy** 98(6):1119–58: 1990.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. Miranda. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

NÓBREGA, Marcos. **Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

REIS, Márcio Monteiro. Estudos Sobre A Lei 14.133/2021 – **Nova Lei de Licitações e Contrato Administrativos**. OLIVEIRA. Rafael Carvalho Rezende e MARÇAL, Thaís – São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo**: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos [livro eletrônico]. 1. ed. E-book baseada na 1 ed. Impressa. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. SBDP. Brasil. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/artigos-carlos-ari-sundfeld-chega-de-axe-no-direito-administrativo.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

TIMM, Luciano Benetti e GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos**. In: TIMM, Luciano Benetti. Direito e Economia no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

II CONTROLE CONSENSUAL OU CONTROLE POR ACORDOS? PERSPECTIVAS PARA OS PROCESSOS DE SOLICITAÇÃO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Felipe Salathé[1]

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2022, o Tribunal de Contas da União (TCU) aprovou a IN nº 91/2022, a qual criou os processos de Solicitação de Solução Consensual (SSC). Cuida-se de um mecanismo que viabiliza a resolução de conflitos entre órgãos e entes integrantes da Administração Pública federal dentro do TCU, e com a chancela dele no acordo celebrado entre as partes.

Esse instrumento, contudo, ainda é novo e não há sequer um caso envolvendo seu uso no plano federal. Aparentemente, trata-se de um avanço da consensualidade no controle. Contudo, é preciso analisar amiúde os potenciais e riscos desse instrumento, com vistas a evitar possíveis desvios na sua utilização.

É diante desse contexto e com essa preocupação que o presente artigo foi escrito em tom ensaístico para explorar o seguinte objeto: quais os possíveis benefícios e malefícios da SSC? Para respondermos a essa indagação, analisaremos os potenciais usos da SSC nas contratações públicas federais, sobretudo aquelas envolvendo projetos de infraestrutura, em razão: (i) da sua elevada complexidade técnica; (ii) dos custos envolvidos; e (iii) dos múltiplos interesses em jogo, que em alguns casos se espraiam para toda a sociedade.

Por fim, o presente artigo está segmentado em quatro partes. Na primeira, traçaremos um panorama geral do controle e da consensualidade como fenômenos relevantes do Direito Administrativo, bem como das suas possíveis interseções. Na segunda, abordaremos como a SSC se insere nesse quadro, sobretudo levando-se em conta o histórico do TCU de baixa permeabilidade às soluções consensuais. Na terceira, exploraremos os potenciais da SSC nas contratações públicas, em especial as voltadas para projetos de infraestrutura. Por fim, na quarta, apresentaremos os riscos atrelados ao seu eventual desvio na prática.

1 UM PANORAMA GERAL SOBRE CONTROLE E CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública brasileira tem passado, desde o advento da Constituição de 1988, por diferentes transformações, entre elas as que poderíamos chamar de *hipertrofia do controle* e de *fomento à consensualidade.*

1 Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg). Advogado.

A hipertrofia do controle evoca a ideia de expansão das possibilidades de fiscalização da atuação estatal. No geral, esse fenômeno é observado sob a ótica do controle judicial da administração, isto é, como as cortes judiciais têm se imiscuído cada vez mais nas escolhas do gestor público.[2] O ativismo do Judiciário se instrumentaliza particularmente por intermédio da jurisdição constitucional, sobretudo a partir da proeminência que ganharam as supremas cortes e cortes constitucionais em diversos países do mundo.[3-4]

Em paralelo ao controle judicial, paulatinamente também ganhou centralidade o controle administrativo. Para o presente artigo, definiremos esse conceito como aquele decorrente de órgãos de controle, entre eles o Ministério Público, os Tribunais de Contas, e as controladorias e corregedorias internas a cada ente público. Tais instituições ganharam maior visibilidade a partir, sobretudo, da eclosão de episódios de corrupção na história do país, com destaque para os casos Collor-PC Farias, Mensalão e Lava-Jato. Esses e outros momentos lançaram luz sobre a relevância das instituições de controle no país, que figuram como uma espécie de guardião da moralidade pública, cujo objetivo seria o de garantir que o Estado permanecesse nas esteiras na legalidade.[5]

Seja na arena judicial, seja na administrativa, fato é que se ampliou o leque de leis[6], teorias e institutos[7] empregados para fortificar o controle sobre as múltiplas formas de atuação da Administração Pública, a ponto de alguns autores sugerirem que não existiria mais a ideia de insindicabilidade do mérito administrativo[8], isto é, de espaços de discricionariedade imunes ao controle.[9]

Os Estados Democráticos de Direito dependem, entre outros elementos, de controle, e da possibilidade de se revisar e contestar os atos de poder emanados por agentes públicos de modo a evitar que se desviem dos caminhos da legalidade.[10]

Já o fomento à consensualidade é um fenômeno que remete à ascensão de meios consensuais de se instrumentalizar a ação administrativa. No lugar de imposições unilaterais de vontade, são adotadas

2 Um panorama geral do controle da administração pública em sede judicial pode ser encontrado em: JORDÃO, E. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle, São Paulo: Malheiros: 2016.

3 SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

4 A judicialização de políticas públicas tornou-se um tema central para o Direito Constitucional. Com o passar do tempo, tornou-se necessário avançar nas teorias sobre modelagem e monitoramento de políticas públicas (BARCELLOS, A. P. Políticas Públicas e o Dever de Monitoramento: "Levando os Direitos a Sério". Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 08, nº 02, UNICEUB, 2018).

5 Alguns autores como Mark Thushnet chegam a tratar os órgãos de controle (*integrity agencies) como um quarto poder (TUSHNET, M. The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy. Harvard Law School, 2021, pp. 8 e ss.).*

6 Entre os principais diplomas normativos, podemos citar a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) e a Lei nº 13.165/2015.

7 Já entre os principais institutos e técnicas, podemos fazer referência à incorporação dos seguintes pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, a partir de experiências estrangeiras: a Teoria dos Elementos do Ato Administrativo, a Teoria dos Motivos Determinantes, a Teoria do Erro Manifesto, a Teoria da Autovinculação Administrativa, a Teoria dos Graus de Vinculação, a Teoria do Desvio de Poder, o Princípio da Proteção à Confiança Legítima, e os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, entre outros (JORDÃO, E. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016).

8 RIVERO, J. Direito Administrativo, Coimbra: Almedina, 1981, p. 96; FARIA, E. F. Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

9 DE ENTERRIA, E. G. La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). Espanha: Civitas, 2016, pp. 8 – 100.

10 Phillip Pettit sugere, inclusive, que determinadas decisões políticas haveriam de ser despolitizadas, ou seja, retiradas da esfera política e deixadas ao crivo dos técnicos, agentes integrantes da burocracia pública infensos ao jogo político (PETTIT, P. Depoliticizing Democracy. Ratio Juris, v. 17, n. 1 Março de 2004 (pp. 52–65).

fórmulas mais dialógicas de conduzir os cidadãos a resultados socialmente desejáveis.[11]

A doutrina apresenta diferentes pontos de vista para definir o que estaria abarcado pela consensualidade.[12] Um mínimo conceitual que podemos extrair deles consiste na ideia de meios de prevenção e solução de conflitos. Sob esse prisma, a consensualidade abarcaria, por exemplo, acordos substitutivos, mediação, conciliação, câmaras de resolução consensual de conflitos, transações e negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública, etc.

As fórmulas tradicionais de atuação estatal, calcadas na lógica do comando e do controle, que não raro iniciam conflitos públicos com agentes privados, seriam substituídas, sob determinadas circunstâncias, por esses mecanismos, que apresentam algumas vantagens se comparados à imposição unilateral de vontade pela Administração, a saber: (i) eficiência, pois, em geral, são mais rápidos e menos custosos; (ii) confiança, visto que aumentam a credibilidade do Estado pelos particulares, sobretudo em razão das decisões a serem tomadas de comum acordo com eles; (iii) superação de conflitos, pois evitam ou põem termo à formação de conflitos públicos; e (iv) transparência e participação, já que permitem que cidadãos tomem maior conhecimento dos meandros dos processos decisórios públicos e deles participem de alguma forma.

A consensualidade tem sido aproveitada de diferentes formas pelos microssistemas de Direito Público[13], principalmente sob a forma de acordos substitutivos[14], mecanismos de substituição de sanções pela assunção de obrigações pelo particular, como, por exemplo, a cessão do ato ilícito, a devolução dos valores devidos indevidamente, a delação de outros coparticipantes, e a realização de investimentos em determinados projetos públicos, entre outros.[15]

Ao cabo, a hipertrofia do controle e o fomento à consensualidade são fenômenos que não só têm atraído os holofotes e ganhado contornos teóricos cada vez mais sofisticados, mas que também apresentam grandes interseções entre si, entre elas os instrumentos consensuais de controle, que permitem a incorporação de técnicas consensuais de prevenção e resolução de conflitos na atuação dos órgãos de controle.

---

11 CHEVALLIER, J. O Estado Pós-Moderno. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 163 e ss.; MEDAUAR, O. O Direito Administrativo em Evolução, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 352; ALMEIDA, F. M. D. Mecanismos de Consenso. *In*: ARAGÃO, A. S.; MARQUES NETO, F. A. (org.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008; MOREIRA NETO, D. F. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro; CYMBALISTA, T. M. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção, Revista de Direito Administrativo Econômico, n. 27, 2011; SCHIRATO, V. R.; PALMA, J. B. Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 24, 2011, Bahia; BINENBOJM, G. A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2020; RAGAZZO, C. E. J. Regulação Consensual: a Experiência das Agências Reguladoras de Infraestrutura com Termos de Ajustamento de Conduta, Revista de Estudos Institucionais, v. 3, n.1, 2017, p. 95.

12 Patrícia Baptista e Juliana Palma descrevem o histórico de polissemia do conceito (BAPTISTA, P. Transformações do Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 180 e ss.; PALMA, J. B. Atuação administrativa consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos no Direito Administrativo Sancionador. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade São Paulo, 2010, p. 135).

13 O primeiro normativo a prever a atuação consensual da Administração Pública foi o Decreto nº 3.365/1942 (Decreto de Desapropriação), que trouxe a figura da expropriação consensual.

14 SILVA, V. C. P. B. Acordos Substitutivos de Sanção. Dissertação de Mestrado, PUC-SP, São Paulo, 2019, pp. 41 e ss.

15 São os casos dos acordos de leniência, previstos na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), dos acordos de não persecução civil, da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa, com alteração dada pela Lei nº 13.964/2019), e de diferentes acordos previstos nos normativos que regem as agências reguladoras.

2 AS SOLICITAÇÕES DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO INSTRUMENTOS CONSENSUAIS DE CONTROLE

Nos Tribunais de Contas, um dos instrumentos consensuais de controle mais utilizados são os Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs), por intermédio dos quais o gestor público assume uma série de obrigações em cadeia, negociadas com o controlador, com vistas a progressivamente reestabelecer a organização e as condições materiais do seu órgão público. Esse mecanismo visa corrigir um estado geral de desconformidade de parte da Administração Pública, que a impede de cumprir com suas finalidades institucionais. 16

Segundo o art. 11. do Decreto nº 9.830/2019, os TAGs têm por finalidade: "corrigir falhas apontadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar a continuidade da execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral." Cuida-se, portanto, de um instrumento de recomposição da burocracia pública, que se instrumentaliza mediante acordos de vontade entre o Tribunal de Contas e outras instituições públicas.

Muito embora os TAGs estejam genericamente previstos no Decreto nº 9.830/2019 e tenham sido adotados historicamente por alguns estados brasileiros[17], a jurisprudência e os normativos do TCU não admitem expressamente a possibilidade de sua celebração ou de outros instrumentos consensuais de controle.[18] Isso denota que, ao longo da história da instituição, houve uma baixa permeabilidade aos ideais da consensualidade.

Essa situação viria a mudar, em dezembro de 2022, quando foi instituída a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), com vistas a estudar meios de fortalecer a atividade consensual no TCU.[19] Essa unidade tem o potencial de abrir o leque de possibilidades de controle consensual nos processos de controle federal.

Uma das iniciativas da secretaria foi a submissão de uma minuta de ato normativo tratando sobre consensualidade no tribunal, a qual foi aprovada pelo plenário do TCU, dando origem à supradita IN nº 91/2022. Esse diploma normativo positivou o chamado processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC), cujo objeto é o deslinde amigável de controvérsias relevantes e a prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública federal, em matéria sujeita à competência do TCU (arts. 1º e 4º da IN nº 91/2022).

As SSCs podem ser instauradas mediante provocação: (i) dos presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do STF; (ii) do ProcuradorGeral da República; (iii) do AdvogadoGeral da União; (iv) do presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

16 FERRAZ, L. Controle e Consensualidade: Fundamentos para o Controle Consensual da Administração Pública, Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 226.

17 A possibilidade de celebração de TAGs principia no início dos anos 2000, quando o instituto começa a ser debatido. A proposta constou de projetos de lei, inclusive de alteração do Decreto-Lei nº 200/1967. Contudo, o primeiro ente federativo a admitir, de fato, os TAGs foi o de Belo Horizonte, quando da promulgação do Decreto nº 12.634/2007, sob o rótulo de Termo de Compromisso de Gestão. (FERRAZ, L. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do Sonho à Realidade. Revista de Direito do Estado, nº 27, Salvador, 2011).

18 No caso dos TAGs, há dois precedentes nos quais a corte admitiu a sua celebração, independentemente da inexistência de regulamento anterior ao permissivo contido no Decreto nº 9.830/19: (i) a TC 012.285/2016-1, que visava regularizar a gestão dos imóveis das universidades federais situadas no Estado do Rio de Janeiro; e (ii) a TC 015.072/2017-7, relativa à utilização das arenas construídas para os Jogos Olímpicos de 2016, após a realização dos eventos. Esses precedentes, contudo, não chegaram a dar origem a normativos ou a uma jurisprudência consolidada admitindo a celebração de TAGs nos processos de controle do TCU. (ROSSINO, A. E. B. O Termo de Ajustamento de Gestão no Âmbito Processual do Tribunal de Contas da União, Rio de Janeiro, EMERJ, 2019, pp. 13 e ss.)

19 RIBEIRO, J. TCU Deve Criar nova Secretaria para buscar Resolução Consensual de Conflito. Agência Infra, 12/12/2022.

(v) dos presidentes de tribunais superiores; (vi) dos ministros de Estado ou de autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; (vii) dos comandantes das Forças Armadas; (viii) dos dirigentes máximos das agências reguladoras; e (ix) do relator do processo de controle em trâmite perante o TCU (art. 2º da IN nº 91/2022).

A IN nº 91/2022 dispõe sobre as etapas processuais para a instrução das SSCs, incluindo a necessidade de constituição de uma Comissão de Solução Consensual (CSC), a qual será composta por, no mínimo: (i) um servidor da SecexConsenso, que atuará como coordenador; (ii) um representante da unidade de auditoria especializada responsável pela matéria tratada; e (iii) um representante de cada órgão ou entidade da Administração Pública federal que tiver solicitado a solução consensual ou manifestado interesse na solução (art. 7º, §1º, da IN nº 91/2022).

A comissão terá 90 dias para elaborar uma proposta de solução de controvérsia, prorrogáveis por mais 30, podendo convidar para participar da dinâmica: (i) os particulares envolvidos na controvérsia; e (ii) especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia (art. 7º da IN nº 91/2022).

A instituição das SSCs no TCU visa dar cumprimento à Nota Recomendatória Atricon n° 02/2022[20], exarada pela Associação dos Tribunais de Contas (ATRICON), que sugere a incorporação de instrumentos consensuais de controle em seus processos.

Essa ideia também pode ser extraída da Declaração de Moscou, de 2019, aprovada pela Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores *(INTOSAI)*[21], instituição que se dirige a elaborar boas práticas de atuação a Tribunais de Contas ao redor do mundo. Um dos objetivos apresentados pela Declaração foi o de aumentar a interação e a comunicação entre controladores e controlados, o que, em certa medida, seria também correspondido pela adoção de meios consensuais de controle.

Além disso, a SSC tomou como inspiração a experiência de Tribunais de Contas estaduais com as chamadas *mesas técnicas*, ambientes de prevenção e resolução de conflitos entre diferentes entes federativos infracionais, que teriam sido exitosas, com destaque para as do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (TCE-MT).[22]

Há ao menos dois cases tidos como de sucesso nessa instituição.

O primeiro foi a aprovação de estudos que permitiram a retomada das obras da rodovia estadual BR-174 (Manaus – Boa Vista), facilitando o escoamento da produção agrícola do noroeste do estado, o que teria sido permitido por negociações celebradas em sede de mesa técnica do TCE-MT.[23]

O segundo foram as obras paralisadas no Sistema Ferroviário Rondonópolis-Cuiabá – Lucas do Rio Verde, cujo trajeto adentrava terras indígenas. Na mesa técnica do TCE-MT, representantes do estado, da concessionária e das comunidades indígenas acordaram que os processos de licenciamento ambiental deveriam levar em conta as opiniões dos povos tradicionais, pondo fim ao litígio judicial acerca do tema. A ferrovia também é essencial para o escoamento da produção agrícola, sobretudo até

20 ASSOCIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. Nota Recomendatória Atricon n° 02/2022. Conselheiro Presidente: Cesar Miola, aprovada em 24/08/2022.

21 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES. Declaração de Moscou. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/news/2019/10/EN_23_Moscow_Decl_300919.pdf>. Acesso em: 31/04/2023.

22 A possibilidade de utilização de mesas técnicas pelo TCE-MT está prevista nos arts. 237 e ss. do Regimento Interno do TCE-MT, regulamentado pela Resolução nº 12/2021.

23 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MATO GROSSO. TCE-MT assume Papel de Conciliação e Muda os Rumos do Desenvolvimento do Estado a Partir de Mesas Técnicas. 20/12/2022. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/noticias/tce-mt-assume-papel-de-conciliacao-e-muda-os-rumos-do-desenvolvimento-do-estado-a-partir-de-mesas-tecnicas/55510>. Acesso em: 01/05/2023.

o Porto de Santos, onde ocorrem as exportações para a Ásia e a Europa.[24]

Seguindo esse horizonte de ideias, a SSC replica a lógica das mesas técnicas da esfera estadual, inaugurando a lógica da dialeticidade no âmbito do TCU, a partir da instituição de um processo geral para a concatenação de entendimentos e a formulação de decisões conjuntas no TCU.

Para encerrar este item, cabe notar que o TCU aprovou, em 07/06/2023, seu primeiro acordo advindo de uma SSC, no bojo do Acórdão nº 1.130/2023[25] (doravante, "Acordo de SSC"). A discussão envolvia contratações emergenciais para o fornecimento de energia elétrica, em razão da escassez hídrica ocorrida em 2022. O processo administrativo de controle questionava, em substância, os preços contratados, que estariam acima do padrão, bem como os atrasos na implantação de usinas geradoras de energia. O Acordo de SSC extinguiu o conflito a partir da renegociação dos termos contratuais, reduzindo a quantidade de energia fornecida e, consequentemente, a tarifa cobrada.

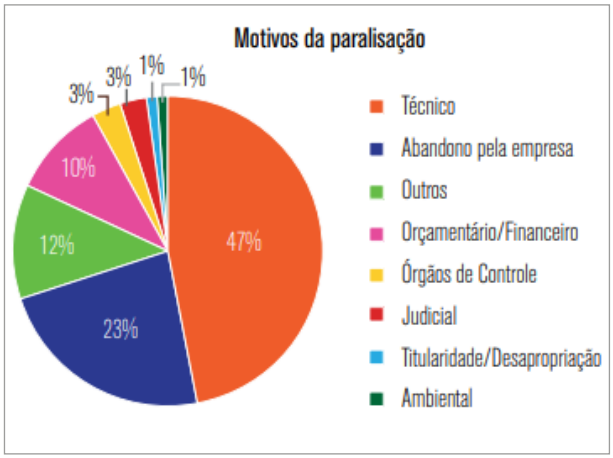
3 PERSPECTIVAS PARA AS SOLICITAÇÕES DE SOLUÇÃO CONSENSUAL NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

3.1 POTENCIAIS NA ADOÇÃO DE SSC NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

Os processos de SSC podem apresentar os mesmos potenciais das mesas técnicas, aproximando os *players envolvidos em projetos de infraestrutura e destravando investimentos*.

Há um universo de entraves burocráticos que dificultam o desenvolvimento socioeconômico, entre os quais podemos mencionar: (i) a paralisação de obras públicas; (ii) as dificuldades de aprovação de novos projetos de desestatização; e (iii) a renegociação ou relicitação de contratos de concessão em andamento. Vejamos cada um.

Obras paralisadas: existem diversos motivos para que obras públicas sejam paralisadas. Em 2018, o TCU instaurou uma auditoria operacional para levantar dados sobre obras paralisadas país afora.[26] O gráfico abaixo ilustra alguns dos principais motivos para a paralisação, com destaque para os erros técnicos, que são a maioria.



Fonte: TCU, Acórdão nº 1079/2019, *op. cit.*

Outro motivo que pode conduzir à paralisação da obra seriam os casos de corrupção. Há atos ilícitos que, por vezes, implicam a necessidade de descontinuidade da obra. Na história recente do país, a Operação Lava-Jato teria levantado algumas situações desse naipe, como as envolvendo a refinaria Abreu e Lima (Renest) e o Complexo Petroquímico

24 Ibidem.

25 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1130/2023, Processo nº 006.253/2023-7, Plenário, Relator: Benjamin Zymler, j. 07/06/2023.

26 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1079/2019, Plenário, Processo nº 011.196/2018-1, j. 15/05/2019.

do Rio de Janeiro (COMPERJ)[27], nas quais teria havido conluios e superfaturamentos em licitações.[28]

Grosso modo, a partir dos dados levantados pelo TCU, podemos dizer que há basicamente duas situações que ensejam a paralisação de obras públicas: (i) ineficiências do projeto ou na execução contratual; e (ii) atos ilícitos (incluindo os de corrupção). Daí, por vezes, são proferidas medidas cautelares para suspender os pagamentos das contratadas ou até mesmo a própria continuidade do contrato. Todavia, é preciso que o uso dessa prerrogativa geral de cautela na consecução de obras públicas seja feito com parcimônia, sem deixar que os impactos financeiros e sociais da paralisação sejam excessivamente elevados.

Em 2022, a Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional realizou um levantamento quantificando o número de obras paralisadas por força de medidas cautelares expedidas pelo TCU e o seu impacto sobre o orçamento público. Tal estudo concluiu que, em 2020, foram bloqueados 12,9 bilhões de reais e, em 2021, houve um salto para 93 bilhões. A comissão do Legislativo pugnou ao TCU que se contenha na edição de medidas cautelares para suspender a execução de obras públicas, ao menos para os casos que ainda não tiverem passado pela oitiva prévia das casas legislativas.[29]

Disso decorre a necessidade de o TCU ponderar reiteradamente os impactos de manter obras públicas suspensas com a possibilidade de dar-lhes continuidade para, posteriormente, reaver eventuais valores que tenham sido pagos indevidamente[30-31], isso em paralelo ao combate a ineficiências e ilegalidades nas contratações públicas.[32]

Aprovação de projetos de desestatização: as desestatizações federais em geral dependem de prévia aprovação pelo TCU, conforme dispõe sua IN nº 81/2018. Compreendem-se no verbete "desestatização" as delegações de serviços públicos, a outorga para a exploração de atividades econômicas monopolizadas pela União Federal e a alienação de controle das empresas estatais federais. Para que todos esses ativos sejam administrados ou titularizados por particulares, é preciso que a Corte de Contas consinta previamente, o que tem sido passível de críticas pela doutrina.[33]

---

27 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2.579/2021, Processo nº 035.374/2020-9, Plenário, Relator: Augusto Nardes, j. 25/10/202.

28 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 2733/2018, Processo nº 004.038/2011-8, Plenário, Relator: Benjamin Zymler, j. 06/12/2017; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n 632/2017, Processo nº 009.834/2010-9, Plenário, Relator: Min. Vital do Rêgo, j. 05/04/2017.

29 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Orçamento pede que TCU Pare de Suspender Obras Públicas. 01/06/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/882356-comissao-de-orcamento-pede-que-tcu-pare-de-suspender=-obras-publicas#:~:text-O%20deputado%20Pedro%20Paulo%20(PSD,93%20bilh%C3%B5es%20em%20investimentos%20suspensos>. Acesso em: ____.

30 DEVIDES, J. E. C.; SILVEIRA, D. B. Descontinuidade de Obras Paralisadas por Corrupção: uma Ponderação entre o Princípio da Eficiência e a Punibilidade das Empresas, Revista de Direito Público, Vol. 17, n. 91, 2020.

31 De rigor, o relatório do TCU aprovado por meio do Acórdão nº 1079/2019 suscita que apenas 3% das paralisações teriam como causa a atuação de órgãos de controle, o que sugeriria que a maior parte do problema não adviria de uma eventual desatenção deles na dinâmica de expedição de medidas cautelares para a suspensão de obras, mas, sim, dos próprios vícios encontrados nos contratos. Sucede que o próprio Acórdão reconhece que só estariam sujeitas à qualificação como fruto da atuação de órgão de controle aquelas paralisações que não tiverem fundamento aparente, isto é, que tiverem sido determinadas por uma discricionariedade não motivada do controlador público. Significa dizer que uma melhor compreensão do papel do controlador nessa situação seria averiguada se houvesse análise de mérito quanto à razoabilidade da cautelar, mesmo quando houver a sua motivação, algo que demandaria maiores aprofundamentos sobre cada caso concreto de paralisação e, ao que parece, fugiu à análise do TCU naquela ocasião (parágrafos 125 e seguintes do Acórdão nº 1079 do TCU (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃ. Acórdão nº 1079/2019, Plenário, Processo nº 011.196/2018-1, j. 15/05/2019).

32 A Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei Geral de Licitações e Contratos) seguiu essa diretriz ao exigir que a suspensão da execução ou declaração de nulidade do contrato deverá preceder a análise: dos custos dessa medida; dos riscos sociais, ambientais e à segurança; do custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; e da despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; entre outros elementos.

33 Entre todos confira-se: DUTRA, P.; REIS, T. O Soberano da Regulação: O TCU e a Infraestrutura. São Paulo: Singular, 2020, pp. 54 e ss.

Ao lado disso, há estudos que mostram que a apreciação pelo TCU tem se estendido por mais tempo que o prazo previsto na IN nº 81/2018, de 150 dias a contar do envio dos documentos à Corte de Contas (art. 2º, § 2º), o que dificulta a aprovação de projetos de infraestrutura de alta envergadura.[34]

Renegociação ou relicitação: a renegociação e a relicitação são institutos que evocam grande discussão. O primeiro decorre da possibilidade de o Poder Público redesenhar disposições dos contratos celebrados com particulares, em comum acordo com eles, à luz das necessidades do caso concreto, notadamente em virtude de fatos imprevisíveis à época da licitação, o que atrai dúvidas quanto aos limites dessas alterações, para não se ferir a vinculação ao instrumento convocatório (art. 37, inciso XXI, da CF c/c art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993).[35]

Um exemplo concreto de renegociação pode ser observado na aprovação do primeiro Acordo de SSC pelo Acórdão nº 1.130/2023. Tal caso reflete um esforço de comum acordo para reduzir os preços das tarifas de energia elétrica diante de um cenário de normalização do fornecimento e de insegurança jurídica, calcada nas discussões a propósito do atraso nas instalações de usinas pela fornecedora. Ainda, o Acórdão simboliza um avanço em matéria de participação social na celebração de acordos perante o TCU. Isso se dá porque, inobstante a ausência de previsões na IN nº 91/2022 do TCU sobre a participação efetiva de particulares nas comissões de solução consensual, no caso concreto permitiu-se que a empresa exploradora de energia tivesse um assento nesse grupo.

Outro caso no qual poderia ter sido celebrado um Acordo de SSC (ainda que tal não tenha havido, na prática), foi o caso da renegociação do contrato de concessão da BR-163, no qual, em razão da baixa rentabilidade do projeto, optou-se por transferir o controle da concessionária ao Poder Público, em um movimento de reestatização.[36]

Já o segundo caso de Acordo de SSC foi previsto pela Lei nº 13.448/2017 como instrumento viabilizador da devolução de projetos concessionários em razão da sua perda superveniente de viabilidade econômica (art. 13). Muito embora a Lei seja de 2017, até hoje só uma relicitação foi ultimada: a referente à concessão do aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN). Parte dos processos ainda estão pendentes de julgamento no TCU, com especial importância para as relicitações dos aeroportos de Viracopos (SP) e do Galeão (RJ), cujo trâmite tem tomado anos e cujos valores envolvidos são elevados.[37]

Bem-vistos esses entraves burocráticos (em obras paralisadas, desestatizações e renegociações/relicitações), é possível extrairmos duas conclusões: (i) há gargalos burocráticos que dificultam, senão inviabilizam, contratações públicas e projetos de infraestrutura em geral no país; e (ii) boa parte dessas situações envolve direta ou indiretamente o TCU.

É por isso que a SSC pode apresentar ao menos dois grandes avanços nas contratações públicas na esfera federal. O primeiro seria convocar diferentes polos de interesse em um *locus único de debate, aproximando interesses e reduzindo assimetrias de informações entre eles. O segundo consiste na chancela que o TCU dará aos Acordos de SSC. Um aval do controlador garante*

34 VALADARES, A. C. A. A Atuação Regulatória do Tribunal de Contas da União nas Operações de Desestatização: uma Análise Empírica da Duração dos Processos de Acompanhamento. Dissertação de Mestrado, FGV-RJ, 2023.

35 Os principais mecanismos de renegociação seriam: (i) o reajuste, que é a possibilidade de recomposição dos preços contratuais *vis-à-vis a inflação; (ii) revisão, que consiste na recomposição das obrigações das partes, mantendo-se a equação econômico-financeira original do contrato; e (iii) repactuação, que se traduz na alteração de aspectos mais profundos do contrato, não necessariamente preservando a equação econômico-financeira originalmente desenhada.*

36 LUSTOSA, P. A. A. Tribunal de Contas da União aberto a Soluções Consensuais de Conflitos? O caso da 'Reestatização' da BR-163/MT pode ser um Paradigma. JOTA, 01/02/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tribunal-de-contas-da-uniao-aberto-a-solucoes-consensuais-de-conflitos-01022023>. Acesso em: 05/07/2023.

37 Viracopos: processo nº 009.470/2020-4; Galeão: s/n.

mais segurança jurídica a esses projetos, sobretudo levando-se em conta que grande parte das discussões jurídicas atreladas a eles se dá dentro do próprio TCU.

*Nessa linha, o primeiro Acordo de SSC (*Acórdão nº 1.130/2023) continha uma cláusula prevendo que os agentes públicos não poderiam ser responsabilizados pela solução a que chegaram naquela oportunidade. Tal fato representa uma blindagem aos negociadores quanto a futuros questionamentos dos controladores pela assinatura do acordo (Cláusula 1.3 do Termo de Autocomposição para Execução dos Contratos de Energia de Reserva nº 451/21, 452/21, 454/21 e 455/21).[38]

Em razão do maior nível de segurança jurídica que as SSCs podem ocasionar, há cada vez mais processos nesse sentido aguardando resolução pelo Tribunal, entre elas citem-se: a SSC para a devolução de trecho ferroviário entre Presidente Prudente (SP) e Presidente Epitácio (SP), Malha Sul; e a SSC para a alteração do Caderno de Obrigações da Concessionária Rumo Malha Paulista (RMP), acordada quando da prorrogação antecipada do contrato de concessão, entre outras.

3.2 O CONTROLE POR ACORDOS: ANÁLISE CRÍTICA E RISCOS NA ADOÇÃO DE SSC

Na contramão dos potenciais da SSC, há algumas críticas a se direcionar a esse instituto, de ordem tanto normativa quanto prática.

No plano normativo, um dos principais obstáculos jurídicos é o fato de que a SSC poderá terminar por expandir ainda mais o controle *ex ante* do TCU. No lugar de dialogar e planejar suas estratégias de administração, os administradores levarão seus dilemas ao crivo do controlador, com o propósito de obter decisões chanceladas por ele.[39]

Essa situação seria aversa à moldura constitucional de 1988, cujos arts. 70 e 71 se propuseram a criar um modelo eminentemente de controle *ex post* pelos Tribunais de Contas, conforme entende a doutrina majoritária.[40] A SSC poderá transformar o TCU em uma espécie de câmara de mediação, na qual os conflitos interinstitucionais passarão por ele para obter soluções consensuais.

Ao lado disso, há o risco de se dizer que os Acordos de SSC se equipariariam a *decisões coordenadas,* categoria jurídica que permite a congregação de diferentes órgãos e entes integrantes da Administração Pública federal para tomar decisões conjuntas sobre temas complexos (art. 49-A da Lei nº 9.784/1999). Sucede que a lei interdita o uso das decisões coordenadas em processos relativos a licitações, por exemplo, o que por certo sepultaria grande parte das SSCs a serem instauradas pelo TCU.

Podemos citar, ainda, a baixa participação dos particulares nessa dinâmica. Como visto, o art. 2º da IN nº 91/2022 excluiu do rol de legitimados os agentes privados, facultando apenas a alguns entes públicos a instauração do procedimento.

No plano prático, estar-se-á a criar estímulos para que o TCU continue a expandir sua autoridade pela Administração Pública. Historicamente, o TCU tem elastecido suas competências, talvez para além dos limites preconizados pela Constituinte de 1987.[41] No caso das agências reguladoras, inclusive, há estudos questionando casos nos quais o Tribunal teria adentrado sua discricionariedade técnica, o que poria em

38 4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400.

39 PALMA, J. B. O TCU e sua Consensualidade Controladora Método Adequado de Solução de Conflitos ou Expansão de Competências Controladoras? JOTA, 28/06/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-e-sua-consensualidade-controladora-28062023>. Acesso em: 01/07/2023.

40 Cf. SPECK, B. W. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000. p. 65-67; JORDÃO, E. A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados – Controlador ou Administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, Belo Horizonte, 2014, p. 209-230; DI PIETRO, M. S. O Papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos.

41 ROSILHO, A. União: Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartin Latin, 2019.

risco a autonomia institucional dessas entidades.[42] A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já chegou a emitir relatórios contestando a excessiva atuação do TCU nesse sentido, tomando como exemplo a ANATEL[43] e a ANEEL.[44]

Considerando que, no Brasil, as agências reguladoras atuam em diversos projetos de infraestrutura, pode-se dizer que, por via oblíqua, esse fenômeno não só representa uma ingerência do controle sobre a discricionariedade técnica das agências, mas também sobre esses projetos.

Existe, pois, o risco de se inaugurar um fenômeno que poderíamos chamar de *controle por acordos*, no sentido de que, se antes havia certo temor pela expansão do poder dos Tribunais de Contas via processos administrativos sancionadores, atualmente, porém, talvez se torne uma tendência que instrumentos consensuais sejam utilizados menos com o propósito de permitir diálogos entre as partes e mais no intuito de potencializar a ingerência do controlador sobre as atividades da Administração Pública. Significa dizer que, na prática, instrumentos consensuais podem encobrir estratégias para fortalecer a imposição da vontade do controlador, mesmo que sob a aparência de um diálogo interinstitucional.

Em se tratando das SSCs, esse risco deriva de dois fatores que lhe são inerentes: (i) o fato de esse instrumento reduzir os riscos de haver futura revisão do acordo pelos controladores; e (ii) o fato de só poder ser utilizada a SSC quando já houver um processo administrativo prévio no TCU tratando do caso, ou seja, cria-se um estímulo para que seja celebrado um acordo, de modo que, caso contrário, poderá ser instaurado um processo sancionador pelo TCU se não houver solução consensual. Esse segundo aspecto fica mais evidente na medida em que uma grande parcela dos conflitos e gargalos envolvendo contratações públicas tramita perante o próprio TCU, como visto nos itens anteriores.

A fortiori, existem dois fatores incidentais que podem incidir, a depender do caso concreto, e fortalecer ainda mais a existência de um controle por acordos.

O primeiro seria **o nível de participação dos particulares** afetados nas negociações. Tomando como exemplo o Acordo de SSC celebrado no Acórdão nº 1.130/2023, houve um nível maior de participação social, porquanto a empresa interessada efetivamente pôde participar da comissão que modelou o negócio jurídico. Ademais, não há informações de que o Tribunal tenha influenciado o conteúdo das cláusulas do acordo, a sugerir a comunhão de acordo entre as partes para a resolução do problema. Por outro lado, segundo Juliana Palma[45], havia um risco concreto de o TCU sancionar todos os envolvidos, o que teria servido de incentivo à celebração do acordo, a denotar que a consensualidade fora manejada de modo a potencializar o controle.

O segundo consiste no **nível de interferência do TCU** na definição do conteúdo do acordo. No referido Acordo de SSC, não se tem notícias de que o Tribunal teria influenciado, de alguma forma, a definição das

42 MARQUES NETO, F.; PALMA, J. B.; MORENO, M. Relatório de Pesquisa Bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. Observatório do Controle da Administração Pública da USP, 2019, pp. 36 e ss.; SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Sumario-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 01/07/2023; Relatório da Sociedade Brasileira de Direito Público de decisões do TCU entre novembro e dezembro de 2018 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Julgamentos de Novembro e Dezembro de 2018, 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/Observat%C3%B3rio-do-TCU-julgados-de-novembro-e-dezembro-de-2018.pdf>. Acesso em: 12/07/2023.

43 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020. OECD Publishing, Paris, 2020.

44 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, Impulsionando o Desempenho da Agência Nacional de Energia Elétrica do Brasil, 2021.

45 PALMA, J. B. O TCU e sua Consensualidade Controladora: Método Adequado de Solução de Conflitos ou Expansão de Competências Controladoras? JOTA, 28/06/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-e-sua-consensualidade-controladora-28062023>. Acesso em: 16/07/2023.

suas cláusulas, o que também denotaria um bom sinal de efetiva consensualidade na sua celebração.

Em suma, a SSC naturalmente revelaria o risco de se ampliar o controle sobre o espectro de atuação das instituições públicas. E esse risco se eleva a depender da forma como os Acordos de SSC serão pactuados e celebrados em cada caso concreto. É discutível se isso teria ocorrido ou não no âmbito do Acórdão nº 1.130/2023. De toda sorte, é relevante que esses riscos sejam levados em conta e que se busque formas para mitigá-los.

CONCLUSÃO

As SSCs são processos em franca expansão no TCU, o que reflete uma tendência do Tribunal rumo à resolução de conflitos mais pela via consensual e menos através da lógica do comando e do controle, inclusive em matéria de contratações públicas.

Essa ferramenta apresenta o potencial de destravar obstáculos burocráticos nas contratações públicas de maneira mais rápida e eficiente, aproximando os diferentes *players* e garantindo mais segurança jurídica com o aval do controlador nesses acordos. Entre os principais terrenos nos quais a SSC poderá ter êxito estão: (i) obras paralisadas; (ii) planejamento de projetos de desestatização; e (iii) renegociações e relicitações de contratos públicos.

De outro lado, a SSC pode apresentar os seguintes riscos: (i) reforçar o controle *ex ante* das contratações públicas pelo TCU, o que seria interditado pelo ordenamento jurídico brasileiro; (ii) qualificar-se como decisão coordenada, instituto que é regulamentado pela Lei nº 9.784/1999, cujo art. 49-A veda a celebração de ajustes em licitações; (iii) apresentar baixa porosidade à participação de particulares; e (iv) criar estímulos para que o TCU amplie seu espectro de influências sobre os processos de tomada de decisões públicas, o que já se vem notando sobretudo no caso de agências reguladoras.

Este último risco é o que chamamos de *controle por acordos*, no qual a consensualidade empregada é menos uma forma de diálogo entre as partes interessadas e mais um veículo de expansão da vontade do controlador sobre a Administração Pública. Para as SSCs, existem elementos estruturais e acidentais que aumentam esse risco, a variar conforme o caso concreto.

Diante desse cenário, é preciso que as SSCs sejam utilizadas no melhor intuito de maximizar seus potenciais, destravar investimentos públicos e mitigar os riscos de se encobrir estratégias do controlador para elastecer suas competências.

REFERÊNCIAS

4ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, Mandado de Segurança nº 1013469-13.2023.4.01.3400.

ALMEIDA, Fernando Menezes Dias de. Mecanismos de Consenso. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (org.). Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ATRICON, Nota Recomendatória Atricon n° 02/2022. Conselheiro Presidente: Cesar Miola, aprovada em 24/08/2022.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 180 e ss.

BARCELLOS, Ana Paula. Políticas Públicas e o Dever de Monitoramento: "Levando os Direitos a Sério". Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 08, nº 02, UNICEUB, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. A Consensualidade Administrativa como Técnica Juridicamente Adequada de Gestão Eficiente de Interesses Sociais. Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Orçamento pede que TCU Pare de Suspender Obras Públicas. 01/06/2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/882356-comissao-de-orcamento-pede-que-tcu-pare-de-suspender-obras-publicas#:~:text=O%20deputado%20Pedro%20Paulo%20(PSD,93%20bilh%C3%B5es%20em%20investimentos%20suspensos>.

CHEVALLIER, Jacques. O Estado Pós-Moderno. Trad. Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 163 e ss.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os Acordos Substitutivos do Procedimento Sancionatório e da Sanção, Revista de Direito Administrativo Econômico, n. 27, 2011.

DA SILVA, Cleverson Aroeira. Estruturação de Projetos de Parceria. In. SILVA, Mauro Santos (org.). Concessões e Parcerias Público-Privadas: Políticas Públicas para Provisão de Infraestrutura, Brasília: IPEA, 2022, pp. 279 – 316.

DE ENTERRIA, Eduardo García. La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). Espanha: Civitas, 2016 pp. 8 – 100.

DI PIETRO, Maria Sylvia. O Papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. O Soberano da Regulação: O TCU e a Infraestrutura. São Paulo: Singular, 2020, pp. 54 e ss.

FERRAZ, Luciano. Controle e Consensualidade: Fundamentos para o Controle Consensual da Administração Pública, Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 226.

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do Sonho à Realidade. Revista de Direito do Estado, nº 27, Salvador, 2011.

INTOSAI. Moscow Declaration. Setembro de 2019. Disponível em: <https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/news/2019/10/EN_23_Moscow_Decl_300919.pdf> Acesso em 31/04/2023.

JORDÃO, Eduardo. A Intervenção do TCU sobre Editais de Licitação não Publicados – Controlador ou Administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, Belo Horizonte, 2014, p. 209-230.

JORDÃO, Eduardo. Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: a Experiência Estrangeira na Adaptação da Intensidade do Controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões, São Paulo: Fórum, 2016, pp. 250 e ss.

MARQUES NETO, Floriano; PALMA, JULIANA Bonacorsi; MORENO, Maís. Relatório de Pesquisa Bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. Observatório do Controle da Administração Pública da USP, 2019, pp. 36 e ss.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução, 3ª ed., Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 352.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – o Caso Brasileiro.

OCDE, Impulsionando o Desempenho da Agência Nacional de Energia Elétrica do Brasil, 2021.

OCDE. Avaliação da OCDE sobre Telecomunicações e Radiodifusão no Brasil 2020. OECD Publishing, Paris, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Atuação administrativa consensual: Estudo dos Acordos Substitutivos no Direito Administrativo Sancionador. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade São Paulo, 2010, p. 135.

PALMA, Juliana Bonacorsi. O TCU e sua Consensualidade Controladora Método Adequado de Solução de Conflitos ou Expansão de Competências Controladoras? JOTA, 28/06/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-tcu-e-sua-consensualidade-controladora-28062023> Acesso em 01/07/2023.

PETTIT, Phillip. Depoliticizing Democracy. Ratio Juris. Vol. 17 No. 1 March 2004 (52–65).

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Regulação Consensual: a Experiência das Agências Reguladoras de Infraestrutura com Termos de Ajustamento de Conduta, Revista de Estudos Institucionais, v. 3, n.1, 2017, p. 95.

RIBEIRO, Jenifer. TCU Deve Criar nova Secretaria para buscar Resolução Consensual de Conflito. Agência Infra, 12/12/2022.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo, Coimbra: Almedina, 1981, p. 96; FARIA, Edimur Ferreira. Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Poder Judiciário. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ROSILHO, André. União: Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle. São Paulo: Quartin Latin, 2019.

ROSSINO, Alexander Emoski Barbosa. O Termo de Ajustamento de Gestão no Âmbito Processual do Tribunal de Contas da União, Rio de Janeiro, EMERJ, 2019, pp. 13 e ss.).

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SBDP. Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União, 2021, Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Sumario-LINDB-pelo-TCU.pdf> Acesso em 01/07/2023.

SBDP. Relatório da Sociedade Brasileira de Direito Público de decisões do TCU entre novembro e dezembro de 2018 (SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. Julgamentos de Novembro e Dezembro de 2018, 2018. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/Observat%C3%B3rio-do-TCU-julgados-de-novembro-e-dezembro-de-2018.pdf> Acesso em 12/07/2023.

SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi. Consenso e Legalidade: Vinculação da Atividade Administrativa Consensual ao Direito. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 24, 2011, Bahia.

SILVA, Victor Carvalho de Pessoa Barros e. Acordos Substitutivos de Sanção. Dissertação de Mestrado, Puc-SP, São Paulo, 2019, pp. 41 e ss.

SPECK, Bruno Wilhelm. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer, 2000. p. 65-67.

TCE-MT. TCE-MT assume Papel de Conciliação e Muda os Rumos do Desenvolvimento do Estado a Partir de Mesas Técnicas. 20/12/2022. Disponível em: <https://www.tce.mt.gov.br/noticias/tce-mt-assume-papel-de-conciliacao-e-muda-os-rumos-do-desenvolvimento-do-estado-a-partir-de-mesas-tecnicas/55510> Acesso em 01/05/2023.

TCU, Acórdão nº 1079/2019, Plenário, Processo nº 011.196/2018-1, j. 15/05/2019. .

TCU, Acórdão nº 1130/2023, Processo nº 006.253/2023-7, Plenário, Relator: Benjamin Zymler, j. 07/06/2023.

TUSHNET, Mark. The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy. Harvard Law School, 2021 (versão digital), pp. 8 e ss.

VALADARES, Ana Carolina Alhada. A Atuação Regulatória do Tribunal de Contas da União nas Operações de Desestatização: uma Análise Empírica da Duração dos Processos de Acompanhamento. Dissertação de Mestrado, FGV-RJ, 2023.

III AVALIAÇÃO DE ECONOMICIDADE EM CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: POR UMA ABORDAGEM (MAIS) DIALÓGICA

Giuseppe Giamundo Neto[1] **e Davi Madalon Fraga**[2]

INTRODUÇÃO

A avaliação da economicidade das obras consiste, em linhas gerais, na verificação da adequação dos preços postos em contrato – e, por conseguinte, da remuneração ofertada a particulares contratados pela Administração Pública – em comparação às práticas e aos parâmetros tidos como referenciais de mercado. Em outras palavras, pretende-se verificar se o preço pago por uma determinada obra é justo, para fins de proteção do Erário e do interesse público.

Importa ao presente artigo o controle feito pelo Tribunal de Contas da União (TCU), órgão a quem a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)[3] atribuiu a competência genérica de fiscalização e controle dos atos administrativos, o que abrange toda a gama de atividades da Administração, inclusive os atos de contratação, especialmente a partir da análise econômica. O Texto Constitucional de 1988, convém destacar, ampliou significativamente as atribuições e os poderes do Tribunal de Contas. Antes reduzida à verificação da legalidade e da regularidade formal das despesas, a fiscalização passou a ter como referência e a examinar, também, a *economicidade* dos atos.[4]

Na prática, isso significa que um contrato administrativo oriundo de uma concorrência pública, seja com qual objeto for, terá seus preços sujeitos à alteração, caso a Corte de Contas entenda que não correspondem aos valores e condições praticados no mercado. Como consequência dessas análises, o que se tem visto com frequência é a conclusão de sobrepreço[5] em diversos contratos, com imputação de devolução ao Erário de montantes vultuosos.[6]

---

1 Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado com atuação no judiciário, tribunais arbitrais e em Tribunais de Contas, envolvendo concessões e PPPs. Autor do livro *As garantias do processo no Tribunal de Contas: Princípios Constitucionais, Código de Processo Civil/2015 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019. giuseppe@giamundoneto.com.br

2 Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, com estudos complementares em *Law* pela *University of Leeds*. Advogado com atuação em Tribunais de Contas em processos relativos a contratos de infraestrutura e concessão. Membro Titular da Comissão de Obras, Concessões e Controle da Administração Pública da OAB/RJ. davi.fraga@giamundoneto.com.br

3 Vide rol do art. 71.

4 A ação do Tribunal era restrita à verificação da exatidão das contas. Se os atos praticados pelos responsáveis se harmonizassem às normas legais e regulamentares, em tese, estes não poderiam sofrer qualquer censura, por mais prejudiciais e antieconômicos que pudessem ser os resultados. Daí a evolução que a introdução dos novos parâmetros representou para o sistema de fiscalização do controle externo.

5 Para fins dos estudos deste artigo, utilizou-se tão somente o conceito clássico de sobrepreço (e não de superfaturamento). A esse respeito, cf. SALLES, A. A. Controle pelos Tribunais de Contas sobre os preços dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso), v. 178, p. 09-15, 2016.

6 Um indicativo é o surgimento de grupos de pesquisa formalmente organizados que adotaram o controle dos Tribunais de Contas como objeto de investigação. Citam-se, exemplificativamente: Observatório do TCU (Grupo Público da FGV); Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE); Direito e Combate à

Segundo informações do sítio eletrônico do próprio Tribunal[7], o benefício financeiro das ações de controle no ano de 2022 teria sido superior a R$ 82 bilhões; em apenas um processo concluído no ano de 2021, a Corte de Contas teria apurado sobrepreço de cerca de R$ 12 bilhões. No ano anterior, considerando as fiscalizações conduzidas exclusivamente naquele exercício, foram identificados indícios de sobrepreço em obras públicas que totalizaram cerca de R$ 4,7 bilhões. Entre os casos mais notórios está o da obra da BR-040, que liga Brasília a Juiz de Fora (MG), em que foram encontrados indícios de sobrepreço que chegavam a R$ 1,2 bilhão.

Também é de se destacar o percentual da amostragem analisada: segundo o relatório anual de atividades do TCU do ano de 2021[8], "foram detectados indícios de irregularidade grave em 33 fiscalizações, ou seja, 67,3% do total" (grifou-se) das obras (federais ou que receberam recursos federais) fiscalizadas no período.

Os números são chamativos por si mesmos: se quase 70% das obras têm falhas orçamentárias tidas como graves, com valores que orbitam a casa dos bilhões, é de se questionar se a técnica para a elaboração de orçamentos não deveria ser revista – ou, ainda, se a metodologia empregada pelo TCU para a aferição de sobrepreço é aderente à realidade, não sendo de se estranhar as críticas, por parte da doutrina, acerca da forma de controle de economicidade pelas Cortes de Contas, o que será abordado com detalhes em capítulo próprio deste artigo. Nesse sentido, para fins meramente introdutórios, registram-se as pontuações de SUNDFELD e ARRUDA CÂMARA[9]:

> O fato de o Tribunal de Contas apontar uma irregularidade e definir um prazo para o responsável corrigi-la, e de este não aceitar a recomendação, não pode ser juridicamente qualificado como uma recusa ilegal. E isso porque o direito não dá mais valor à opinião do fiscal do que à opinião do fiscalizado. O que se tem é um conflito de visões sobre o que é certo ou errado. A insistência na manutenção da conduta impugnada, por óbvio, pode ser motivada pela discordância com a avaliação feita pelo Tribunal de Contas. O responsável pela despesa, em tais casos, considera que sua decisão é legítima, devendo ser integralmente mantida. O que ocorre, portanto, é uma divergência entre poderes sobre a legalidade da despesa impugnada. (grifou-se)

Não se pretende questionar a competência – jurídica e técnica – de que dispõe a referida Corte de Contas para conduzir fiscalizações que têm como parâmetro a economicidade, menos ainda menosprezar o importante papel que o TCU tem desempenhado na proteção das contas públicas no Brasil. Contudo, considerando o volume de recursos que têm sido apontados como pagamentos indevidos e a quantidade de obras em que tais apontamentos se dão, é de se questionar se a solução hoje adotada pelo sistema jurídico e pelas instituições é a que melhor resguarda o interesse público e o das partes envolvidas. Em outras palavras, existiriam outras formas de se garantir um controle efetivo dos gastos públicos sem que haja um sem-número de processos intermináveis com discussões acerca da adequação dos preços contratados pela Administração Pública?

Posto esse questionamento, o presente artigo pretende: (i) indicar os procedimentos atuais de

Corrupção (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP); Controle da Administração Pública (Universidade de São Paulo – USP); Núcleo de Estudos em Direito, Gestão, Controle e Fiscalização da Administração Pública (Instituto Federal de São Paulo – IFSP); Regulação Econômica no Brasil e a Constituição Federal de 1988: Controles do e sobre o Estado em Face da Administração Pública Gerencial (Universidade Estadual de Londrina – UEL).

7 Disponível em <https://sites.tcu.gov.br/tcu-em-numeros/> e <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/carteis-superfaturamento-e-a-atuacao-do-tcu.htm>. Acesso em: 11/05/2023.

8 Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio_anual_atividades_TCU_2021.pdf>. Acesso em: 11/05/2023.

9 SUNDFELD, C. A.; ARRUDA CÂMARA, J. Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, n. 257, 2011.

avaliação da economicidade de contratos de obras públicas pelo TCU; (ii) suscitar eventuais pontos de controvérsia identificados nesses procedimentos; e (iii) propor a adoção de soluções, já existentes no arcabouço jurídico brasileiro, para a resolução dos conflitos oriundos dos apontamentos de sobrepreço em obras públicas.

Antes, porém, devem ser feitos alguns apontamentos acerca da interação entre o judiciário e o TCU.

1 A SOLUÇÃO DO PROBLEMA NÃO SERIA LEVAR A DISCUSSÃO AO JUDICIÁRIO?

Na análise da relação dialógica entre o Judiciário e as Cortes de Contas, observa-se significativa deferência daquele a estas.[10] É o que se tem, por exemplo, a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) em que decisões do TCU foram objeto de questionamento. Na amostragem objeto deste estudo, percebeu-se um significativo, majoritário e consolidado posicionamento da Suprema Corte tendente a demonstrar deferência à capacidade técnica do TCU de análise orçamentária, afastando a imiscuição do Judiciário no que diz respeito ao mérito das decisões proferidas pela Corte de Contas.

Veja-se, por exemplo, a postura de deferência por ocasião de decisão monocrática proferida no âmbito do Mandado de Segurança nº 35.623/DF[11] pelo Ministro Gilmar Mendes:

> No âmbito da citada Tomada de Contas, o TCU, diante de indícios da ocorrência de superfaturamento no Contrato 14/2006, determinou a citação solidária dos responsáveis e, cautelarmente, a indisponibilidade de seus bens.
> A Constituição Federal estabelece que a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.
> Nessa ordem de ideias, aplicam-se as regras do julgamento de contas à fiscalização de contratos quando "configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário", através de tomada de contas especial.
> Assim, fazendo a conjugação de tais dispositivos, a mim me parece que é franqueado ao TCU, na fiscalização de contratos, ao proceder à tomada de contas especial, aplicar sanção a "terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado".

Igualmente, em julgamento de Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de anular uma decisão do TCU condenatória à devolução

10 As relações entre as instituições nas democracias modernas têm sido objeto de amplo debate no âmbito do Direito Constitucional, notadamente no que tange ao pronunciamento final sobre determinada questão ou controvérsia. Em linhas muito gerais, discute-se que o sentido que se dá à norma deve ser resultado da interação entre os órgãos do Poder Público entre si e com a sociedade civil, em detrimento de um único Poder capaz de decidi-lo, seja o Judiciário, o Legislativo ou o Executivo. Trata-se de um reconhecimento de que, ao mesmo tempo, todos os Poderes são falhos e têm o direito democrático de contribuir com sua interpretação da norma, não devendo haver supremacia de nenhum sobre o outro.
A solução proposta pela teoria dos *diálogos constitucionais* é a de que nenhuma instituição tenha supremacia ou monopólio quando da tomada de decisões, mas prioridade quando da discussão de determinadas matérias. Por exemplo, em se tratando de direitos fundamentais, em nome da proteção de minorias, poder-se-ia priorizar a voz do Judiciário; por outro lado, caso a controvérsia recaia sobre tópicos de políticas públicas, a prioridade seria do Legislativo ou do Executivo, a depender da matéria que se discute.
Para que tal relação dialógica seja possível, é imprescindível que, em postura de respeitar os freios e contrapesos do sistema republicano, as instituições respeitem umas às outras, reconheçam sua vez de falar, mas também seus limites de "competência" para ouvir a outra. A essa postura de respeito chama-se *deferência*.
Essa forma de analisar as interações institucionais pode ser transplantada para o plano da relação Judiciário-Cortes de Contas. Se, de um lado, a deferência convida o Judiciário a ouvir as Cortes de Contas em se tratando de uma análise técnica de preços – visto que são órgãos que têm capacidade jurídico-institucional para verificar a economicidade de atos administrativos –, de outro, havendo violação a direitos fundamentais, a intervenção do Judiciário seria mandatória.

11 Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 35.623.

de valores ao Erário em razão de superfaturamento, o STF não concedeu a segurança, sob a alegação de que os questionamentos suscitados "pelos interessados foram analisados e o cálculo do *quantum* do sobrepreço foi formulado em consonância com os critérios tecnicamente utilizados pela Corte de Contas e com as normas de seu regimento interno".[12]

Outro exemplo diz respeito à produção de provas nos processos das Cortes de Contas. Tendo havido negativa, no curso da Tomada de Contas Especial no âmbito do TCU, a uma parte de produzir prova pericial, o STF entendeu que estava correto o entendimento da Corte de Contas de que as provas trazidas aos autos pelo próprio TCU seriam suficientes ao esclarecimento da matéria, mantendo a decisão do órgão técnico:

> EMENTA
> PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO. EXAME RESTRITO ÀS PROVAS DOCUMENTAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA.
>
> VOTO
> 7. De se realçar, ainda, que o pedido de produção de provas periciais e testemunhais formulado pelo Impetrante foi indeferido de forma motivada pela autoridade apontada como coatora, que, como salientado nas informações, considerou desnecessária a sua produção por haver "robusta documentação capaz (...) de comprovar a irregularidade" atinente à celebração de Termo Aditivo ao Contrato n. 86/1999.
> O indeferimento da produção de provas reputadas impertinentes ou desnecessárias, quando devidamente fundamentado, não consubstancia cerceamento de defesa e respalda-se no § 2º do art. 38 da Lei n. 9.784/1999 e no art. 130 do Código de Processo Civil, aplicáveis, subsidiariamente, aos processos em curso no Tribunal de Contas da União.[13]

Os exemplos trazidos pretendem tão somente demonstrar uma tendência do STF – e, portanto, do Judiciário – de manter os apontamentos técnicos do TCU. Assim, afastam-se eventuais conclusões precipitadas – que encerrariam prematuramente os apontamentos que serão trazidos nos próximos capítulos – de que as avaliações técnicas de sobrepreço com as quais os particulares não concordem deveriam ser levadas para discussão perante o Poder Judiciário.

Evidentemente, o debate acerca do dever do Judiciário de rever atos dos outros poderes é salutar, mas o que aqui se pretende é a busca por soluções que, ao mesmo tempo, reconheçam a competência técnica do TCU para a apuração da economicidade de contratos – como preconizado na Constituição – e garantam ao particular atingido pelas decisões da Corte de Contas um processo aderente à ordem jurídico-constitucional.

2 O PROCEDIMENTO DE AVALIAÇÃO DA ECONOMICIDADE DE OBRAS E SUAS NUANCES

Como se indicou na introdução ao presente artigo, o volume de sobrepreço apontado em obras públicas pelo TCU é chamativo, tanto em termos numérico-monetários quanto em relação ao percentual sobre a amostragem auditada. Isso *per se*, por óbvio, não pode ser categoricamente indicado como um problema. No entanto, se há críticas por parte da doutrina e dos agentes que atuam perante as Cortes de Contas em relação à forma como se dá a apuração de sobrepreço, os números dessa ordem acabam por validar o juízo de valor e vice-versa.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 29.599. DJe 31/08/2011.
13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido no Mandado de Segurança nº 29.137. DJe 28/02/2013.

Este capítulo pretende, de forma não exaustiva, indicar nuances do procedimento de avaliação de sobrepreço que poderiam conduzir à necessidade de busca de alternativas à forma atual de quantificação dessas supostas irregularidades, que mantenham a proteção do Erário e da supremacia do interesse público – tão cara à atuação do TCU –, mas, também, que permitam conclusões mais realistas acerca dos custos efetivos de uma obra em um ambiente de concorrência.

Exemplificativamente, foram escolhidas três nuances a serem debatidas.

2.1 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Antecipamos a conclusão deste subcapítulo para evitar que o seu título seja enganoso quanto ao que se pretende: não se defenderá aqui que o TCU desrespeita o contraditório e a ampla defesa em suas formas constitucionais. Pretende-se, tão somente, registrar observações que, especialmente em relação aos apontamentos de sobrepreço em obras públicas, contribuem para a reflexão, para o debate e para o aperfeiçoamento institucional – todos esses preceitos democráticos em sua essência.

Para tanto, é necessário, de modo breve e sucinto, rememorar o passo a passo seguido pelo TCU quando da instauração de processos para a avaliação da economicidade de contratos. O rito que será a seguir descrito foi extraído do Regimento Interno da Corte de Contas, bem como de sua Lei Orgânica.

Apesar de haver diferentes espécies processuais passíveis de instauração pelo TCU, é possível extrair delas um padrão de sequenciamento de atividades e procedimentos, cuja ordem precisa não interfere na apuração pretendida neste artigo. O que se busca é verificar, no procedimento como um todo, a satisfação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Inicialmente, os processos de fiscalização e auditoria são distribuídos a cada um dos Ministros. O Ministro Relator determinado encaminha os autos do processo para que seja realizada a fiscalização, inspeção ou auditoria por uma secretaria de apoio especializada, denominada Secretaria de Controle Externo. A referida secretaria distribui entre os servidores nela lotados a condução dos trabalhos de fiscalização. Concluída a fiscalização, a Secretaria emite uma análise técnica e a encaminha ao Ministro Relator. Recebida a análise, o Ministro Relator poderá arquivar o processo ou, na hipótese de encontrar ilegalidade, ilegitimidade ou antieconomicidade, procederá à intimação do responsável para apresentar uma resposta por escrito. Se os esclarecimentos do responsável não forem aceitos pelo próprio Ministro Relator, seja com o apoio e a avaliação técnica ou não da Secretaria, este poderá encaminhar ao respectivo colegiado um voto por aplicação de multa. O colegiado decide, ao final. Prevê-se a possibilidade de interposição de três modalidades de recursos, todos a serem julgados pelo mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida[14], mas com a alteração do relator e da Secretaria responsável. Nas sessões de julgamento, faculta-se à parte interessada a sustentação oral.

Faz-se aqui um registro: como os órgãos técnicos que instruem os processos (as Secretarias) integram o corpo do próprio TCU, é usual que as conclusões alcançadas por eles sejam utilizadas como fundamento das decisões proferidas pelos Ministros. Isso será abordado com detalhes adiante.

Essas são as previsões legais e regimentais. O TCU, contudo, já consolidou, em seus julgados, diversos outros procedimentos que são observados à risca no cotidiano dos processos instaurados. Dá-se destaque aos seguintes: apresentação de defesa pelos interessados diretamente às Secretarias de Controle Externo ainda durante a fase de fiscalização, caso a Secretaria assim o intime; possibilidade de apresentação de memoriais, que são juntados aos autos, depois da

14 Art. 277 e seguintes do RITCU.

análise pela Secretaria e antes da apreciação pelo Ministro Relator; remessa dos atos às Secretarias de Controle Externo para análise prévia quando da interposição de recursos; e possibilidade de agendamento de reuniões – chamadas comumente na advocacia de "despachos" ou "audiências" – com os interlocutores do processo, desde os ministros até os diretores e secretários das Secretarias.

Especificamente quanto à apresentação de "memoriais", que sempre serão juntados aos autos, cabem alguns breves esclarecimentos. Muito embora não haja previsão regimental ou prazo próprio, admite-se, de modo usual, a apresentação de um memorial logo após a conclusão de uma análise por qualquer instância ou entrância da Corte de Contas que resulte na exposição escrita das razões do julgador, aqui referenciado em sua concepção ampla. Em outras palavras, sempre que há a emissão de um parecer escrito, seja de auditores, Secretaria ou Ministério Público, e antes que sobrevenha uma decisão terminativa por Ministro ou Órgão Colegiado, existe a possibilidade de que o jurisdicionado apresente um "memorial", que será formalmente juntado aos autos.

Esses "memoriais" não necessariamente devem conter apenas aspectos já trazidos aos autos a serem relembrados ao julgador, como o próprio nome sugere e usualmente se pratica no âmbito do processo civil. Tais documentos podem se prestar a trazer elementos novos que contradigam as conclusões do órgão cujo parecer o precede, levando, não raras vezes, à determinação, por meio de despacho do Ministro Relator, de apreciação de seu conteúdo pela própria entidade que emitiu o parecer. Certo é, contudo, que tais manifestações por parte do jurisdicionado dependem única e exclusivamente de seu comparecimento espontâneo aos autos, feito antes que o processamento dos autos prossiga de maneira natural e regimental, não havendo, legal ou jurisprudencialmente, obrigação do TCU em facultá-las.

Para além desses procedimentos e etapas, no que tange aos mecanismos de contraditório e ampla defesa, não existem outras previsões, seja nos dispositivos normativos, seja nos acórdãos já proferidos que, na nossa visão, importam ao presente estudo.

Vê-se, portanto, que a oportunidade de manifestação e de contraditar é efetivamente ampla nos processos do TCU. De certa maneira, há até mais etapas de estabelecimento do contraditório que no âmbito do processo civil. Contudo, seria isso suficiente para garantir, de modo pleno e abundante, o exercício dos direitos garantidos aos particulares pela Constituição em seu art. 5º?

Entende-se que, de certa forma, mesmo que imparcial, a resposta não seria positiva. Isso se dá porque a *garantia de fala* que justifica os princípios do contraditório e da ampla defesa padece se desacompanhada. Como se sabe, alegar não é suficiente para a confirmação de um direito. Disso decorre que a participação no processo pressupõe a possibilidade de produzir provas, isto é, de trazer aos autos documentos que comprovem o que foi alegado. Consiste não apenas no direito de pronunciamento, mas também na oportunidade de evidenciar o que se alegou, pelos meios possíveis e aplicáveis ao caso específico.[15]

15 "Na cadeia desses atos, a produção da prova desponta como um direito fundamental, cuja fonte originária, como já foi referido, é a Constituição da República, que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A prova é de substancial importância para se desvelar os fatos controvertidos, lançando luzes sobre sua verdade, para traçar os contornos das questões de fato que ao Juiz caberá apreciar, para compor o quadro no qual o Magistrado irá decidir o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. A prova é capaz de elucidar a verdade real, tão importante hoje, no processo, que o Direito confere ao próprio Juiz (arts. 440 a 443 do Código de Processo Civil) a possibilidade da realização da inspeção judicial, de ofício ou a requerimento da parte. Para a parte, poder produzir a prova não é uma prerrogativa, uma concessão do Juiz na direção do processo. É, antes, uma necessidade gerada da distribuição legal de seu ônus e das conseqüências reservadas àqueles que desse ônus não se desincumbem. A produção da prova é, portanto, um direito das partes, amparado em normas constitucionais e processuais, e, mais precisamente, é um direito – dever da parte que tem o ônus de produzi-la em Juízo" (grifou-se) (PLÍNIO GONÇALVES, A.; MASSARA BRASILEIRO, R. A. Cerceamento de defesa no indeferimento de prova pericial: violação de direito fundamental da parte e lesão da ordem jurídica constituída. Revista de Informação Legislativa, nº 180, p. 175, 2008).

De fato, de que valeria um direito para a ampla manifestação e juntada das mais variadas provas em um processo se não houvesse garantias de que tudo o que se disse e se buscou provar seria efetivamente apreciado pelo julgador e influenciaria o provimento final? É o posicionamento de Freddie Didier Júnior:

> se não for conferida a possibilidade de a parte poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório está ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com possibilidade, conferida à parte, de influenciar no processo.[16]

E, a esse respeito, é importante pontuar que a realização da prova pericial não é admitida no âmbito do TCU. Em julgado[17], o Tribunal consolidou o entendimento de que "o processo de controle externo, disciplinado pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, não prevê ao Tribunal competência para determinar a realização de perícia para a obtenção de provas".

Cabe aqui trazer um exemplo concreto: no âmbito do processo nº 025.778/2014-5, em uma exceção à regra anteriormente mencionada, o TCU determinou a realização de uma perícia pela Caixa Econômica Federal, tendo, contudo, negado ao particular interessado formular quesitos e indicar um assistente técnico, sob o argumento de que o contraditório seria diferido, com manifestação da parte depois de concluído o laudo técnico.[18]

O STF já teve a oportunidade de examinar a questão envolvendo a negativa de produção de prova no âmbito do TCU. O caso tem origem em um processo de tomada de contas especial instaurado pelo órgão. Determinada empresa que figurava como interessada no referido processo, tendo em vista um contrato que celebrara com a União e era objeto da fiscalização, requereu, na fase instrutória, a produção da prova pericial. A perícia seria voltada à comprovação do acerto da decisão administrativa que havia autorizado o reequilíbrio econômico-financeiro contratual questionado pela Corte de Contas. O TCU negou o pedido com base na ausência de previsão de tal providência nos normativos que regem a atuação do órgão. Ainda de acordo com o TCU, o seu Regimento Interno estabelece que, até o término da fase de instrução, é facultada às partes a juntada de documentos novos, de modo que "cabe aos interessados, se entenderem pertinente, a produção de qualquer documento de caráter técnico no sentido de subsidiar suas defesas, dentro do prazo regimentalmente estabelecido".

Em face da negativa do TCU, a empresa impetrou mandado de segurança perante o STF. A ação, MS 26.358-DF, contou com o parecer favorável do Ministério Público Federal, que, ao opinar pela concessão da segurança, manifestou-se no sentido de que "restringir, ainda que com apoio da legislação pertinente, a utilização de meio de prova apto a comprovar a tese arguida pela parte, sem justificativa plausível, resulta em profunda corrosão das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal".

O Relator, Ministro Celso de Mello, ao examinar a pretensão deduzida pela empresa, concedeu a segurança, em decisão monocrática[19], para anular a decisão proferida pelo TCU. De acordo com

16 DIDDIER JÚNIOR, F. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. Editora JusPodivm, 2013.

17 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4.843/2017-Primeira Câmara.

18 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 133/2017-Plenário.

19 A decisão foi monocrática em razão da previsão, no RISTF, de delegação de competência do STF ao Relator da causa para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança na hipótese de a matéria versada constituir "objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal" (art. 205, *caput*, com a redação da ER 28/2019). Em sua decisão, o Ministro Celso de Mello expôs que a controvérsia mandamental em exame se ajustava à jurisprudência que o STF firmou na matéria em análise. (DJE 06/11/2014)

o Ministro, o Tribunal de Contas não pode, nos processos administrativos perante ele instaurados, "transgredir postulados básicos como a garantia do *due process of law*". Desse modo,

> Assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do 'due process of law' (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV. (..)
> Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do "due process of law", ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado, no caso ora em exame, perante o Tribunal de Contas da União), condiciona, de modo estrito, o exercício dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, sob pena de descaracterizar-se, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção do Estado democrático de Direito, a legitimidade jurídica dos atos e resoluções emanados do Estado, especialmente quando tais deliberações, como sucede na espécie, importarem em aplicação de sanções aos administrados.

A decisão foi unanimemente confirmada pela Segunda Turma do STF, por ocasião da apreciação de um Agravo Regimental interposto pela União, representando o TCU, em cuja ementa registrou-se o seguinte:

> O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.
> Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do "due process" a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração.[20]

A decisão do STF, como se observa, desconstrói os fundamentos que a jurisprudência do TCU tem utilizado para recusar a produção da prova pericial e de outras provas no curso dos processos administrativos que lá tramitam. Na linha do quanto sustentado pelo STF, a ausência de previsão na Lei Orgânica ou mesmo a especificidade do rito dos processos da Corte de Contas não podem se sobrepor à observância obrigatória da garantia da *ampla defesa* prevista no texto constitucional, com os meios a ela inerentes, no que se inclui o direito à prova e à prova pericial, se necessário.

A decisão do STF no MS 26.358-DF parece-nos acertada, pois não vedou o indeferimento de pedido de produção de prova técnica caso o TCU a entenda desnecessária. O julgador, como primeiro destinatário da prova, pode muito bem recusá-la por compreender que a providência é inútil ou meramente protelatória – nesses casos, por óbvio, é bem fundamentando o seu ponto de vista. O que não pode é indeferir a sua produção por ausência de amparo na Lei Orgânica e nos normativos internos do Tribunal de Contas, como fez na decisão objeto do mandado de segurança e como tem feito em decisões mais recentes.[21] O direito do responsável ou do interessado de apresentar todas as provas

20 DJE 17/12/2014. Participaram do julgamento, realizado em 02/12/2014, os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, além do Ministro Relator Celso de Mello.

21 Cf. Acórdãos nº 4843/2017, nº 10941/2018 e nº 1292/2018, todos da Primeira Câmara.

relevantes para embasar a sua versão dos fatos em litígio é um aspecto essencial da garantia constitucional da ampla defesa e, por conseguinte, do devido processo legal.

O problema aqui reside não apenas na possibilidade de produção das provas necessárias ao esclarecimento da lide, mas, principalmente, diz respeito à capacidade de influenciar o processo: impedida a parte a ver produzida determinada prova técnica ou a formular quesitos, limita-se sua aptidão de *influência* sobre as conclusões alçadas pelo julgador.

Além disso, há outro ponto que merece destaque: os pronunciamentos das Secretarias do Tribunal, em que são apontados os supostos sobrepreços, são os que fundamentam as decisões dos Ministros e do Plenário. Ou seja, órgãos do próprio TCU apuram a adequação do preço, que será julgada, ao final, pelo mesmo TCU. A descaracterização do sobrepreço, portanto, incumbe exclusivamente aos particulares interessados – empresa e gestores públicos da obra – que terão o ônus argumentativo de convencer os Ministros de que as análises empreendidas pelas equipes técnicas internas do Tribunal não foram adequadas. É de se questionar, nesse cenário, se há paridade de armas entre quem acusa e quem se defende.[22]

Por esses motivos, indica-se, para fins deste estudo e das avaliações de economicidade no âmbito do TCU, que, embora haja participação e exercício de contraditório e ampla defesa nos processos conduzidos pela Corte de Contas, seria possível torná-los mais efetivos e aderentes à ordem jurídico-constitucional.

Essa questão particular ganha especial relevo quando se depara com a segunda nuance pretendida: a engenharia de orçamentação – e, portanto, a avaliação de economicidade – é uma ciência exata?

2.2 ENGENHARIA DE ORÇAMENTAÇÃO DE OBRAS, UMA CIÊNCIA EXATA?

A discussão sobre a existência ou não de sobrepreço em uma obra envolve, como já dito, a avaliação dos preços contratados e da sua compatibilidade com os parâmetros de mercado entendidos como adequados. Para tanto, segundo orientações do próprio TCU[23], o Tribunal se vale, em suma, do projeto executivo das obras, em que estão postos os serviços e a metodologia executiva a pautar a consecução do empreendimento e da planilha orçamentária elaborada pela Administração contratante. A partir desses documentos, comparam-se os preços unitários e individuais dessa planilha, em regra, com os preços referenciais constantes de sistemas tidos como adequados pela legislação vigente, em especial o Decreto Federal nº 7.983/2013, que fixou, em seus arts. 4º e 5º, os sistemas SICRO, de autoria do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre (DNIT), e o SINAPI, alimentado pela Caixa Econômica Federal, como os balizadores de obras rodoviárias e de construção civil, respectivamente.

É a partir da comparação entre os preços desses sistemas e aqueles constantes dos contratos que o TCU conclui pela adequação ou não do valor contratado de uma obra.

Posto o tema dessa forma, a impressão que se tem é a de que a elaboração de um orçamento de obra não geraria controvérsias: se existem preços de parâmetro e se o orçamento não os segue, os valores contratuais não são adequados e, portanto, são passíveis de revisão, correto? Evidentemente que não.

A engenharia de orçamentação, por mais que se proponha matemática e estatística, não é absolutamente exata. Ela é, sem sombra de dúvidas, um

22 "[..] assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas" (ARE 648629/RJ, Ministro Relator Luiz Fux).

23 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas / Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. – Brasília: TCU, 2014.

norteador apurado, refinado e inafastável, mas suas próprias disposições revelam que seus termos admitem adequações diante de casos concretos.

A bem da verdade, o próprio Tribunal reconhece a inexatidão da ciência quando, em seu manual de orçamentação e em seus julgados, aponta que "a legislação em vigor não se refere aos valores do Sicro e do Sinapi como limites absolutos de preços e sim como parâmetros referenciais", ou, ainda, que "os órgãos e entidades da administração pública federal poderão adotar especificidades locais ou de projeto na elaboração das respectivas composições de custo unitário", bem como que "o orçamentista pode utilizar valores superiores aos do Sinapi" (*op. cit.*, p. 45).

Toma-se, aqui, um exemplo de serviços do SICRO. Havendo a previsão de utilização de um determinado equipamento para a prestação de um serviço específico, o SICRO irá admitir que a produtividade daquela máquina seja alterada de acordo com as condições reais de execução da obra, a depender do solo em que ela será operada, das condições de tráfego ou da possibilidade de horários de operação, por exemplo. Os encargos sociais poderão variar a depender da cidade em que os serviços são prestados, o tamanho da equipe de administração poderá ser dimensionado a partir do nível e do grau de complexidade da obra, e a necessidade de fazimento de serviços de forma manual ou automatizada também pode ser mutável, entre diversos outros casos que poderiam ser trazidos ao debate.

Na realidade, fosse a engenharia de orçamentação uma ciência exata, não haveria controvérsia e discussão significativas entre o órgão fiscalizador e o fiscalizado no que diz respeito à elaboração do orçamento de uma obra; menos ainda, os montantes apontados como sobrepreço não seriam de ordem de grandeza tão significativa como aqueles expostos na parte introdutória deste artigo. Afinal, um suposto sobrepreço de R$ 1,2 bilhão em uma única obra está indiscutivelmente fora de qualquer margem de erro que se pretenda alegar quando diante de uma ciência estatisticamente exata.

Se fosse o caso de haver exatidão, sequer seria necessária a previsão de possibilidade de interposição de recursos no âmbito das fiscalizações de contratos de obras, pois, sendo a primeira avaliação precisa, o que haveria de ser refeito na subsequente, em sede recursal?

Indubitavelmente, o TCU se firmou como órgão de profundo conhecimento acerca das técnicas de orçamentação, sendo a instituição pública com maior grau de competência para instruir e promover apurações nesse sentido. No entanto, há pessoal com expertise também fora dele, seja em empresas particulares especializadas na matéria, ou dentro das próprias empresas que executam obras públicas – afinal, para que uma empreiteira se prontifique a prestar serviços dessa ordem, ela própria deve formular seu orçamento com base no projeto licitado, a fim de verificar a atratividade do negócio (esse tema será tratado com detalhes adiante).

Muito embora o objeto deste estudo seja o TCU, usa-se da liberdade para trazer um caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ) que ilustra bem a provocação ora feita. Não que não haja casos similares no âmbito da Corte federal, mas, dados os valores envolvidos no caso do TCE/RJ, a comparação é cabível.

Refere-se ao processo nº 103.971-2/2016[24], já encerrado e sem possibilidades de recursos naquela Corte, em que foram fiscalizadas as obras de implantação da Linha 4 do Metrô do Rio de Janeiro, tendo havido a conclusão da existência de sobrepreço da ordem de R$ 3,7 bilhões, o equivalente a 22% do total da obra. Naquele processo foi apresentado um laudo de autoria de um renomado engenheiro orçamentista brasileiro (autor de livros muitas vezes utilizados como referência para os processos de fiscalização e auditoria em várias

24 A íntegra do processo encontra-se disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro <http://www.tcerj.tc.br>, na guia de "consulta processual", conforme acesso em 12/05/2023.

Cortes do país), em que se apontava que as obras não tiveram sobrepreço, mas sim subpreço.

Não se está aqui a defender um ou outro posicionamento, mas pretende-se destacar o óbvio: se, de um lado, a equipe técnica do TCE/RJ concluiu pela existência de sobrepreço de quase R$ 4 bilhões e, de outro, um especialista na matéria rechaçou ter havido preços inadequados nas obras, está-se diante de ciência (orçamentação) que admite contraditório.

Posto esse problema, deve-se enxergá-lo em concomitância às questões de ampla defesa trazidas no tópico anterior – em especial, a impossibilidade de produção de prova pericial no âmbito do TCU – e, conjuntamente ao que se indicará acerca da liberdade econômica de particulares, caminhar para a conclusão inevitável de que é necessária a construção de alternativas para as discussões de preço em obras públicas no Brasil.

2.3 LIBERDADE ECONÔMICA DO PARTICULAR E A OBRA PRONTA

Iniciamos este subcapítulo propondo um caso hipotético. A Administração Pública pretende contratar uma obra, para a qual elabora o projeto executivo, com base nele formula uma planilha orçamentária e, a partir desses documentos e dos demais previstos na legislação, lança um Edital, pretendendo, via concorrência, a contratação de particular. Algumas empreiteiras, analisando a documentação e sua viabilidade financeira – inclusive objetivando colher os legítimos lucros da prestação dos serviços – se interessam em participar do certame e ofertam suas propostas. Uma delas, por ser mais vantajosa e oferecer um preço total menor que o de referência da Administração, sagra-se vencedora, levando a proponente a celebrar contrato com a entidade licitante. A obra é executada, o particular recebe os recursos previstos em contrato e a avença é encerrada, permitindo que a Administração usufrua da obra concluída. Posteriormente, sobrevém uma fiscalização pelo órgão controlador, que, comparando os preços contratados aos referenciais tidos como oficiais, identifica sobrepreço em um ou dois dos serviços prestados e determina ao particular a devolução do montante ao Erário.

Por óbvio, estamos presumindo aqui um cenário de contratação efetivamente legítima, em um ambiente de concorrência plena, sem cartelização ou pagamento de vantagens indevidas a entes da Administração – afinal, é essa a presunção (de inocência) basilar de nosso ordenamento jurídico e da Constituição.

É justo, com o particular, que, de boa-fé, decidiu, segundo seu planejamento de negócios, participar do contrato e entregar seu escopo, ao final, receber quantia menor do que aquela pela qual se disponibilizou a executar a obra? Evidentemente que não.

Ora, tanto a legislação civil quanto a de contratações públicas é clara ao estipular que as partes contratantes são vinculadas aos termos do contrato que licitamente foram pactuados no decorrer do processo de contratação: é o princípio do *pacta sunt servanda*. São vários os dispositivos da legislação de Direito Público que embasam essa afirmação, mas destacam-se os seguintes da Nova Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/2021 – grifos nossos):

> Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.
>
> Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:
> I – o objeto e seus elementos característicos; [..] V – o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
> Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [..] § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

> Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

Assim, se a legislação foi cumprida pela Administração Pública quando da promoção da licitação – inclusive quanto à elaboração do orçamento-base –, se o particular atendeu a todos os requisitos postos em Lei e no Edital, se a licitação se desenvolveu em ambiente de adequada concorrência, e se o contrato foi cumprido à risca, a estipulação, *a posteriori*, de devolução dos valores recebidos é justa? Nesse sentido, as lições de SALLES[25] dizem que:

> Além disso, retroagir uma análise econômica, depois de já executado o contrato, para impor ao particular que receba menos do que ele se propôs quando da licitação fragiliza outros princípios estruturantes do Direito: o da boa-fé objetiva e o da presunção de veracidade e legitimidade dos atos da Administração Pública.

Mais uma vez: não se pretende, aqui, afastar a competência do TCU para fiscalizar e auditar contratos de obras em andamento, mas as nuances do processo de avaliação de economicidade e sobrepreço nessa espécie contratual já postas ao longo da introdução e dos subcapítulos que a este precederam, somadas a esta consideração, nos levam, ao menos, ao questionamento sobre se a construção dos apontamentos de sobrepreço deve continuar a se dar da forma como hoje ocorre ou se haveria formas mais legítimas.

2.4 A CONSTRUÇÃO DE PROCESSOS MAIS DIALÓGICOS: POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Ao longo do capítulo anterior levantaram-se questionamentos sobre a adequação das avaliações de sobrepreço pelo TCU, considerando-se três de suas várias nuances. Também se demonstrou neste artigo a dificuldade – dado o posicionamento de deferência adotado pelo STF e a tecnicidade de que se revestem as suas decisões – de levar as discussões ao Judiciário. Então, que alternativas há?

O exercício ora proposto é de, avaliando os mecanismos já existentes na legislação, buscar formas de tornar a discussão acerca dos alegados sobrepreços em obras mais dialógica e mais participativa. Afinal, se o próprio TCU apura o sobrepreço e, ao final, conclui e decide pela sua existência ou não, mesmo que a orçamentação não seja uma ciência exata e sem permitir que o particular produza prova pericial no âmbito dos processos que instaura, não se deveria buscar um caminho em que os interessados – principalmente naqueles casos de obras em execução ou concluídas – tenham uma maior capacidade de formação do juízo?

Sabe-se da tendência que existe, em especial entre os pesquisadores do processo civil no Direito Privado, da busca pelas soluções consensuais para resolver as controvérsias naquele âmbito. Sabe-se também que, gradativamente, essa tendência tem sido transplantada para o campo do Direito Público. São inúmeras as inovações legislativas que podem ser citadas nesse sentido.[26]

Não se pretende propor a utilização literal desses dispositivos, mas, compreendendo as particularidades da avaliação de sobrepreço em obras públicas, tentar aplicá-los a esse procedimento.

De pronto, merece destaque a recentíssima criação, pelo próprio TCU, fundamentada justamente nos avanços legislativos mencionados, de uma secretaria com a finalidade de promover a resolução consensual de controvérsias[27], a que se batizou SecexConsenso. Segundo a resolução que a instituiu, o procedimento de autocomposição será conduzido

---

25 SALLES, A. A. Controle pelos Tribunais de Contas sobre os preços dos contratos administrativos. Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso), v. 178, p. 09-15, 2016.

26 Lei Federal nº 13.140/2015, os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015 e na Nova Lei de Licitações, Lei Federal nº 9.307/1996 com as alterações da Lei Federal nº 13.129/2015, entre outros.

27 Instrução Normativa do TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022.

por uma Comissão de Solução Consensual (art. 7º), que elaborará uma proposta de consenso, e será composta por três membros: um servidor da Secretaria, o representante da Secretaria que promoveu a auditoria e um representante de cada órgão da entidade jurisdicionada. A participação de particulares será avaliada pela Secex (art. 7º, §2º). Após a proposta de consenso, há a previsão de parecer do Ministério Público e, por fim, do Ministro Relator, que submeterá o caso a Plenário.

Trata-se de um importante primeiro passo, mas há de se pontuar a limitação da participação dos particulares, reforçada no art. 2º, que não lhes confere legitimidade para requerer a solução consensual.

Entende-se, dada a relevância dessa espécie de discussão – economicidade de contratos de obras públicas – e os montantes envolvidos, que o particular seja um agente efetivo de participação do processo de consenso, sob pena de que o novo procedimento acabe por enfrentar os mesmos problemas existentes nos processos já em curso e indicados em capítulo próprio do presente artigo.

Também é de se cogitar que o TCU, com a mesma postura de deferência que lhe dispensa o STF, passe a chamar a se manifestarem nos autos de fiscalizações de obras públicas outros órgãos públicos que detêm expertise e conhecimento para opinarem sobre o tema, como já fez no âmbito do supracitado processo nº 025.778/2014-5 (em que concordou em ouvir a Caixa Econômica Federal), mas permitindo aos particulares envolvidos que formulem quesitos.

Tudo isso restará infrutífero, contudo, se os decisores finais forem os mesmos e o peso dado aos pareceres das secretarias, para fins de fundamentação, continuar da maneira como hoje se dá, pois resultará na já citada ausência de *paridade de armas*.

Em se tratando de processo no Tribunal de Contas, relembre-se, inexistem partes distintas, como ocorre em um processo judicial comum. Tem-se, de um lado, o responsável ou interessado na condição de controlado e, de outro, o próprio Tribunal de Contas, por meio de seu corpo técnico, que realiza a fiscalização e manifesta-se sobre a defesa e os esclarecimentos prestados. O Tribunal de Contas, portanto, além de encarregado do julgamento, é, também, a parte acusatória. Não pode ser negada, nesse sentido, a probabilidade de contaminação do julgador com as convicções formadas por ocasião de sua função acusatória, comprometendo gravemente a ideia de justo processo. Desse modo, estando o Tribunal de Contas na posição de contraditor, é sua obrigação colocar-se no mesmo plano do sujeito contraditado, em posição de equivalência.

Nesse sentido, defende-se igualmente a possibilidade de se trazer aos processos setores da sociedade civil que detêm expertise na matéria em discussão, para que, por meio de uma contribuição efetiva, possam influenciar a formação do convencimento das partes envolvidas, a exemplo do que ocorre com perícias independentes no âmbito do processo civil, em que os laudos periciais, embora não vinculantes, são fator de grande preponderância não apenas para a sentença, mas também para permitir que as partes atinjam um consenso e resolvam a lide por meio de autocomposição.[28]

Relembre-se que a própria estrutura do governo federal – à qual o TCU encontra-se vinculado – dispõe da Câmara de Mediação e de Conciliação, integrada à Advocacia-Geral da União, que poderia tornar-se um importante órgão – ao ouvir os particulares envolvidos, outras entidades da própria Administração Pública com expertise no tema e até mesmo setores da sociedade civil com expertise – na busca por adotar uma solução de consenso entre o Tribunal de Contas e o particular que tiver sido acusado de praticar sobrepreço em obras públicas.

28 Nesse sentido, a produção antecipada de prova, prevista no Código de Processo Civil (art. 381 e seguintes), admitida como meio de "viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito".

Não se pretende formular, aqui, uma solução inovadora – frente à legislação – ou definitiva, esgotando-se o tema. O que se provoca é: o ordenamento jurídico atual já permite a construção de um diálogo maior com os particulares que executam obras públicas em que se tenha concluído por haver sobrepreço, bem como a expansão do diálogo para setores especializados na matéria (sem afastar a competência técnica do Tribunal) e a busca por figuras capazes de mediar as discussões, considerando que, atualmente, o Tribunal detém o monopólio da instrução e do julgamento.

Para fins exemplificativos e por mero exercício de raciocínio, consideradas todas as possibilidades de conciliação supramencionadas, seria possível vislumbrar o seguinte cenário: diante de uma obra em curso, o TCU inicia sua fiscalização e identifica, em alguns itens e serviços, indícios da ocorrência de sobrepreço.

Antes que tais conclusões sejam lavradas em pronunciamento técnico a ser submetido ao Ministro Relator – porque, caso assim o fosse, já se caminharia para consolidar a existência do sobrepreço, aumentando o ônus argumentativo em sentindo contrário –, poderá ser cogitada a realização de reuniões com a equipe técnica da Administração Pública contratante e do particular contratado.

Ali seria estabelecida uma relação de diálogo – não de julgado e julgador –, em que as partes envolvidas, de modo propositivo e consensual, demonstrariam os motivos que os levaram a formular a planilha contratual e o orçamento tido como adequado pela Secretaria do Tribunal. O formato poderia ser de uma mesa técnica, com discussões entre iguais, conhecedores em orçamentação (essa ciência inexata). Tudo seria registrado em atas e em pareceres técnicos de parte a parte, com a oportunização de manifestações amplas, mas também da discussão presencial, frente a frente .

Caso dessas discussões não restasse consenso, poderiam ser buscadas soluções junto a terceiros, assim entendidos como mediadores, de outros órgãos da Administração ou até mesmo da iniciativa privada, que não teriam poder decisório, mas que buscariam maneiras de contornar as controvérsias do caso concreto.

É evidente que a conclusão poderia ser a de que, de fato, existe sobrepreço em um ou outro item de serviço, momento a partir do qual as partes poderiam, estando em situação de partes contratuais igualitárias, buscar a melhor solução para resolvê-lo: a exclusão de parcela dos serviços, quando possível; a execução de serviços adicionais sem custos para a Administração; ou até mesmo a rescisão contratual, a depender da gravidade da situação.

Posta a situação em termos consensuais e dialógicos, há uma miríade de situações e soluções possíveis – basta que haja vontade e interesse de implementá-las.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo defendeu-se a adoção de soluções mais dialógicas para a resolução das controvérsias entre TCU e particulares afetados por decisões de apontamento de sobrepreço em obras públicas.

Inicialmente, demonstrou-se que o volume de sobrepreço apontado em obras é significativo, tanto em termos de recursos propriamente ditos quanto no percentual diante da amostragem efetivamente fiscalizada e analisada pelo TCU. Esse fator, isoladamente, não seria um problema – afinal, o Tribunal estaria no pleno exercício de suas competências constitucionais –, mas, consideradas algumas nuances do procedimento administrativo instaurado para tanto, seria de se questionar a ordem de grandeza.

Indicou-se, nesse sentido, que o contraditório e a ampla defesa no âmbito dos processos de avaliação de economicidade de obras públicas merecem aprimoramento, notadamente em razão

da impossibilidade de produção de prova pericial pelos particulares e do fato de os apontamentos de supostos sobrepreços serem formulados pelo próprio TCU, que é quem julga a matéria. Somou-se a isso a inexatidão da ciência da engenharia de orçamentação, que acaba por comportar margens de erro para além dos parâmetros tidos como aceitáveis pelas ciências estatísticas. Soma-se também, por fim, a insegurança jurídica à liberdade econômica de particulares que, depois de vencerem processos legítimos de licitação e de terem concluído as obras, se veem obrigados a receber menos do que se propuseram quando da contratação.

Trazidas essas situações, ponderou-se pela adoção de soluções consensuais e mais dialógicas, que envolvam a efetiva participação dos particulares na formação do convencimento, permitindo-se a discussão paritária entre Administração Pública contratante, contratado e TCU, e, em alguns casos, ouvindo setores da iniciativa privada que detêm expertise na matéria controvertida, adotando, se necessário, a figura de um mediador para a condução das discussões.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas**. Brasília: TCU, 2014.

DIDDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. Editora JusPodivm, 2013.

NETO, Giuseppe Giamundo. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SALLES, Alexandre Aroeira. **Controle pelos Tribunais de Contas sobre os preços dos contratos administrativos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública (Impresso), v. 178, p. 09-15, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Controle das contratações públicas pelos tribunais de contas**. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, n. 257, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. **Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares**. Justiça do Direito, v.33, n.2, 2019.

IV GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA

Silvestre Cerejo[1]

1 COMBATE À CORRUPÇÃO E À INEFICIÊNCIA NOS INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA E O PAPEL DO CONTROLE INTERNO

Os investimentos em infraestrutura são essenciais para o crescimento econômico e para a oferta de serviços públicos de qualidade à população, especialmente nos países em desenvolvimento, que, em geral, apresentam um déficit elevado em infraestrutura. Porém, é de conhecimento geral que as obras públicas são um dos setores mais suscetíveis à corrupção, particularmente nos países em desenvolvimento.[2]

Também existe consenso de que corrupção e ineficiência são fenômenos associados (Laurinho et al., 2017) e sintomas de uma governança ineficaz. Ademais, a corrupção e a ineficiência levam à perda de recursos relacionados aos investimentos públicos por diversos motivos, dentre os quais destacamos: alocação ineficiente[3], remuneração de obras a preços superiores aos devidos (sobrepreço), pagamento por serviços não executados (superfaturamento) e obras que não atendem aos padrões de desempenho e qualidade, por vezes com utilização de materiais de qualidade duvidosa, dentre outros.

Nesse sentindo, é importante relatar que, apesar de ser um fenômeno de difícil mensuração, há estudos internacionais buscando quantificar os custos com a corrupção:

> Although it is difficult to measure the exact cost of corruption due to its hidden nature, it has been estimated that between 10-30% of the investment in publicly funded construction projects may be lost through mismanagement and corruption (COST, 2012), and estimates of 20-30% of project value lost through corruption are widespread (Wells, 2014; Stansbury, 2005). The Construction Sector Transparency Initiative (CoST) also estimates that "annual losses in global construction through mismanagement, inefficiency and corruption could reach USD 2.5 trillion by 2020" (COST, 2012). Within the European Union, corruption more generally is estimated to cost €120 billion per year (European Commission, 2014a), which represents approximately 1% of the EU GDP and represented slightly less than the annual budget of the EU in 2014, which amounted to €143 billion (European Commission, 2014b). (OCDE, 2016, p 7)

Apesar da ineficiência não receber tanto destaque quanto a corrupção, estudos indicam que ela pode ser até mais impactante. A exemplo, na Itália, a ineficiência chega a 83% dos gastos desnecessários na aquisição de bens (Bandiera et al., 2009).

Assim, o enfrentamento da corrupção e a melhoria da governança dos investimentos em infraestrutura

1 Coordenador de Auditoria de Obras na Controladoria Geral da União (CGU).

2 A Transparência Internacional, em seu estudo "Bribe Payers Index – PBI", indicou como setor mais susceptível ao suborno o setor de obras públicas em construção. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/bribe-payers-index-2011>.

3 A corrupção pode enfraquecer as medidas necessárias para proteger os recursos naturais, reduzindo os benefícios sociais e ambientais que os projetos de investimento em infraestrutura poderiam oferecer, encorajando projetos por vezes desnecessários ou com retornos socioambientais superestimados e com elevado impacto socioambiental (Nelson et al., 2021).

são ações essenciais para que o Brasil alcance os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS.[4]

Nesse contexto são de extremo relevo as atribuições da Controladoria-Geral da União (CGU) para a defesa do patrimônio público e o incremento da transparência por meio de ações de controle interno, correição, ouvidoria e prevenção, e combate à corrupção.

Especificamente em relação às atividades de controle, trabalhos internacionais indicam que o monitoramento e o controle podem reduzir os custos das obras e resultam em ganhos de eficiência (LAGUNES, 2017).

A Instrução Normativa SFC nº 03/2017 define Auditoria Interna Governamental como uma atividade independente e objetiva de avaliação e de consultoria, desenhada para agregar valor e melhorar as operações de uma organização. Ou seja, agregar valor ao gasto público, seja pelo incremento da qualidade ou produzindo ganhos de eficiência, é dever primário dos órgãos de controle interno.

Nessa linha, desde 2012, a CGU vem registrando os benefícios de sua atuação, havendo o registro de mais de R$ 92,8 bilhões de economia de recursos públicos federais.[5] Um exemplo ilustrativo dessas ações foi a auditoria sobre a construção da Barragem de Fronteiras, em Crateús (CE), Relatório de Auditoria nº 201900836[6], contratada inicialmente pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), por R$ 170.994.759,24 (valores de maio/2012).

A auditoria identificou, conservadoramente, sobrepreço no valor de R$ 15.280.895,13 no contrato. Diante disso, recomendou-se ao DNOCS: *"Glosar os valores pagos a maior e repactuar o Contrato nº 25/2014 para ajuste do preço da obra aos valores de mercado, adequando quantidades e preços, conforme apontamentos.."*. A partir da recomendação da CGU, o gestor providenciou a respectiva retenção dos valores apontados pela auditoria. O Consórcio executor, não concordando com tal procedimento, abandonou as obras, levando o DNOCS a rescindir unilateralmente o contrato com instauração dos procedimentos para aplicação das sanções.

Posteriormente, o DNOCS lançou novo edital objetivando a execução do remanescente da obra, trazendo o valor orçado de R$ 154.175.067,32 (valores de fevereiro/2020), cuja proposta vencedora apresentou o valor de R$ 149.241.465,16. Trazendo os valores para a mesma data de referência e retirando os valores das parcelas das obras executadas no contrato anterior, bem como do custo de vigilância da obra pelos 27 meses que ela ficou paralisada, chega-se à economia ao erário no valor de pouco mais de R$ 56 milhões.

Tabela 1: Resumo do Cálculo Benefício financeiro Auditoria 201900836

ITEM	DESCRIÇÃO		VALOR (R$)
(A)	Contrato nº 25/2014	Valor Contrato nº 25/2014 (data base: maio/2012)	170.994.759,24
(B)		Valor Contrato nº 25/2014 (data base: fev/2020)	250.639.400,60
(C)		Valor Pago Reajustado (data base: fev/2020)	44.823.185,33
(D)		Custos de vigilância da obra*	549.907,79
(E)	Edital 7/2020	Valor Homologado do Remanescente (R$) (data base: fev/2020)	149.241.465,16
		Valor do Benefício Financeiro (R$) (B-C-D-E)	**56.024.842,32**

Fonte: Elaboração própria.

4 Disponíveis em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>, acesso em 26/03/2023.

5 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/auditoria-e-fiscalizacao/resultados>, acesso em 26/03/2023.

6 Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/855598>, acesso em 26/03/2023.

Esse exemplo é ilustrativo para demonstrar a importância da atuação conjunta entre os gestores e órgãos de controle que buscam trazer economia ao erário, mas também para ilustrar que a atuação do controle tem um custo e, mesmo não havendo recomendação nesse sentido, pode culminar em atrasos e paralisações momentâneas de obras. Ressalva-se que levantamentos tanto da CGU[7] quanto do TCU[8] indicam que uma minoria de obras restava paralisada por ações relacionadas à atuação dos órgãos de controle.

Nesse contexto, há que se ressaltar que o controle por vezes é bastante criticado por criar uma paralisia na gestão, no fenômeno que foi denominado de "apagão das canetas". Esse termo é usado para descrever a suposta paralisia dos agentes públicos em administrar adequadamente o Estado por medo do excesso de controle, causando ineficiência na gestão da coisa pública (GULLO, 2022).

Atento a esses apelos, o legislador pátrio editou a Lei nº 13.655/2018, que altera a LINDB, exigindo que toda decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.[9] Essa Lei também conferiu mais segurança aos gestores, deixando claro que estes somente poderão ser responsabilizados por suas decisões ou opiniões técnicas se agirem ou se omitirem com dolo, direto ou eventual, ou se cometerem erro grosseiro no desempenho de suas funções.[10]

Nessa linha, o Decreto nº 9.830/2019, no § 1º de seu art. 13, determina que a atuação dos órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores. No mesmo dispositivo, o parágrafo seguinte informa que o dano ao erário não poderá ser considerado de forma isolada para se concluir pela irregularidade dos atos.

Tais mudanças legislativas e regulamentares demandam ainda mais parcimônia dos órgãos de controle para fundamentar adequadamente suas decisões, sempre baseadas em evidências, e avaliando os impactos de suas decisões e recomendações, que sempre devem buscar a mitigação dos ônus e perdas dos administrados e da Administração.[11-12]

Paralelamente, a partir da edição da Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº 01/2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança, buscou-se uma maior aproximação da Auditoria Interna com as áreas de gestão, passando a ser demandada para contribuir mais diretamente nas tomadas de decisão (CGU, 2017).

Cabe enfatizar, ainda, que o Controle Social de investimentos em infraestrutura é dificultado pela complexidade dos projetos, que carregam alto grau de assimetria de informações, o que prejudica a detecção de irregularidades, pela dificuldade em se avaliar os custos envolvidos (Wegrich, 2017, p.179-180). Nesse sentido, a publicidade dada aos relatórios de auditoria acaba por trazer ao grande público, e mesmo para outras entidades não especializadas na temática, insumos para uma melhor compreensão dos fatos, estimulando a *accountability*.

Para ilustrar o que foi dito, citamos o caso da Usina Hidroelétrica Risoleta Neves, no qual um trabalho da CGU apresentou os custos com que os consumidores estavam tendo que arcar, por conta da manutenção da usina no Mecanismo de Realocação de Energia – MRE, mesmo com o reservatório da barragem soterrado pelo acidente da Barragem do

7 Relatório Levantamento de obras paralisadas – dezembro/2019 – Grupo de Trabalho para Governança de Investimentos em Infraestrutura. Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/900153>.

8 Acórdão nº 1.079/2019 – TCU – Plenário.

9 Art. 21, Decreto-Lei nº 4.657/42.

10 Art. 12, Decreto nº 9.830/2019.

11 Art. 4º do Decreto nº 9.830/2019.

12 Na mesma linha, temos a Nova Lei de Licitações em seu art. 171, inciso II.

Fundão. Cabe destacar que o Consórcio detentor da outorga da Usina possuía vínculos societários com o grupo controlador do empreendimento que causou ao acidente e, portanto, em última instância, também foi responsável pelos danos sociais e ambientais decorrentes do rompimento da Barragem do Fundão.[13] Os dados apresentados pela CGU incentivaram os gestores a recorrer de decisões judiciais adversas e contribuíram para que o STJ revisse uma liminar contrária aos consumidores e favorável à mineradora envolvida.[14]

2 DO ACOMPANHAMENTO DOS CONTRATOS DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA

As diversas fases de um projeto de infraestrutura apresentam riscos de corrupção e ineficiência, desde a identificação da necessidade, o planejamento e como se dará o financiamento à execução da obra, à operação e à manutenção, exigindo controles compatíveis (Nawaz, 2010).

Nesse diapasão, o risco de corrupção e decisões ineficientes são maiores quando o processo decisório é feito de maneira pouco transparente, na qual não existem parâmetros ou procedimentos claros, ou que não garantam um tratamento isonômico dos administrados. Num contexto em que as motivações das decisões não são apresentadas à sociedade e não há parâmetros para aferir sua adequação, surgem oportunidades para a tomada de decisões que distam do melhor interesse público.

Cabe à CGU, como órgão central do sistema de controle interno da União, fomentar as diretrizes da governança pública, induzindo os gestores a manter um processo decisório orientado pelas evidências.[15]

Assim, a primeira regra é que todas as decisões na gestão dos contratos de obras sejam devidamente motivadas em razões técnicas e econômicas, propiciando uma efetiva *accountability*[16] dos atos praticados. Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações (NLL) deixa claro o dever de elaborar um *Programa de Necessidade*[17] que apresente as justificativas para a execução de qualquer obra, e que tal documentação subsidiará à elaboração do projeto básico, conforme o inciso XXIV do art. 6º da Lei nº 14.133/2021.

Destaca-se que o citado dispositivo da NLL faz expressa menção à necessidade de motivação técnico-econômico-social do empreendimento e, nesse respeito, vale observar que foi desenvolvido pela SDI/ME ferramental a partir da experiência britânica, com diretrizes para a estruturação de projetos de investimento em infraestrutura, de sorte que os projetos sejam elaborados de maneira mais objetiva, transparente e sistemática, auxiliando na tomada de decisões, qual seja: o Guia Modelo de Cinco Dimensões – 5CM.[18]

---

13 Nota de Auditoria nº 2021824977/001 (SEI nº 1957156).

14 Vide, por exemplo, notícia veiculada no dia do julgamento: "STJ vota hoje se Vale deve continuar recebendo por hidrelétrica soterrada". Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2021-10-06/stj-vale-brumadinho.html>.

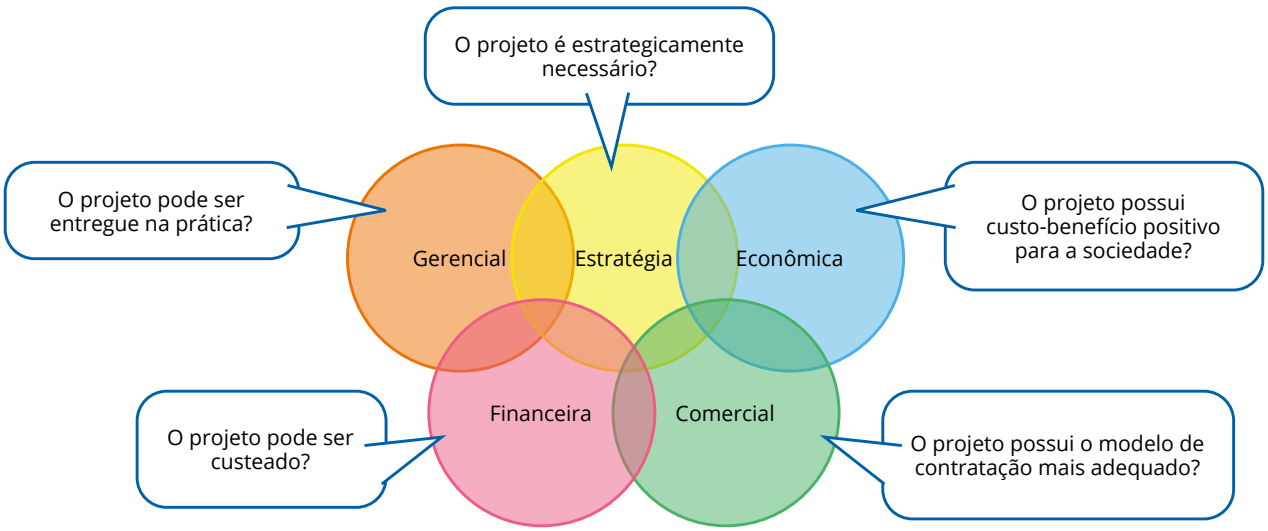
15 Decreto nº 9.203/2017, Art. 4º, inciso VIII.

16 Deve haver a garantia da *accountability* nas suas três dimensões, quais sejam: transparência, responsabilização e prestação de contas.

17 O Programa de Necessidades ou Estudo de Demanda é o documento que exprime as necessidades a serem atendidas pelo empreendimento, e frisa que a decisão de realizar a obra é uma das soluções possíveis. Essa etapa envolve o mapeamento do plano de governo, o levantamento de projetos propostos e a identificação de demandas dos diversos setores.

18 Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/choque-de-investimento-privado/modelo-de-cinco-dimensoes/guia-modelo-de-cinco-dimensoes.pdf/@@download/file/Guia%20Modelo%20de%20Cinco%20Dimens%C3%B5es.pdf>, consulta em 20/12/2022.

Figura 1: Diagrama do Modelo de 5 dimensões



Fonte: Estruturação de propostas de investimento em infraestrutura: modelo de cinco dimensões. (Brasil, 2022, p. 8).

O 5CM tenta estruturar o racional a ser desenvolvido durante o planejamento de um empreendimento de infraestrutura, a fim de demonstrar que o projeto é viável, respondendo a cinco perguntas-padrão apresentadas na figura anterior.

Assim, desde a decisão de realizar a obra, dentre as diversas escolhas que os gestores têm que realizar para instruir um processo licitatório, devem estar devidamente motivadas nos autos da licitação: 1) a escolha da modalidade de contratação, com utilização de eventuais procedimentos auxiliares, como o diálogo competitivo, o procedimento de manifestação de interesse ou o sistema de registro de preços; 2) a escolha do regime de contratação; 3) a eventual permissão para subcontratações, participação de consórcios e parcelamento do objeto; e 4) as exigências de qualificação e habilitação.

Porém, no presente texto, focaremos nas questões relacionadas ao acompanhamento dos contratos de obras, nas quais os principais riscos são pertinentes aos processos de medição e pagamento, à execução de termos aditivos e à manutenção do equilíbrio contratual, aos controles dos parâmetros de qualidade e desempenho, e à aplicação de sanções, quando devidas.

2.1 MEDIÇÕES E PAGAMENTOS

Uma das tarefas de responsabilidade do fiscal do contrato é a medição dos serviços executados na periodicidade[19] e na forma previstas no contrato. Portanto, o fiscal do contrato deve se cercar de cuidados durante a medição, elaborando as memórias de cálculo para cada serviço medido e arquivando-as adequadamente. Nesse respeito, inclusive, cabe lembrar que a Lei nº 8.429/92 tem um dispositivo específico tipificando como ato de improbidade auferir vantagem ao efetuar medições irregulares de obras públicas.

Os critérios de medição dos serviços devem estar explícitos no memorial descritivo do projeto ou nas especificações de serviços, e devem ser compatíveis com aqueles dos sistemas de referência de preços utilizados. Tanto o SICRO quanto o SINAPI possuem em seus manuais os critérios de medição que devem ser observados para suas composições.

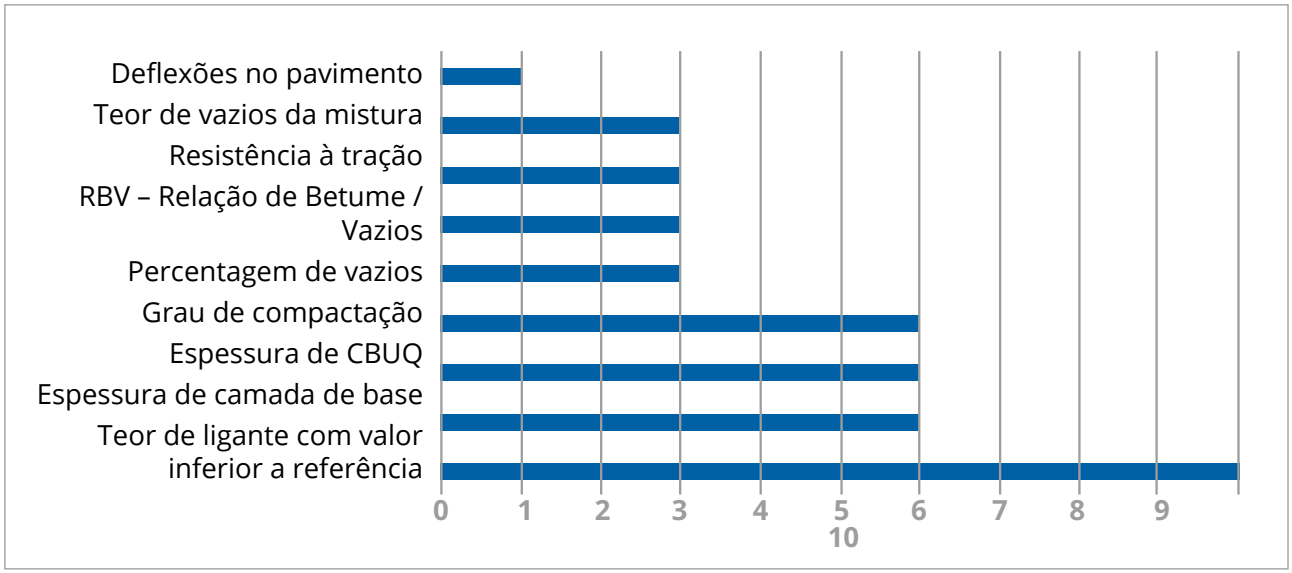
19 O art. 92 da NLL estabelece que nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, a medição deverá ser mensal.

Cabe destacar que, para a medição de diversos serviços, as normas técnicas exigem a apresentação de ensaios de controle que confirmem a qualidade dos serviços executados. Apenas a título de exemplo, a NORMA DNIT 141/2010-ES (Pavimentação – Base estabilizada granulometricamente – Especificação de serviço), em seu item 8, alínea "d", estabelece que nenhuma medição deve ser processada se não estiver anexado um relatório de controle da qualidade contendo os resultados devidamente interpretados dos ensaios e determinações, caracterizando a qualidade do serviço executado.

Outra prescrição interessante e generalizável da referida norma é aquela estabelecendo que nas medições não devem ser considerados quantitativos de serviços superiores aos indicados no projeto, a exemplo, na execução de uma camada de base em espessura maior do que a requerida. Isso se deve ao fato de que o controle geométrico da obra é uma responsabilidade do contratado, que não pode ter remuneração acrescida se, por sua falta de controle, acabou por realizar uma quantidade a maior que a necessária. Diga-se que os sistemas de referência oficiais[20] trazem essas "sobrespessuras" naturais na execução de camadas como perdas incorporadas, aumentando, assim, os consumos médios de insumos nas referências de preço.

Voltando à questão da qualidade, a CGU realizou no exercício de 2020 uma série de auditorias-piloto em obras de pavimentação nos estados de Santa Catarina e Paraná para verificar a qualidade dos pavimentos executados, realizando a retirada de corpos de prova e ensaios laboratoriais. Sendo frequente a constatação de obras executadas que não atendiam aos parâmetros normativos ou de projeto, com irregularidades presentes em 10 das 12 campanhas de ensaios, representando 83% do total. Ressalva-se que os resultados não podem ser extrapolados, visto que a amostra das obras não foi selecionada de forma aleatória; pelo contrário, é tendenciosa porque o risco de irregularidades e fragilidades nos controles são condições consideradas na definição das obras que foram auditadas.

Figura 2: Frequência de irregularidades na qualidade do pavimento em SC e PR



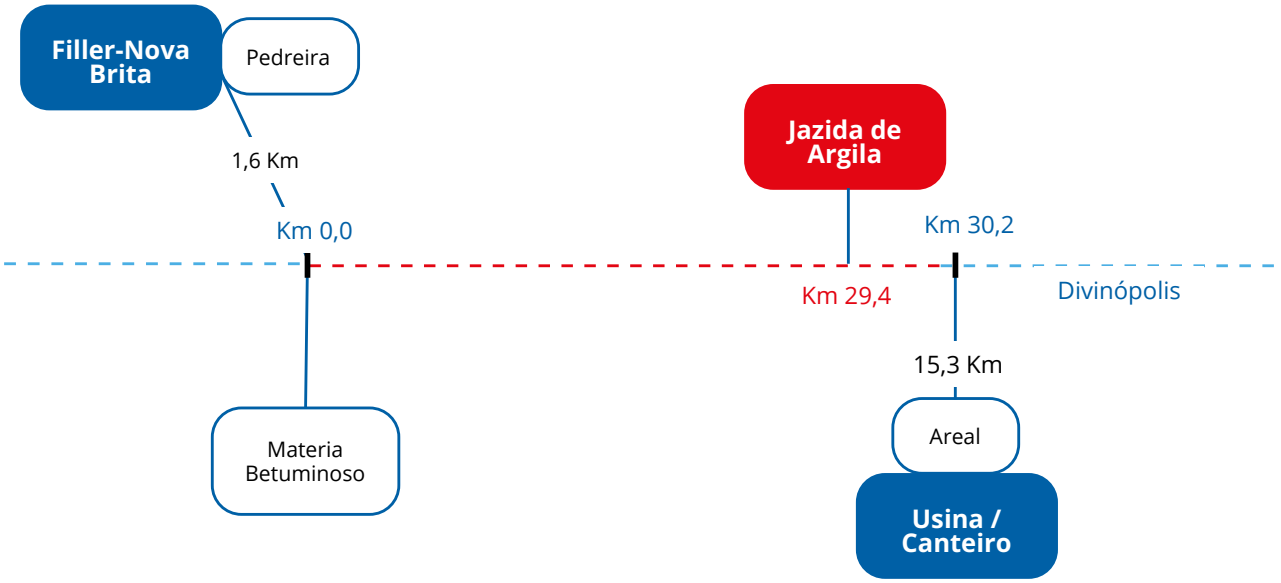
Fonte: Elaboração própria com dados das ações de controle: 912264, 817300, 201801063, 936960, 998525, 998532, 995829, 998531 e 998530.

20 Nesse sentido, vide item 3.4 – Princípios para Análise do Consumo Unitário / Perdas de Materiais, do Manual de Metodologias e Conceitos do SINAPI.

O apontamento mais frequente foi o percentual de ligante betuminoso menor do que o devido nas misturas asfálticas, que está relacionado à redução dos custos das obras em detrimento da qualidade dos serviços executados, bem como à execução de camadas do pavimento em espessuras menores.

Outra irregularidade comumente relatada pelos órgãos de controle é a medição de Distâncias Médias de Transporte – DMTs muito maiores que as efetivamente executadas. Em consulta realizada no site de jurisprudência do TCU, ao se combinar os termos "DMT", "sobrepreço" e "irregularidade", são referenciados 821 Acórdãos.[21] Diga-se que as DMTs excessivas podem ser tanto fruto da indicação de fornecedores muito distantes da obra quanto do posicionamento inadequado das estruturas industriais de apoio à obra (canteiros/usinas). A exemplo, apresenta-se o relatado na Ação de Controle nº 201408956[22], em que, no respectivo projeto, optou-se por posicionar o canteiro em uma extremidade do segmento que passaria pela manutenção e por considerar o fornecimento de material pétreo britado como proveniente da extremidade oposta do segmento.

Figura 3: Croqui de ocorrência de materiais e DMTs – BR-494/MG



Fonte: Projeto Básico, Edital nº 378/2014-DNIT, página 97.

Frisa-se que, com a utilização de novas tecnologias, dentre as quais destacamos imagens de satélite e dados geoespaciais, a identificação desse tipo de irregularidade e, por conseguinte, sua supressão, tende a se tornar mais fácil. A exemplo, na imagem abaixo pode-se observar as obras da BR-440/MG[23], indicando em vermelho a jazida utilizada como empréstimo na terraplenagem, enquanto que o anteprojeto apresentava uma distância de transporte dos materiais superior a 3 km, embora existisse a possibilidade de utilização de outra jazida mais próxima. A opção do anteprojeto provocou, indevidamente, um aumento no custo do empreendimento de R$ 2.748.384,66. Com as

21 Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>, consulta realizada no dia 27/03/2023.

22 Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/857794>, consulta realizada no dia 27/03/2023.

23 Vide Nota Técnica nº 146/2016/GSNOB/GAB/SFC/CGU-PR e Relatório nº 838209, disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/1196006>, acesso em 21/03/2023.

imagens da Plataforma Brasil MAIS[24], é possível evidenciar que a caixa de empréstimo mais próxima é a que está sendo utilizada em fase de obra, visto a sua exploração ser concomitante com o avanço da terraplenagem da obra, conforme mudanças nas imagens, destacadas pelas setas azuis (terraplenagem) e vermelhas (caixa de empréstimo).

Figura 4: Imagens de Satélite obra BR-440/MG



Fonte: Elaboração própria a partir da Plataforma Brasil MAIS.

2.2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS: TERMOS ADITIVOS E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Destaca-se que a celebração de termo aditivo é condição para a execução das alterações contratuais. Nessa linha, o art. 132 da NLL estabelece que a formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato.[25]

Contudo, é frequente que gestores autorizem alterações nos projetos de obras e em outros anexos aos contratos a descoberto de termo aditivo contratual, muitas vezes realizando medições com "química contratual".[26] Tais condutas devem ser reprimidas pelo Controle por serem irregulares, podendo ensejar a responsabilização pessoal dos gestores envolvidos.

As alterações de valor devem observar os limites do art. 125. As prorrogações de prazo devem estar devidamente motivadas e, nos casos em que o contratado for o responsável pelo atraso, não devem ensejar custos adicionais ao erário. Ademais não podem ferir a isonomia propiciando

24 Disponível em: <https://plataforma-pf.sccon.com.br/#/>, acesso em 21/03/2023.

25 O art. 132 concede o prazo máximo de um mês para a formalização da alteração contratual.

26 Conforme o Acórdão nº 2140/2021-TCU/Plenário: 1) A prática do "pagamento por química" implica, em síntese, a utilização de serviços previstos em contrato, porém não executados, para dar cobertura à suposta execução de outros serviços ou, ainda, a supostas aquisições sem amparo contratual, sendo considerada irregularidade grave, porquanto consubstancia: i) afastamento indevido da licitação (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal); ii) crime de falsidade ideológica (art. 299 do Decreto-Lei nº 2.848/1940); iii) crime de fraude (art. 96 da Lei nº 8.666/1993); e iv) pagamento de serviços não executados e não liquidados, em afronta à Lei nº 4.320/1964.

condições mais vantajosas aos contratados do que as previstas no edital de licitação.

Uma das práticas que deve ser combatida é o denominado "jogo de planilha"[27], agora expressamente definido como superfaturamento em lei, conforme estabelecido no inciso LVII da Lei nº 14.133/2021. Assim, deve ser verificado se durante a execução contratual foi mantido o desconto inicialmente ofertado pela licitante vencedora, conforme exigência do Decreto nº 7.983/2013, arts. 14 e 128 da NLL.

Atenção especial deve ser dada aos ditos *"preços novos"*, serviços não previstos na planilha de referência da licitação. Os novos serviços incluídos na planilha contratual em consequência da alteração do projeto deverão ter seus preços demonstrados como compatíveis com os praticados no mercado ou com as tabelas SINAPI/SICRO e, a partir daí, deve ser aplicado o desconto auferido pela Administração na licitação que resultou no contrato, em consonância com o item 9.3.2.6 do Acórdão nº 2.440/2014 – TCU/Plenário. Destaca-se que a NLL tem regra específica no mesmo sentido:

> Art. 127. Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei.

Um procedimento que deve ser evitado é a utilização de preços unitários pelos contratados para fundamentar valores de aditivos em contratações a preço global (regimes de preço global, contratação integrada, semi-integrada e integral) quando estes não foram utilizados como critério de julgamento das propostas. Isso se dá porque, como não houve avaliação sobre tais custos, eles podem ter sido alterados indevidamente pelos contratados. Um exemplo inclui o ocorrido nas obras remanescentes da Ferrovia Norte/Sul, concessionadas via contratação integrada, na qual as propostas continham custos unitários com variação expressiva entre os preços para serviços idênticos. O caso foi detalhado nos Relatórios nº 201700821 e 201700822[28], e deste último se destaca o seguinte trecho:

> 117. Especificamente para o Contrato nº 25/2013, há que se destacar o preço do material pétreo britado para lastro constante da proposta vencedora de R$ 115,12/m³, quase duas vezes maior que o de referência da Administração de R$ 59,87/m³, este último, idêntico ao do SICRO2, ref. Goiás – Maio/2012.
>
> 118. Coincidentemente, no trecho objeto desse contrato, a VALEC havia executado em contratos anteriores segmentos com lastro de apenas 20 cm, supostamente, por restrições orçamentárias. Como as especificações da VALEC recomendam que a camada de lastro tenha pelo menos 30 cm, no decorrer do Contrato nº 25/2013, optou-se por realizar um termo aditivo ao contrato para que o lastro nos segmentos com 20 cm, quais sejam: km 0 ao 7 (Lote 01), km 164 ao 252 (Lote 04) e km 0 ao 41 (Lote S/N), fossem completados para a altura de 30 cm, mesmo isso implicando custos adicionais de reposicionamento da superestrutura e execução de pára-lastros.
>
> 119. Assim foram incluídos via termo aditivo o volume de 88.834,57 m³ de material pétreo britado no Contrato nº 25/2013, além de outros serviços correlatos, a um preço muito superior ao de referência da Administração. De fato, apenas na brita para lastro entende-se haver um sobrepreço no Primeiro Termo Aditivo superior a R$ 4,6 milhões, discrimina-se o sobrepreço em razão do jogo de planilha na tabela a seguir:

27 Segundo o IBRAOP: Jogo de planilha são alterações contratuais em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária alterando, em favor do contratado, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos preços de mercado, exigindo a revisão da avença para manter a vantagem em relação aos preços referenciais de mercado. (item 3.17, OT IBRAP 005/2012)

28 Disponíveis, respectivamente, em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/859085> e <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/859083>, acesso em 23/03/2023.

Como esse tipo de comportamento pode estar relacionado a alguma assimetria de informação, no caso, ao conhecimento específico da necessidade de ajuste futuro do projeto licitado, vai bem a NLL ao exigir que nas alterações de contratos de obras por falhas de projeto se instaure apuração de responsabilidade do responsável técnico e se adote as providências necessárias para o ressarcimento dos danos (art. 124, § 1º, Lei nº 14.133/2021). A legislação também acerta ao tipificar como crime a conduta de omissão grave de dado ou de informação por parte do projetista, que pode utilizar seus conhecimentos exclusivos relacionados a determinado empreendimento para benefício próprio.

Se, por um lado, as alterações contratuais podem causar desequilíbrio em desfavor da Administração, o inciso XXI do art. 37 da CF assegura a manutenção das condições efetivas das propostas apresentadas no processo licitatório. Esse mandamento constitucional traz consigo o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O desequilíbrio pode ocorrer em favor ou desfavor da própria Administração.

Para manter o equilíbrio durante a execução contratual existem os dispositivos do reajuste e da repactuação, este último aplicado apenas para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, conforme o art. 135 da NLL. Porém, em situações de extrema variação de preços nas quais os índices previstos nos contratos, ou a periodicidade (limitada ao mínimo de 12 meses[29]), restam inadequados, caberá celebração de aditivo para restaurar o equilíbrio entre as partes.

Nessa linha, a matriz de risco é elemento essencial para definir o equilíbrio contratual e deve identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado, ou daqueles a serem compartilhados. Como princípio geral, os riscos devem ser alocados à parte com melhor condição de mitigá-los.[30]

A transferência de riscos deve ser equânime entre as partes e proporcional aos custos transferidos, evitando situações em que essa transferência tenha custos excessivos, como descrito no item 2.1.4 do Relatório nº 201408632, referente ao edital de contratação das obras do Ramal do Agreste.[31] Nele, se partiu de um cenário desfavorável, supondo uma seca severa ao longo dos três anos do projeto, sem considerar as oportunidades relacionadas ao ciclo hidrológico e que as chuvas poderiam voltar à média durante a execução da obra, e ainda se aplicou uma significativa taxa de risco sem valorar as oportunidades (risco positivo) de que tal cenário não se confirme.

Infelizmente, a condição de se partir de premissas de projetos bastante conservadoras que implicam em custos elevados à Administração é recorrente nas contratações integradas.[32]

2.3 SANÇÕES CONTRATUAIS

O descumprimento injustificado das obrigações constantes do contrato pelo contratado impõe ao gestor do contrato o poder/dever de sancioná-lo nos termos previstos, garantida a prévia defesa. Assim, a omissão na punição ao ilícito é tão antijurídica quanto a prática, não havendo

29 Lei nº 10.192/2001, art. 2º, §1º.

30 UK Government, Risk Allocation And Pricing Approaches, 2021, p. 10. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987140/Risk_allocation_and_pricing_approaches_guidance_note_May_2021.pdf>, acesso em 23/03/2023.

31 Disponível em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/860079>, acesso em 23/03/2023.

32 Vide Relatório CGU nº 201700023, especialmente os parágrafos 104 a 109, e Relatório CGU nº 201505075, disponíveis, respectivamente, em: <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/859245> e <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios/download/860069>, acesso em 28/03/2023.

juízo de discricionariedade a ser exercido pelo gestor. A conduta do agente público que deixa de adotar as providências destinadas a promover a punição de sujeito que praticou ilícito pode configurar crime.[33]

No edital de licitação e no contrato administrativo para a execução da obra pública devem estar definidos os direitos e as responsabilidades das partes, bem como as penalidades cabíveis e as fórmulas de cálculo das multas, conforme estabelecido no art. 91, inciso XIV, da Lei nº 14.133/2021.

Além das aplicações das sanções, o contratado será obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, a suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de sua execução ou de materiais nela empregados.[34]

Cabe destacar que em todo processo sancionador deverá ser dado conhecimento ao contratado e oportunizada a sua defesa. Caso se trate de obra com garantia contratual do tipo seguro-garantia, deverá ser oportunizado também o conhecimento dos fatos de forma tempestiva para a seguradora.

CONCLUSÃO

Neste texto apresentamos em apertada síntese um pouco do trabalho da CGU como órgão central do Controle Interno do Executivo Federal, que tem, entre suas diversas atribuições, o dever de auxiliar os administradores públicos a melhor gerir os investimentos em infraestrutura e agregar valor por meio da melhoria dos processos de tomada de decisão, orientados pelas evidências.

Destacamos, também, o dever de fomentar a transparência e de reduzir a assimetria de informações relacionadas às obras de infraestrutura, assunto por vezes muito árido e complexo, que dificulta o controle social desses investimentos.

Buscou-se, ainda, através de uma abordagem com exemplos de auditorias, apresentar alguns dos riscos presentes na condução das contratações de obras públicas, para que os gestores e fiscais de contrato possam aperfeiçoar os controles dessas contratações, tendo em vista a importância do investimento em infraestrutura para o desenvolvimento nacional.

Ressalva: As opiniões expressas pelo autor não necessariamente representam a visão institucional da CGU sobre a matéria.

REFERÊNCIAS

BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. 2009. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment, American Economic Review, 99: 1278-1308. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.99.4.1278>.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Infrastructure and Projects Authority do Reino Unido (IPA-UK). Estruturação de propostas de investimento em infraestrutura: modelo de cinco dimensões. Brasília, 2022. (ISBN: 978-65-00-50136-0).

33 TCU, Manual de Sanções, disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1D/D4/FA/F1/B5AD4710D614BB47E18818A8/Manual%20de%20sancoes.pdf>, acesso em 28/03/2023.

34 Art. 119 da Nova Lei de Licitações e Contratos.

CGU, Controladoria-Geral da União, 2017. Manual de Orientações Técnicas da Atividade de Auditoria Interna Governamental do Poder Executivo Federal. Brasília. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/auditoria-e-fiscalizacao/arquivos/manual-de-orientacoes-tecnicas-1.pdf>. Acesso em 21 de março de 2023.

GULLO, Felipe Ramirez. "Apagão das canetas": análise econômica da responsabilidade da improbidade administrativa. 2022. FGV. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31899>. Acesso em 21 de março de 2023.

LAGUNES, Paul. Guardians of accountability: A field experiment on corruption and inefficiency in local public works, 2018. Documento: C-89335-PER-1. Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar?oi=bibs&cluster=3884164689778489917&btnI=1&hl=en>. Acesso em: 22 de março de 2023.

LAURINHO, Ícaro S.; DIAS, L. N. da S.; MATTOS, C. A. C. de. (2017). Corrupção e ineficiência em licitações de governos locais e desenvolvimento humano: novas reflexões. Revista De Contabilidade E Organizações, 11(30), p. 57-70. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/rco.v11i30.134529>. Acesso em 21 de março de 2023.

OCDE. Preventing Corruption in Public Procurement. 2016, p. 7. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>. Acesso em 21 de março de 2023.

NAWAZ, F. Programmatic approaches to address corruption in the construction sector. U4 Expert Answer, n. 254, 2010. Disponível em: <https://www.u4.no/publications/programmatic-approaches-to-address-corruption-in-the-construction-sector.pdf>. Acesso em 21 de março de 2023.

NELSON, D.; et al. The Impacts of Infrastructure Sector Corruption on Conservation. Targeting Natural Resource Corruption – Topic Brief, 2021. Disponível em: <https://www.worldwildlife.org/pages/tnrc-topic-brief-the-impacts-of-infrastructure-sector-corruption-on-conservation#:~:text=Potential%20conservation%20consequences,-Political%20influence%20promoting&text=Indirect%20consequences%20include%20deforestation%20to,a%20biodiversity%20conservation%20priority%20area>. Acesso em 21 de março de 2023.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2011. Bribe Payers Index. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/publications/bribe-payers-index-2011>. Acesso em 22 de março de 2023.

Reino Unido, Risk Allocation And Pricing Approaches, 2021, p. 10. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987140/Risk_allocation_and_pricing_approaches_guidance_note_May_2021.pdf>. Acesso em 23 de março de 2023.

WEGRICH, Kai; KOSTKA, Genia; HAMMERSCHMID, Gerhard. The Governance of Infrastruture, Oxford, 2017, p. 179-180.

V PROCESSOS DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO COM BASE NA LEI ANTICORRUPÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO CONTROLE INTERNO

Alexandre Falcão[1]

INTRODUÇÃO

Publicada em 02 agosto de 2013[2], a Lei nº 12.846 operou inovações substantivas no ordenamento jurídico brasileiro ao dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Fruto de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil[3] e de fortes clamores sociais contra a corrupção, o diploma foi concebido como uma arma de grosso calibre no mister de moralizar as relações entre os setores público e privado. Não é casual, nesse sentido, que a Lei nº 12.846/13 tenha sido aprovada na esteira das Jornadas de Junho de 2013[4] e logo tenha recebido, não sem resistência doutrinária[5], o epíteto de "Lei Anticorrupção Empresarial".[6]

A principal alteração promovida pela Lei nº 12.846/13 consistiu em consagrar o modelo da *responsabilidade objetiva* no plano do Direito Administrativo Sancionador. Dada a sua índole eminentemente repressiva, a Lei incorporou um conjunto de normas vocacionadas a tutelar a probidade no âmbito da Administração Pública, o que levou parte da doutrina a sustentar a existência

1 Subsecretário de Estado de Integridade Governamental e Empresarial (SUBINT) da Secretaria de Controle e Transparência do Governo do Estado do Espírito Santo.

2 Conquanto publicada em agosto de 2013, a Lei nº 12.846/13 somente tenha entrado em vigor a 29 de janeiro de 2014, por força do período de vacatio legis de 180 dias estipulado em seu art. 31.

3 A referência principal, nesse ponto, é à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, celebrada em 1997 no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Pelo documento, os quarenta e um países signatários se comprometeram a aprovar, em seus ordenamentos domésticos, medidas repressivas contra atos desviantes no plano das transações internacionais. Em disposição pertinente ao caso brasileiro, lia-se no item 2 do art. 3º da Convenção que: "Caso a responsabilidade criminal, sob o sistema jurídico da Parte, não se aplique a pessoas jurídicas, a Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras". Foi essa a injunção normativa que conduziu o Brasil a editar uma lei para responsabilizar empresas, administrativa e civilmente, por atos de corrupção, categoria que inclui os subornos internacionais, objeto precípuo da Convenção.

4 As "Jornadas de Junho de 2013" levaram às ruas milhões de brasileiros em protesto contra o sistema político, movidos por pautas diversas, dentre as quais o combate à corrupção. Tratou-se de um dos maiores levantes de massas da história nacional, que se multiplicou sincronicamente em mais de quinhentas cidades do país. Não se ignora que os debates parlamentares sobre o projeto que resultaria na Lei nº 12.846/13 já se encontravam em curso, mas é inequívoco que a forte pressão popular operou, na aflição da hora, como um catalisador da sua aprovação.

5 Um exemplo dessa crítica se encontra nas reflexões de Maurício Zockun (2021, p.16), que ressalta "ser manifestamente equivocado designar a Lei Federal nº 12.846 como Lei Anticorrupção. Esta rotulação apequena o seu real conteúdo, sentido e alcance; é rótulo divorciado da substância da lei, ainda que seja bastante sonoro, especialmente aos ouvidos dos leigos. [..] Trata-se, em rigor, de uma Lei de Probidade Administrativa Empresarial e não de uma Lei Anticorrupção".

6 Relevante observar que a designação "Lei Anticorrupção" foi positivada na própria legislação, especificamente no § 4º do art. 17 da Lei nº 13.303/16 (Lei das Estatais), o que decerto contribuiu para a sua consolidação, inclusive, nos campos jurídico e legislativo.

de um "microssistema legislativo de combate à corrupção" na ordem jurídica nacional (o qual seria composto por instrumentos como o Código Penal e as Leis nº 8.666/93, nº 8.429/92 e nº 13.303/16, além da própria Lei nº 12.846/13).

As penalidades cominadas na Lei Anticorrupção são severas e a sua imposição, como veremos adiante, não afasta processos de responsabilização ancorados noutros domínios legislativos (improbidade administrativa, licitações e contratos, etc.), circunstância que demanda critérios apurados e rigor técnico para orientar a sua aplicação. Outro traço distintivo da Lei nº 12.846/13 foi o fomento aos programas de integridade, assimilados como importante fator de atenuação de pena ao nível da dosimetria das sanções.

Neste texto, abordaremos os principais fundamentos da Lei nº 12.846/13, dentre os quais o seu campo material de incidência, o modelo de responsabilização eleito, os atos lesivos tipificados, as esferas de responsabilização previstas, os regramentos atinentes aos programas de integridade, o acordo de leniência e as possíveis aplicações do diploma no contexto das obras de infraestrutura. Ademais, transcorrida quase uma década de sua publicação, já se faz possível esboçar um balanço crítico da aplicação da Lei Anticorrupção nesse período, o que buscaremos fazer, ainda que em linhas gerais, ao final das reflexões aqui expendidas.

1 CAMPO MATERIAL DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 12.846/13

Encontra-se no art. 1º da Lei nº 12.846/13 o delineamento geral do seu objeto: disciplinar a "responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira". Sob a ótica da sujeição passiva, outorgou-se ao diploma um largo alcance. Às suas disposições se sujeitam as "sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente" (art. 1º, § 1º).

É relevante o registro de que as sanções previstas na Lei nº 12.846/13 se aplicam exclusivamente a pessoas jurídicas. Isso se dá porque, nos primeiros anos de sua vigência, despontou na doutrina uma divergência acerca da possibilidade de serem penalizadas pessoas físicas com base no diploma, hipótese que restou rapidamente superada. A opção do legislador de cominar pena pecuniária calculada sobre o faturamento bruto (art. 6º, I), por exemplo, evidencia critério sancionatório adstrito a empresas, inferência corroborada por reprimendas outras como a "suspensão ou interdição parcial das atividades" e a "dissolução compulsória da pessoa jurídica" (art. 19, II e III). Em semelhante sentido, quando analisado o advento da Lei Anticorrupção em perspectiva histórica, claramente se verifica a sua vocação de colmatar uma antiga lacuna do ordenamento brasileiro, cujos moldes, a título de responsabilização de agentes privados por atos lesivos perpetrados contra a Administração Pública, centrava-se quase que inteiramente na punição de pessoas físicas.

O art. 2º da Lei nº 12.846/13 veicula regra importante ao estatuir que os atos lesivos, para ensejar a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas, devem ser praticados em seu "interesse ou benefício, exclusivo ou não". Trata-se, segundo a melhor doutrina, do critério legal de imputação eleito pela Lei. A escolha dos termos é criticável, porquanto interesse e benefício são categorias suscetíveis de aproximações com a dimensão subjetiva da responsabilização. Necessário se faz,

com efeito, compatibilizar a exegese do dispositivo com o conjunto da Lei nº 12.846/13, sob pena de se desnaturar o seu núcleo essencial (responsabilidade objetiva). Daí a imprescindibilidade de se proceder a uma *análise objetiva* da presença de pelo menos um dos elementos que compõem o critério legal de imputação, consoante adverte o magistério da doutrina:

> Não procede a crítica sobre a indeterminação do critério, porque a análise da(s) relação(ões) jurídica(s) existente(s) entre a PJ e o Poder Público permite a avaliação objetiva da presença das situações (interesse ou benefício). [..] Em outros termos, a pessoa jurídica será responsabilizada, porque as circunstâncias objetivas da atuação de pessoas naturais demonstram ato lesivo, cuja prática está voltada para atender a determinados interesses dela; ou a pessoa jurídica será responsabilizada, porque as circunstâncias objetivas da atuação de pessoas naturais revelam obtenção ou manutenção de determinado benefício, através da prática de ato lesivo descrito na lei (OLIVEIRA, 2021, p. 31).

Outra disposição fundamental à demarcação do campo material de incidência da Lei nº 12.846/13 se descobre no art. 28, que autoriza a sua aplicação "aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior". Consagrou-se, nesse plano, o princípio da extraterritorialidade[7], pelo qual se viabiliza a aplicação da lei brasileira a condutas antijurídicas perpetradas fora do território nacional. Com a incorporação desse critério, sintonizou-se o Brasil a uma tendência internacional[8] de assegurar aos preceitos repressivos das leis anticorrupção um amplo alcance, que desborde as fronteiras nacionais, coadunando-se ao paradigma de uma ordem econômica cada vez mais globalizada.

Descortina-se, pois, sob tais fundamentos, o âmbito de aplicação da Lei nº 12.846/13, a reforçar o seu escopo de tutelar o patrimônio público (material e imaterial) e a probidade na órbita da Administração Pública, seja ela nacional ou estrangeira.

2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA LEI Nº 12.846/13

A Lei nº 12.846/13 elegeu o modelo da responsabilidade objetiva como uma das bases de exercício das competências sancionatórias outorgadas no diploma. Como assinalado alhures, foi essa, decerto, a principal inovação promovida pela Lei, porquanto a tradição brasileira se fundou, historicamente, na técnica da responsabilização subjetiva, sempre atribuindo à objetivação foros de excepcionalidade. A instituição do regime de responsabilidade objetiva na seara administrativa logo suscitou questionamentos acerca de sua constitucionalidade, mas prevaleceu a orientação segundo a qual – face à relevância dos bens jurídicos tutelados e à estatura constitucional da defesa da probidade administrativa e do patrimônio público – a ordem jurídica, sistemicamente considerada, oferece amparo à estruturação de relações jurídico-sancionatórias dissociadas de elementos subjetivos também no perímetro do Direito Administrativo Sancionador, desde que ostentem justificação constitucional robusta e que se baseiem em previsão expressa de lei.

Na teoria geral clássica da responsabilidade civil, cogita-se, essencialmente, de quatro elementos que, conjugados, dão origem ao dever de indenizar:

7 Sobre o tema, Fabrício Motta e Spiridon Nicofotis Anyfantis (2021, p. 319) destacam ser "possível afirmar que o legislador, no que respeita à aplicação da norma no âmbito externo, tenha optado pela adoção do princípio da extraterritorialidade incondicionada, visto que em seu art. 28 não se impôs qualquer requisito ou condição para aplicação da lei brasileira a atos praticados por pessoa jurídica brasileira contra órgãos da Administração Pública estrangeira, mesmo que cometidos no exterior".

8 Tendência essa pioneiramente capitaneada pelo Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e pelo UK Bribery Act, vigentes nos Estados Unidos e no Reino Unido, respectivamente, e que se converteram em dois estandartes globais no domínio das legislações anticorrupção.

(i) conduta; (ii) dano; (iii) nexo de causalidade; e (iv) culpa (*lato sensu*). O modelo de responsabilização objetiva, de outra parte, suprime da análise o elemento subjetivo, aperfeiçoando-se a responsabilidade do agente se configurados, tão somente, uma conduta típica, uma lesão a bem jurídico tutelado e um nexo de causalidade que os articule no plano factual. Desse quadro decorrem duas consequências fundamentais: (i) a responsabilização lastreada na Lei nº 12.846/13 prescinde do esquadrinhamento do dolo ou da culpa do infrator e (ii) uma pessoa jurídica pode ser responsabilizada por atos lesivos praticados por pessoas físicas a ela vinculadas, independentemente de sua ciência ou anuência.

Sob certo aspecto, também se justifica a opção legislativa de plasmar o modelo da responsabilização objetiva no bojo da Lei nº 12.846/13 quando ponderado que a sua sujeição passiva se restringe a pessoas jurídicas, destituídas, por sua própria natureza, das propriedades psicológicas inerentes às pessoas naturais. Dolo e culpa são elementos extraídos das estruturas psíquicas dos indivíduos, a partir da sondagem de suas subjetividades, ao passo que as empresas só existem como expressão da técnica jurídica. O fato é que, em qualquer cenário, não se exigirá, como pressuposto de responsabilização de pessoas jurídicas, a demonstração de fatores volitivos ou mesmo a sua complacência com as ações típicas e antijurídicas praticadas por agentes que atuem em seu interesse ou benefício, na forma preconizada pelo art. 2º da Lei Anticorrupção.

Deriva de tais premissas a afirmação formulada por Fabio Medina Osório (2015, p. 106) no sentido de que, "quando um agente dotado de representatividade corporativa – seja a que título for – atua ilicitamente no interesse de uma pessoa jurídica, tornam-se presentes, *prima facie*, os pressupostos de imputação do ilícito [..], nos moldes da Lei Anticorrupção Brasileira". Em similar direção, José Roberto Pimenta de Oliveira destaca:

> Também se revela fundamental que, sendo a conduta praticada por terceiros que não sejam os representantes legais ou administradores da pessoa jurídica infratora, o critério legal de imputação não exija a comprovação do prévio conhecimento – muito menos a prévia autorização da conduta ilícita, nem tampouco demonstração de conivência por ação ou omissão – por parte da administração ou direção da PJ infratora para deflagração das consequências legais. Também é inexigível se a conduta for praticada por sócios, acionistas, empregados e prepostos. Como também valerá se a pessoa não estiver nesta condição, bastando que atue no interesse ou benefício da PJ (OLIVEIRA, 2021, p. 31).

Em suma, a verificação de uma (i) *conduta típica* que imponha um (ii) *dano* à Administração (material ou não), mediante comprovação do (iii) *nexo de causalidade* entre ambos já se revelará apta a desencadear as potências repressivas da Lei nº 12.846/2013.

3 ATOS LESIVOS TIPIFICADOS NA LEI Nº 12.846/2013

Os atos lesivos censurados pela Lei nº 12.846/13 se encontram tipificados em seu art. 5º, dispositivo que abrange condutas bastante diversas, envolvendo desde o pagamento de vantagem indevida a agente público até os ilícitos perpetrados na órbita das licitações e dos contratos administrativos. Também não se olvidou o legislador de coibir o auxílio – financeiro ou não – à prática das infrações previstas na própria Lei Anticorrupção, bem como o embaraço a atividades de cunho investigativo ou fiscalizatório. Convém aqui reproduzi-lo:

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

> os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:
>
> I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
>
> II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
>
> III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
>
> IV – no tocante a licitações e contratos:
> a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
> b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
> c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
> d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
> e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
> f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
> g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
>
> V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Com efeito, sobre o art. 5º da Lei nº 12.846/13, duas observações se impõem.

A primeira é a de que o dispositivo encerra um *rol taxativo* de infrações. A advertência não é supérflua, porquanto, nos anos iniciais de vigência da Lei, houve quem defendesse que o seu art. 5º delinearia condutas antijurídicas meramente exemplificativas, assinalando a possibilidade de penalização de atos atentatórios à Administração Pública independentemente de sua subsunção às descrições típicas vazadas no dispositivo. Tal interpretação enseja, porém, grave insegurança jurídica, ao passo que pretende conferir à Administração uma cláusula sancionatória aberta, de todo incompatível com as garantias fundamentais ínsitas ao Estado Democrático de Direito, traduzindo opção pouco recomendável *vis-à-vis* o poderio das reprimendas cominadas na Lei nº 12.846/13.

A segunda observação, amiúde assinalada pela doutrina, é a de que o manejo do art. 5º se orienta pela noção de tipicidade aberta, na qual se matriza o Direito Administrativo Sancionador. Nesse domínio, em contraste com as referências interpretativas imperantes no Direito Penal, o método de subsunção dos fatos às normas repressivas não demanda inflexível espelhamento entre os traços concretos da conduta e as elementares abstratas do tipo. A verificação da ocorrência dos atos lesivos submete-se, pois, a uma dinâmica própria, caracterizada pela elasticidade dos tipos infracionais, de modo a assegurar-lhes uma latitude hermenêutica mais ampla, que potencialize a efetividade dos preceitos punitivos alinhavados na Lei nº 12.846/13. Como se nota, o referencial da tipicidade aberta opera ao nível da exegese das normas que retratam os atos lesivos (subsunção), mas exige sempre, embora sem os rigores da tipicidade cerrada, a prévia existência de descrição típica compatível com a conduta que se pretende sancionar.[9]

Nesse passo, a suposta contradição entre as duas observações registradas acima é apenas aparente e se queda logo dirimida pela proposição seguinte:

9 Exemplo recorrente, nesse plano, é o sancionamento de fraude a contrato formalizado a partir de dispensa ou inexigibilidade de certame licitatório quando a literalidade do art. 5º, IV, "d", da Lei nº 12.846/13 remete apenas à conduta de "fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente", sem qualquer alusão às modalidades de contratação previstas nos arts. 74 e 75 da Lei nº 14.133/21.

é juridicamente admissível o apenamento de condutas análogas às insculpidas na literalidade das normas que preveem os atos lesivos (tipicidade aberta), desde que insertas em parâmetros hermenêuticos mínimos, extraídos dos limites sintáticos e semânticos que compõem os enunciados normativos definidores dos arquétipos de ilicitude combatidos pela Lei Anticorrupção (o que supõe a estruturação de um rol taxativo de comportamentos puníveis).

4 ESFERAS DE RESPONSABILIZAÇÃO PREVISTAS NA LEI Nº 12.846/13

A Lei nº 12.846/13 estabelece duas esferas distintas de responsabilização das pessoas jurídicas infratoras: a administrativa e a judicial.

Em âmbito administrativo, a apuração da responsabilidade se viabiliza pelos processos administrativos de responsabilização (PAR), cuja instauração e cujo julgamento, em primeira análise, são de competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que podem deflagrar o procedimento de ofício ou mediante provocação, observados sempre o contraditório e a ampla defesa (art. 8º). O regramento é complementado pelo disposto no § 2º do art. 8º, que estatui a competência concorrente da Controladoria-Geral da União (CGU), no âmbito federal, para instaurar os PAR ou para avocá-los, neste último caso com o fito de examinar a sua regularidade ou lhes corrigir o andamento. Aplicada tal disciplina por simetria às esferas estadual e municipal, tem-se uma competência concorrente entre a autoridade máxima do(a) órgão/entidade lesado(a) e as Controladorias/Secretarias que desempenham papel de órgão central de controle interno no âmbito de cada ente federativo.

Regra distinta se verifica nos casos de atos lesivos praticados em face de Administração Pública estrangeira, hipótese em que a apuração, o processo e o julgamento dos atos ilícitos previstos na Lei nº 12.846/13 serão de competência exclusiva da CGU (art. 9º).

As sanções cominadas por força da responsabilização administrativa de pessoas jurídicas infratoras são lidas no art. 6º da Lei Anticorrupção:

> Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:
>
> I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
>
> II – publicação extraordinária da decisão condenatória.
> § 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.
>
> § 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.
>
> § 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.
>
> § 4º Na hipótese do inciso I do *caput*, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).
>
> § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Além das penalidades de multa e de publicação extraordinária da decisão condenatória, têm sido frequentemente aplicadas nos PAR as sanções previstas nas normas de licitações e contratos. Isso se dá porque as normatizações regulamentares federal, estadual e municipal frequentemente estabelecem que os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 14.133/21, ou a outras normas de licitações e contratos, que também forem tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846/13, podem ser apurados conjuntamente, nos autos do PAR[10], sob o escopo de evitar decisões contraditórias. A jurisprudência administrativa da CGU e das Controladorias/Secretarias subnacionais revela que essa regra tem tido larga aplicação nas apurações fundamentadas na Lei Anticorrupção, fator que tem incrementado significativamente a sua efetividade.

Já na esfera judicial, os processos de responsabilização são conduzidos pelo Ministério Público ou pelas Advocacias Públicas da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, por intermédio daquilo que parte da doutrina tem considerado uma nova espécie de ação coletiva. As penalidades previstas em âmbito judicial são igualmente severas e podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, como se infere do art. 19, *caput* e incisos, da Lei nº 12.846/13:

> Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:
>
> I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
> II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
> III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;
> IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.
>
> § 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:
> I – ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou
> II – ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.
>
> § 2º (VETADO).
>
> § 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.
>
> § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Cabe mencionar, por fim, uma importante disposição estampada no art. 30 da Lei Anticorrupção, segundo a qual a aplicação das sanções nela previstas não exclui os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de atos de improbidade administrativa e de infrações a licitações e contratos. Por esse dispositivo, cuidou o legislador de legitimar juridicamente a responsabilização concomitante do autor dos ilícitos em distintas esferas, viabilizando a penalização de um mesmo ato lesivo com supedâneo na Lei nº 12.846/13, na Lei nº 8.429/92 e nas Leis nº 8.666/93 ou nº 14.133/21, sem prejuízo, ademais, da responsabilização criminal da pessoa física que levar a efeito uma conduta típica, antijurídica e culpável à luz da lei penal.

10 Art. 16 do Decreto Federal nº 11.129/22: Os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

O art. 30, por conseguinte, ao desconstituir, de plano, qualquer suposição de *bis in idem* no contexto de múltiplas responsabilizações dos agentes privados por infrações perpetradas em detrimento da Administração Pública, buscou potencializar a tutela da probidade e da integridade no marco das relações entre os setores público e privado, mediante a expansão do arco de punições possíveis em face dos infratores.

5 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA LEI Nº 12.846/13

É, também, digno de destaque o estímulo promovido pela Lei nº 12.846/13 à implementação dos programas de integridade no domínio da iniciativa privada. Uma conceituação jurídica de programa de integridade é extraída do art. 56 do Decreto Federal nº 11.129/22, que cuidou de defini-lo como um "conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de (I) prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e (II) fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional".

No conjunto da Lei nº 12.846/13, a existência e a aplicação de um programa de integridade foram concebidas como fatores de atenuação de penalidades. No âmbito federal, por exemplo, uma vez comprovado que a empresa infratora possuía, ao tempo do ato lesivo, um programa de integridade implementado, a multa arbitrada pode ser reduzida em até 5%, segundo o disposto no art. 23, inciso V, do Decreto nº 11.129/22. Exige-se, porém, para a aplicação da atenuante, que o programa seja efetivo, aferição que se realiza à luz dos parâmetros relacionados no art. 57 do Decreto, dentre os quais se pode exemplificativamente citar: o compromisso da alta direção; padrões de conduta e códigos de ética; treinamentos periódicos; gestão de riscos; controles internos; e canais de denúncia.

6 ACORDOS DE LENIÊNCIA

Outra inovação introduzida pela Lei nº 12.846/13 foi a instituição do chamado "acordo de leniência", regulado pelos seus arts. 16 e 17. Trata-se de um dos figurinos específicos do chamado "direito premial", que se exprime num ajuste celebrado entre o Poder Público e o infrator com o desiderato de obter informações e provas acerca do ato lesivo perpetrado, oferecendo-se como contrapartida à colaboração do investigado uma suavização das punições aplicáveis. As condições e os requisitos para a formalização do acordo de leniência, cuja competência é titularizada pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública, foram elencados no art. 16 da Lei Anticorrupção:

> Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
>
> I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber;
> II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
>
> § 1º O acordo de que trata o *caput* somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:
> I – a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

> II – a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;
> III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Não cabe aqui, nos estreitos limites deste texto, explorar todas as propriedades do instituto, mas convém mencionar os benefícios de que pode se aproveitar a empresa que firmar acordo de leniência com o Poder Público e honrar os compromissos assumidos: redução de até 2/3 da multa aplicável (art. 6º, I), isenção das penas de publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, II) e isenção da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público (art. 19, IV).

7 OBRAS DE INFRAESTRUTURA E A LEI Nº 12.846/13

Não se encontram, no conjunto da Lei nº 12.846/13, disposições específicas sobre obras de infraestrutura, circunstância que não deve desestimular, todavia, a tarefa de verificar as suas possíveis aplicações em tal contexto. Por consistir a infraestrutura em componente vital ao desenvolvimento socioeconômico, todos os investimentos públicos a esse fim direcionados se revestem de caráter estratégico, deixando-se ilustrar pelos expressivos montantes de recursos usualmente empregados nesse gênero de obras e serviços. Um cenário como esse exige que as forças preventivas e repressivas da Lei Anticorrupção sejam postas a serviço da Administração, de sorte a cooperar para que o interesse público seja sempre concretizado sem desvios ou ofensas aos princípios da probidade e da moralidade administrativas.

Em primeiro plano, importa ressaltar que todos os contratos e licitações celebrados pelo Poder Público com agentes privados envolvendo obras de infraestrutura estarão sujeitos aos ditames da Lei nº 12.846/13. Nesse sentido, qualquer irregularidade perpetrada em semelhante quadro desencadeará as potências sancionatórias (administrativas e judiciais) nela previstas, sem prejuízo de responsabilizações projetadas noutras esferas, segundo explanado em tópico pretérito.

Todavia, é seguramente no terreno da dosimetria das penalidades que se descobre as disposições de maior relevo para o tema das obras de infraestrutura. Nos incisos I, II, V e IX do art. 7º da Lei nº 12.846/13 constam parâmetros de aplicação das sanções que com muita frequência incidem nos contratos e licitações que as têm como objeto. Trata-se, respectivamente, das circunstâncias de "gravidade da infração", "vantagem auferida ou pretendida pelo infrator", "efeito negativo produzido pela infração" e "valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados".

Em razão da importância dos certames e avenças versados sobre obras de infraestrutura, as repercussões sociais dos atos lesivos se revelam sempre intensas, o que potencializa a gravidade e os efeitos negativos da conduta lesiva, legitimando o incremento punitivo das reprimendas infligidas às pessoas jurídicas infratoras. Idênticos efeitos se projetam quando ponderados a vantagem auferida/pretendida pelo agente e os valores dos contratos: por serem ambos habitualmente elevados, o apenamento das empresas quase sempre assimila tais circunstâncias como vetoriais negativas no mister da dosimetria das sanções.

Note-se que os decretos regulamentadores da Lei nº 12.846/13, tanto em âmbito federal quanto em âmbito estadual, não desconsideraram a importância das obras públicas no contexto de aplicação do diploma, prevendo circunstâncias de

agravamento das penas com incidência específica nesse domínio.

O art. 22, inciso III, do Decreto Federal nº 11.129/22 autoriza o acréscimo da multa em até 4% nas hipóteses em que for verificada interrupção na execução de obra contratada. Semelhantes previsões foram replicadas em normativos estaduais. Cita-se, como exemplo, o Decreto nº 3.956-R/16, que regulamenta a Lei Anticorrupção nos limites do estado do Espírito Santo: o inciso VII do seu art. 26 reconhece a paralisação de obra pública como circunstância que sempre agrava o cálculo da multa. E, diante dos vultuosos valores dos contratos celebrados com esse objeto, o acréscimo de alguns pontos percentuais pode significar a elevação das penas pecuniárias em patamar milionário.

Nesse passo, dentre os elementos que requerem maior atenção dos órgãos de controle interno nos processos de aplicação da Lei nº 12.846/13 em casos que envolvam obras de infraestrutura, deve-se destacar: a repercussão social derivada de eventuais irregularidades; os prejuízos ocasionados ao interesse público; a reiteração de descumprimentos de obrigações contratuais; e o histórico da empresa em contratações com o Poder Público, sobretudo nas avenças cujos objetos consistirem em obras e serviços de construção de rodovias, reaparelhamento de ferrovias, expansão de saneamento básico e congêneres.

CONCLUSÃO

Às vésperas de se completarem 10 anos da publicação da Lei nº 12.846/13, já se tem acumuladas uma relevante massa crítica e valiosas experiências que permitem traçar um balanço da sua aplicação nesse período.

Os impactos da Lei Anticorrupção foram, decerto, bastante positivos. O destaque a ela conferido contribuiu para fortalecer uma consciência social e coletiva guiada pela imperiosidade histórica de se erradicar a corrupção no país. Seu advento também ajudou a minimizar – embora sem eliminar – a sensação geral de impunidade que campeia no imaginário popular, sobretudo ao suprir uma lacuna no ordenamento brasileiro relativa à punição efetiva de pessoas jurídicas implicadas em conluios com agentes públicos desprovidos de qualquer escrúpulo republicano. A severa punição, por exemplo, de empresas envolvidas nos atos lesivos desvelados pela Operação Lava Jato emergiu como marco histórico de consolidação – jurídica e social – da Lei nº 12.846/13.

No plano de sua implementação, verificou-se, com o correr dos anos, um progressivo aperfeiçoamento das legislações e de boa parte dos corpos técnicos incumbidos de sua aplicação. O elevado número de processos instaurados e concluídos, bem como o eficiente sancionamento de empresas infratoras – sempre coadunado aos imperativos do devido processo legal – também exprimem indicativos otimistas para o futuro. Há de ser registrada, outrossim, merecida homenagem aos esforços envidados pelos entes federativos, sob diligente mediação do Conselho Nacional de Controle Interno (CONACI), no sentido de fazer convergir entendimentos e postulados relativos à Lei nº 12.846/13, providência que harmoniza interpretações a nível nacional e maximiza consideravelmente a segurança jurídica para todos os atores envolvidos nos processos de aplicação da Lei.

De outra parte, também se revelam numerosas as dificuldades por superar. Transcorrida quase uma década desde a sua publicação, há estados e municípios (inclusive capitais) que ainda não regulamentaram a Lei Anticorrupção. Além disso, são recorrentes os relatos, por diversos entes federativos, de obstáculos enfrentados cotidianamente na tentativa de conferir efetividade à Lei, dentre os quais se destacam o déficit de pessoal, a ausência de capacitação, a insuficiente cooperação entre os órgãos e a ausência de sensibilização de muitos servidores públicos para a importância do tema. Tais

imperfeições são minoritárias no conjunto do país, mas findam por acentuar a vulnerabilidade de vários estados e municípios à prática de atos atentatórios contra o patrimônio, quadro que exige a idealização de mecanismos de *enforcement* da Lei nº 12.846/13.

Finalmente, cabe aqui uma rápida nota sobre a Lei Anticorrupção e a participação popular a ela relacionada. Conquanto a promulgação daquela tenha sido inequivocamente influenciada, em alguma medida, pelas pressões sociais em defesa dos valores republicanos e contra os níveis endêmicos de corrupção que historicamente assolaram o Estado brasileiro, não há interação popular direta nos processos de aplicação propriamente ditos da Lei nº 12.846/13. Justifica-se isso por versar o diploma sobre matéria eminentemente técnica e que envolve elevado poderio sancionatório, circunstância que demanda rigorosos critérios e padrões técnicos de aplicação.

Ainda assim, é preciso atentar para a existência de ferramentas, na própria Lei Anticorrupção, que multiplicam pontos de contato entre o Poder Público e a sociedade civil. Todos eles passam pela transparência, podendo ser citados como exemplos a sanção de publicação extraordinária de decisões condenatórias (que se presta a dar visibilidade social às sanções) e a criação do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP). A isso se somam os esforços de muitos entes federativos de dar publicidade às suas decisões e legislações, mediante a criação de bancos de jurisprudências e compilados de normas vigentes.

Essas inciativas evidenciam e reforçam o objetivo de se constituir a Lei nº 12.846/13 – em linha com as melhores práticas internacionais – como um instrumento a serviço da sociedade civil, vocacionado a tutelar o patrimônio público, a sanear o ambiente de negócios e a fomentar uma cultura de integridade em todos os níveis da vida social. É por tais razões que se pode seguramente afirmar, sem embargo dos inúmeros desafios que ainda se põem na ordem do dia, que a aprovação da Lei Anticorrupção consolidou-se como marco decisivo na história republicana do país e, em sua primeira década de vigência, já oferece à sociedade brasileira um saldo ampla e promissoramente positivo.

REFERÊNCIAS

MOTTA, Fabrício; ANYFANTIS, Spiridon Nicofotis. Comentários ao art. 28. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 317-322.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta de. Comentários ao art. 2º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 21-46.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção Comentada**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 15-20.

PARTE II

PROMOÇÃO DA INTEGRIDADE E QUESTÕES SOCIOAMBIENTAIS EM INFRAESTRUTURA

VI OBRAS DE INFRAESTRUTURA E IMPACTOS SOCIOAMBIENTAIS: UMA CONEXÃO NECESSÁRIA

Mariel Nakane[1]

O Brasil é um país de grande diversidade biológica e sociocultural. Essa *sociobiodiversidade* (MDA *et al.*, 2009, p. 4) é marcada pela presença de, pelo menos, 305 povos indígenas, falantes de mais de 160 línguas, e pela pluralidade de povos e comunidades tradicionais, como quilombolas, caiçaras e ribeirinhos, entre outros, cujos modos de vida tradicionais estão fundamentados em conhecimentos elaborados sobre os processos ecológicos intrínsecos aos diferentes biomas brasileiros (LIMA *et al.*, 2021). Atualmente, diante do cenário global de emergência climática e da crise de biodiversidade (IPCC, 2022, p. 9; IPBES, 2022, p. 2), a defesa da sociobiodiversidade brasileira frente às diferentes ameaças que lhe afligem tem ganhado cada vez mais centralidade no debate público e apoio da sociedade brasileira (ISA, 2022).

Obras de infraestrutura constituíram-se como um dos principais vetores de danos aos modos de vida, territórios e direitos sociais e culturais de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais (PIQCT) ao longo das décadas. Apesar do reconhecimento jurídico do potencial de geração de impactos socioambientais e da institucionalização de instrumentos como a avaliação de impacto ambiental (AIA) e o licenciamento ambiental, as experiências mostram que ainda são necessários profundos aprimoramentos na governança do ciclo de investimento em infraestrutura para se garantir o respeito efetivo aos direitos e ao bem-estar dos povos e comunidades dos territórios que recepcionam essas obras de infraestrutura.

Nesse sentido, apresentaremos estudos de caso que ilustram desafios relevantes para a discussão atual, como a importância da avaliação de riscos socioambientais, incluindo riscos à violação de direitos humanos e dos povos, no planejamento e na execução dos investimentos em infraestrutura, bem como a necessidade de promover a participação social das comunidades impactadas de forma permanente no ciclo de investimento, com destaque para o monitoramento dos impactos e das medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias no licenciamento ambiental.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO DOS IMPACTOS ADVERSOS DAS OBRAS DE INFRAESTRUTURA

No Brasil, obras de infraestrutura respondem por inúmeros casos de danos socioambientais[2] a povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais. Desde o início do século XX, povos indígenas foram expulsos de seus territórios tradicionais, além de terem tido o contato forçado com a sociedade

1 Analista socioambiental no Programa Xingu no Instituto Socioambiental (ISA).

2 Dano socioambiental se refere aos impactos negativos ocorridos no passado. A definição de impacto ambiental, dada por Sánchez, é "*alteração da qualidade ambiental que resulta da modificação de processos naturais ou sociais provocados por ação humana*" (SÁNCHEZ, 2013, p. 34). O impacto socioambiental enaltece o componente de alterações sobre o meio sociocultural.

envolvente, em decorrência da implantação de obras de infraestrutura.[3] Territórios de comunidades remanescentes de quilombos também padeceram com a instalação de empreendimentos na primeira metade do século XX (FARIAS Jr. *et al.*, 2022).

Na década de 1960, a abertura de rodovias na região central do país contou com uma atuação sistemática do governo para remoções forçadas de povos indígenas que "obstruíam" a passagem das estradas.[4] A década de 1970 testemunhou casos emblemáticos de abertura de mega-estradas na Amazônia e quase extermínio de povos indígenas, como no caso da Transamazônica (BR-230) e os Arara, Asurini e Parakanã, da BR-174 e os Waimiri-Atroari, da Perimetral Norte (BR-210) e os Yanomami, e da Cuiabá-Santarém (BR-163) e os Panará (VALENTE, 2017, p. 107, 127, 140, 179).

A década de 1980 assistiu aos danos socioambientais gerados pela proliferação de grandes usinas hidrelétricas, simbolizados nos casos: da Usina Hidrelétrica de Itaipu, no rio Paraná, que inundou *tekohas* (territórios sagrados) do povo Avá-Guarani (VALENTE, 2017, p. 275), e provocou a remoção compulsória de mais de 40 mil pessoas (GERMANI, 2003, p. 45); da UHE Sobradinho, no rio São Francisco, que provocou a remoção de 65 mil pessoas (CAPPELLINI, 2022); e das grandes hidrelétricas na Amazônia, com destaque para o desastre ambiental da UHE Balbina, no rio Uatumã, e para a UHE Tucuruí, no rio Tocantins (FEARNSIDE, 2019a, p. 11). Apesar de não ter sido implantado, o projeto da UHE Cachoeira Porteira, no rio Trombetas, provocou o deslocamento forçado de comunidades extrativistas e quilombolas (REALE & CAVALCANTE, 2021, p. 153).

Até o início da década de 1980, as consequências socioeconômicas, socioculturais e ambientais futuras de obras de infraestrutura não eram consideradas na tomada de decisão. No entanto, desde 1972, ano da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, o cenário internacional já assistia à propagação de instrumentos de política ambiental em diferentes países, que abordavam a questão dos impactos adversos de projetos econômicos e de infraestrutura.

No Brasil, o reconhecimento da necessidade de avaliação prévia dos impactos adversos de projetos e atividades econômicas sobre o meio ambiente só ocorreu a partir da Política Nacional de Meio Ambiente, com a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, e com a Resolução nº 001/86, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), que institucionalizaram a avaliação de impacto ambiental (AIA) e o licenciamento ambiental como instrumentos da política ambiental a nível nacional (SÁNCHEZ, 2013, p. 68).

Para Sánchez (2013), a adoção da AIA no país foi fruto de uma convergência entre a difusão internacional do instrumento, bastante promovida por organismos multilaterais, como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)[5], e as demandas nacionais de grupos sociais, como o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), e o movimento ambientalista:

> Durante as décadas de 1970 e 1980, apesar das restrições à democracia impostas pelo governo militar, o movimento ambientalista foi paulatinamente se firmando e legitimando seu discurso [..], tendo os impactos

3 No início do século XX, o surgimento do próprio Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1911, esteve relacionado às atividades da "Missão Rondon" para implantação das linhas telegráficas do Mato Grosso ao Amazonas (BARBIO, 2011) e à expansão da malha ferroviária em São Paulo sobre os Kaingang (CUNHA, 2018). São exemplos de ferrovias que cortaram territórios indígenas: a Ferrovia Noroeste do Brasil, no oeste paulista, sobre território Kaingang; a Estrada de Ferro Santa Catarina, no Vale do Itajaí, sobre o povo Xokleng, e a Estrada de Ferro Vitória-Minas, no Vale do Rio Doce, sobre o povo Krenak (FREITAS, 2019); bem como a Estrada de Ferro Tocantins sobre os territórios Parakanã, Assurini e Gavião, e a Estrada de Ferro Madeira-Mamoré sobre os povos indígenas Karipuna, Munduruku, Parintintin, Pakaa-Nova e Guaravo (DODDE, 2012).

4 São exemplos os casos da abertura das rodovias Cuiabá-Porto Velho (BR-364), sobre o território dos Nambikwara (VALENTE, 2017, p. 202), e BR-158, no território do povo Xavante (TAVARES, 2020, p. 198).

5 A OCDE adotou as seguintes diretrizes, ainda na década de 1970: Declaração sobre Política Ambiental (OECD/LEGAL/0134), adotada em 13 de novembro de 1974; Recomendação do Conselho relacionada à Redução de Impactos Ambientais de Uso e Produção de Energia (OECD/LEGAL/0149), adotada em 12 de outubro de 1976; e Recomendação do Conselho sobre Avaliação de Projetos, Planos e Programas com Impacto Significativo sobre o Meio Ambiente (OECD/LEGAL/0172), adotada em 8 de maio de 1979.

> socioambientais dos grandes projetos estatais ou privados como um dos focos da crítica ao modelo de desenvolvimento adotado, visto como socialmente excludente e ecologicamente destrutivo [..]
>
> (SÁNCHEZ, 2013, p. 67)

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, reforçou a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para "*instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental*". No âmbito internacional, a AIA continuou sendo fortalecida também por meio de tratados internacionais, como os que se desdobraram da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a Rio 92, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudança do Clima, sendo reconhecida como instrumento eficaz para a prevenção de danos ambientais e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Paralelamente aos avanços da política ambiental, o final da década de 1980 também assistiu à emergência de novos marcos legais, nacionais e internacionais para os direitos coletivos de PIQCT. A Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos culturais, sociais, territoriais e os modos de vida dos povos indígenas, em seu art. 231, e de comunidades remanescentes de quilombos, no art. 68 do ADCT. Em 1989, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (C-169/OIT) representou um importante passo para o reconhecimento dos impactos adversos gerados por ações de desenvolvimento econômico ao estabelecer, no art. 6° e art. 7°, o direito à Consulta e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) de povos indígenas e tribais sobre decisões governamentais potencialmente impactantes, incluindo planos e programas de desenvolvimento nacional e regional:

> Artigo 6° 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
> a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
> b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; [..]
>
> 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.
>
> Artigo 7º 1. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente [..]
>
> 3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.
>
> (C-169/OIT)

No Brasil, os direitos estabelecidos na C-169/OIT, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, também foram estendidos a comunidades tradicionais (DUPRAT, 2014, p. 52), reconhecidas formalmente por meio do Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Ao longo dos anos, o direito à CCLPI foi sendo amparado por outros dispositivos internacionais, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), o Protocolo de Nagoya da Convenção sobre Diversidade Biológica (2014) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas da Organização dos Estados Americanos (2016), reconhecida em jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) (JOCA *et. al.*, 2021, p. 12) e em jurisprudência brasileira (LIMA DA SILVA et. al., 2023).

Os avanços dos instrumentos de política ambiental e dos direitos de PIQCT importantes para o reconhecimento dos impactos adversos de obras de infraestrutura por parte dos governos nacionais foram acompanhados pelo desenvolvimento de mecanismos voluntários para gerenciamento de riscos socioambientais por parte de instituições financeiras, como as políticas de salvaguardas de bancos multilaterais como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (REIDAR, 2017, p. 3), e os Princípios do Equador (EP4, 2020), além de iniciativas de organizações multilaterais, como as diretrizes para responsabilidade corporativa da OCDE (OCDE, 2011), aderidas por 51 países, dentre os quais o Brasil.

Outros dispositivos relevantes que se consolidaram no meio internacional no decorrer dos anos incluem a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE)[1], ferramenta de planejamento estratégico com vistas a subsidiar a tomada de decisão sobre políticas públicas, fazendo frente às limitações da AIA restritas a projetos individuais (SÁNCHEZ, 2017, p. 168), e os mecanismos de participação social permanente nos processos decisórios de infraestrutura, também chamados de "engajamento significativo de partes interessadas"[2] (REIDAR, 2017, p. 5), recomendados pela OCDE (OCDE, 2020) e adotados por diferentes governos nacionais.

Embora adotada em diferentes países e reconhecida como instrumento fundamental para atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (DEL CAMPO *et al.*, 2020, p. 2), a AAE pouco avançou no Brasil (SÁNCHEZ, 2017, p. 176). Tampouco avançaram no país os mecanismos de participação social significativa nos processos de tomada de decisão pública, como a CCLPI, não havendo previsão legal de processos deliberativos de participação social nem a vinculação destes à tomada de decisão (SEPC/ME, 2022, p. 5).

Esta breve contextualização teve por objetivo demonstrar que, desde o final da década de 1980, houve uma evolução no reconhecimento institucional do potencial de geração de impactos adversos de obras em infraestrutura, em que destacamos os impactos a PIQCT. No entanto, tais avanços institucionais não foram suficientes para garantir o respeito efetivo aos direitos e ao bem-estar de PIQCT e dos demais grupos sociais impactados por obras de infraestrutura, como discutiremos a seguir.

2 DESAFIOS ATUAIS E CASOS ILUSTRATIVOS

As experiências nacionais de planejamento, implantação e operação de obras de infraestrutura dos últimos 20 anos demonstram que ainda persistem enormes desafios para que os projetos sejam desenvolvidos de forma viável e benéfica de um ponto de vista socioambiental (FEARNSIDE, 2018, p. 145). Grandes obras na Amazônia, por exemplo, continuam sendo implementadas à revelia dos interesses das comunidades locais e sem considerar as fragilidades da governança territorial, resultando em benefícios sociais menores que seus custos socioambientais:

> Estudos recentes demonstram a fragilidade da associação automática entre grandes empreendimentos e desenvolvimento local. Embora

1 Em inglês: *Strategic Environmental Assessment* (SEA).

2 Em inglês: *meaningful stakeholder engagement.*

> tenha sido verificado maior crescimento econômico nos municípios diretamente impactados por hidrelétricas, também se observa incremento de desigualdade, trabalho infantil e problemas de esgotamento sanitário, o que sugere, segundo pesquisadores, baixa efetividade dos mecanismos de compartilhamento de benefícios, e que a construção de Usinas Hidrelétricas apresenta efeitos gerais modestos e não transforma as economias locais
>
> (FGVces, 2018, p. 14)

Um desses desafios diz respeito à inexistência de instrumentos de gestão pública de riscos e impactos socioambientais no planejamento e na execução de investimentos em infraestrutura. Mecanismos de controle social orientados por transparência e participação social de partes interessadas e impactadas, como a CCLPI, bem como instrumentos como a AAE e a avaliação socioeconômica *ex-ante* e *ex-post*, não estão previstos e nem são formalmente vinculados à tomada de decisão no planejamento e na avaliação de políticas, planos e projetos de infraestrutura (SDI/ME, 2021, p. 11; SEPC/ME, 2022, p. 8).

Uma primeira consequência dessa falta de gestão pública de riscos e impactos socioambientais sobre investimentos em infraestrutura é que os projetos que compõem os planos de investimento público e as "*carteiras de projetos*" para parcerias público-privadas continuam sendo selecionados sem que haja transparência e sem qualquer possibilidade de controle social e participação dos grupos potencialmente impactados. Os benefícios e custos socioambientais dos projetos, bem como sua distribuição entre as diferentes partes interessadas, não são considerados na tomada de decisão. Abordaremos essa questão no item 2a: "A necessidade de um planejamento público transparente e participativo: o caso do direito à CCLPI e a Ferrogrão (EF-170)".

Outra consequência é que as ações antecipatórias e preparatórias necessárias para prevenção de impactos socioambientais nos territórios, sobretudo dos impactos sinérgicos e cumulativos regionais entre empreendimentos diferentes, que demandam atuação direta do Poder Público como, por exemplo, ações de comando e controle, não são previstas de forma sistemática. Quando são – resultado alcançado mais por conta da pressão social vinda dos territórios e interessados do que efetivamente do planejamento público -, padecem de problemas como anacronismo e erro na delegação de responsabilidades entre os órgãos públicos (NAKANE & GARZÓN, 2022, p. 20).

Esse conjunto de dificuldades contribui para um segundo desafio, que diz respeito à sobrecarga e ao enfraquecimento do licenciamento ambiental. O licenciamento ambiental é um instrumento indispensável da política ambiental para a concretização do princípio de prevenção e precaução de impactos adversos de obras de infraestrutura. No entanto, as experiências demonstram que o licenciamento ambiental não é capaz de determinar a execução de todas as ações necessárias para a prevenção dos impactos socioambientais gerados por obras de infraestrutura, sobretudo as ações do Poder Público, vide as ações antecipatórias e preparatórias articuladas em Planos de Desenvolvimento Regional, por exemplo.

Além disso, o licenciamento ambiental tem sido alvo de pressões direcionadas ao seu enfraquecimento normativo (FEARNSIDE, 2018, p. 143) e institucional (ISA, 2022), que cooperam para que o rito deixe de ser um procedimento independente e robusto que avalia substancialmente a viabilidade socioambiental dos empreendimentos e se torne um rito *pro forma,* que apenas acompanha a implantação e a operação dos empreendimentos, determinando medidas já esperadas e insuficientes para prevenção, mitigação e compensação dos impactos gerados:

> Uma série de casos nos últimos anos ilustra os grandes impactos de barragens amazônicas e a necessidade de melhorar os processos de tomada de decisão e de licenciamento. Apesar de discurso ao contrário, o processo de licenciamento não faz parte da tomada de decisão sobre essas obras. A decisão real sobre a construção ou não de uma barragem é

> tomada por poucas pessoas no governo muito antes da elaboração dos estudos ambientais, a realização de audiências públicas e a análise pelo órgão ambiental das informações levantadas. Por serem tomadas antes de levantar informações sobre impactos, as decisões políticas ignoram muitas das consequências sociais e ambientais, e o processo de licenciamento acaba sendo um mero passo burocrático para legalizar as decisões já tomadas. O processo de licenciamento pode estar sujeito a irregularidades que resultam na aprovação de licenças apesar de grandes impactos e injustiças.
>
> (FEARNSIDE, 2019b, p. 79)

Nesse contexto, os órgãos licenciadores se veem pressionados a emitir licenças ambientais apesar de evidências técnicas contrárias à viabilidade ambiental do empreendimento ou que comprovam o descumprimento das condicionantes ambientais determinadas no licenciamento.

Outro ponto de enfraquecimento do procedimento, revelado pelas experiências concretas, se refere à ausência de previsão formal de participação social dos grupos impactados e de especialistas independentes para apoiar a avaliação do órgão ambiental sobre a efetividade das condicionantes ambientais. É recorrente a contradição entre as informações prestadas pelo empreendedor e as experiências vivenciadas pelas comunidades impactadas e, por essa razão, os grupos impactados encontram obstáculos para o reconhecimento formal de suas informações no processo de licenciamento ambiental. Essa questão é discutida no item 2b: "o caso da operação da UHE Belo Monte e o Monitoramento Ambiental e Territorial Independente da Volta Grande do Xingu".

Os dois conjuntos de desafios mencionados claramente não esgotam a discussão sobre os desafios atuais das consequências socioambientais do planejamento, da implantação e da operação de obras de infraestrutura, mas têm por objetivo reiterar a urgência de aprimoramentos da governança do ciclo de investimento em infraestrutura no país, destacando a ênfase na importância de se resguardar os direitos e o bem-estar dos povos e comunidades dos territórios que recepcionam esses empreendimentos.

2.1 A NECESSIDADE DE UM PLANEJAMENTO PÚBLICO TRANSPARENTE E PARTICIPATIVO: O CASO DO DIREITO À CCLPI E A FERROGRÃO (EF-170)

O projeto da ferrovia EF-170, mais conhecido como Ferrogrão, tem tido sua viabilidade questionada desde as etapas iniciais do processo de planejamento por povos indígenas potencialmente impactados pelo empreendimento, como os Kayapó e Munduruku (MPF, 2020, p. 6). Ainda durante a fase de elaboração dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) do projeto, em 2017, esses povos contataram a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), competente pela aprovação do projeto de concessão da implantação e da operação da ferrovia, exigindo o cumprimento do direito à Consulta e ao Consentimento Livre, Prévio e Informado (CCLPI) antes da aprovação do projeto pela agência e seu posterior encaminhamento à etapa de contratação.

No entanto, em 2020, a ANTT encaminhou o projeto de outorga da ferrovia para análise de controle externo pelo Tribunal de Contas da União (TCU), sem realizar a CCLPI, o que motivou representação conjunta ao Tribunal por parte do Ministério Público Federal, de associações indígenas e de organizações da sociedade civil, visando que o projeto fosse devolvido à agência para realização da Consulta com os povos potencialmente impactados. Até o presente momento, o processo aberto pela representação não foi julgado pelo TCU, embora tenha havido manifestações técnicas favoráveis e contrárias.[3]

3 Para conhecer as manifestações técnicas no processo da representação, ver item "Histórico e Momento Atual" da Ficha Técnica sobre a Ferrogrão (EF-170) na plataforma do Observatório de Olho no Xingu, disponível em: <https://xingumais.org.br/obra/ferrograo-ef-170-trecho-sinop-mt-mirituba-pa>.

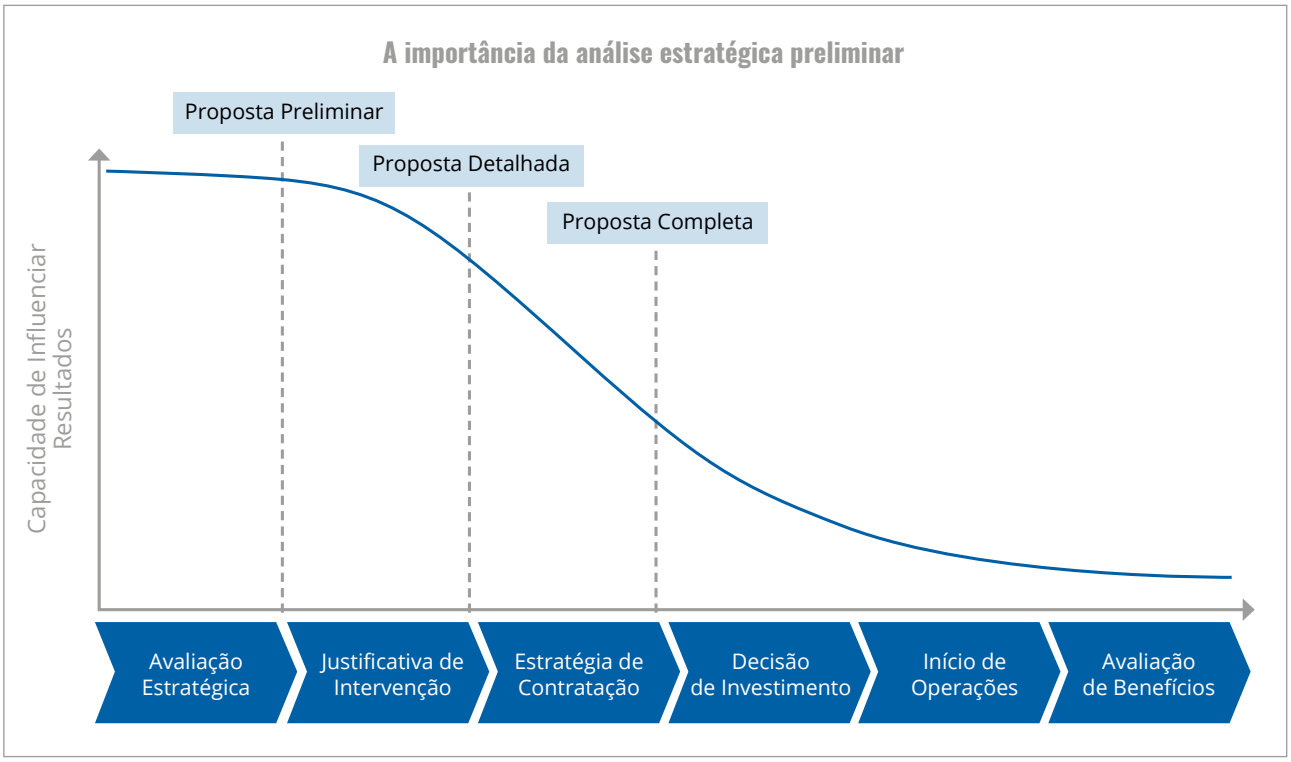


Doto Takak Ire e Mydjere Mẽkrãgnõtire, do povo Kayapó, e Alessandra Korap e Luciene Saw, do povo Munduruku, protocolam carta aos Ministros do TCU em fevereiro de 2021 (Isabel Harari/ISA).

O caso ilustra a já mencionada precariedade dos mecanismos efetivos de controle social na fase de planejamento de obras de infraestrutura. A posição defendida pela ANTT e pelo antigo Ministério da Infraestrutura é de que a realização da CCLPI com os povos indígenas deve ocorrer apenas no processo de licenciamento ambiental do empreendimento, não nos processos de planejamento e estruturação do projeto de investimento e de outorga.

Essa visão defendida pela ANTT e pelo antigo Ministério da Infraestrutura vai na contramão das práticas internacionais de governança de investimento em infraestrutura, que recomendam a participação significativa das partes interessadas, que incluem os grupos potencialmente impactados, desde o planejamento do investimento (OCDE, 2015, 2020, 2022). A ausência de instrumentos de gestão de riscos e impactos socioambientais é um dos fatores que aumenta o "viés de otimismo" (CIT, 2020, p. 6) que acompanha grandes projetos de infraestrutura em todo o mundo, endossando expectativas superdimensionadas com relação ao benefício social do projeto e expectativas subdimensionadas com relação a seus custos, além da incerteza quanto à distribuição desses benefícios e custos sociais entre as diferentes partes interessadas.

O caso bastante atual discutido neste item demonstra como ainda prevalece nas instituições do Poder Público uma visão de que a participação social nas obras de infraestrutura está circunscrita aos processos de licenciamento ambiental, ao mesmo tempo em que demonstra como os PIQCT impactados e a sociedade civil organizada estão cientes da importância da participação social desde os momentos iniciais de planejamento dos projetos, quando há a oportunidade efetiva de influenciar a política ou o projeto de investimento proposto (IPA, 2022, p. 18.; SDI/ME, 2021, p. 26.).



Fonte: (GARZÓN et al., 2023).

2.2 A NECESSIDADE DE UM LICENCIAMENTO AMBIENTAL TRANSPARENTE E PARTICIPATIVO: O CASO DA OPERAÇÃO DA UHE BELO MONTE E O MONITORAMENTO AMBIENTAL E TERRITORIAL INDEPENDENTE DA VOLTA GRANDE DO XINGU

Em 2016, foi inaugurada a operação comercial da UHE Belo Monte e, com isso, a vazão do rio Xingu na região da Volta Grande do Xingu ("VGX"), trecho natural do rio Xingu com cerca de 100 quilômetros de extensão habitado por ribeirinhos e indígenas, passou a ser determinada de forma artificial pela concessionária Norte Energia S.A, por meio do desvio do fluxo natural do rio para atendimento do reservatório principal da UHE Belo Monte. O regime de controle da vazão do rio Xingu foi denominado "Hidrograma" e foi definido como condicionante das licenças ambientais da usina, após sugestão do empreendedor, tornando-se a principal medida para mitigação dos impactos socioambientais sobre o ecossistema da VGX e as populações que dependem do rio Xingu.

Desde 2014, indígenas Juruna (Yudjá) e pesquisadores iniciaram um monitoramento independente de indicadores de qualidade ambiental, chamado de Monitoramento Ambiental e Territorial Independente da Volta Grande do Xingu ("MATI-VGX"), com o objetivo de avaliar como o Hidrograma, que desviaria entre 70% a 80% da vazão histórica natural do rio Xingu, impactaria a região (PEZZUTI et al., 2018, p. 17). Em 2019, as informações coletadas e analisadas pelo MATI-VGX confirmaram que o Hidrograma aplicado pela concessionária inviabiliza a ocorrência da reprodução dos peixes, mais especificamente das piracemas (MOUTINHO, 2023), comprometendo processos ecológicos e os modos de vida dos povos e comunidades da VGX.



Ovas encontradas em piracema seca em fevereiro de 2023 (Josiel Juruna/MATI-VGX).

Em meio à solicitação de renovação da Licença de Operação da UHE Belo Monte, no final de 2021, e diante dos impactos observados, os Juruna (Yudjá), ribeirinhos e pesquisadores do MATI passaram a questionar os critérios ecológicos adotados pela concessionária para a definição do Hidrograma e a defender a aplicação de um regime que permita a manutenção dos ciclos ecológicos e modos de vida na VGX, denominado "Hidrograma Piracema" (PALMQUIST, 2023). A concessionária, por sua vez, defende que o regime adotado é suficiente para a manutenção da vida na VGX e afirma recorrentemente que os monitoramentos ambientais por ela realizados demonstram não haver comprovação técnico-científica dos impactos reportados pelos indígenas e ribeirinhos da VGX (NORTE ENERGIA S. A., 2020).

> "O ciclo ecológico rege a Volta Grande do Xingu há milhares de anos, e toda a biota está adaptada a ele, portanto precisa do pulso de inundação do rio. Ler nos estudos de monitoramento que a Norte Energia apresenta para o Ibama que não há impactos por causa do desvio das águas para a Volta Grande é como ler uma piada. Quando eles dizem que não há morte de árvores, é simplesmente porque não deu tempo ainda [..]"
>
> "Há vasta literatura científica, são mais de 60 anos de estudos sobre o pulso de inundação dos rios amazônicos, sobre as dinâmicas da inundação nas florestas aluviais, sobre o papel dos peixes e quelônios como jardineiros [que dispersam as sementes] do igapó. Mas isso não é levado em consideração pela Norte Energia quando trata de medidas de mitigação."
>
> Falas de pesquisadores do MATI reproduzidas em Palmquist (2023)

O caso ilustra o desafio atual de assegurar a participação das comunidades impactadas no monitoramento dos impactos e das medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias previstas no processo de licenciamento ambiental. São diversas as denúncias sobre a ineficácia e o não-cumprimento de Programas Básicos Ambientais ("PBA") e demais condicionantes ambientais. No entanto, a participação direta das comunidades não é obrigatória no procedimento de monitoramento dos impactos e da execução de condicionantes, sendo reconhecidas, formalmente, apenas as informações prestadas pelo empreendedor. Frente à contradição entre as informações prestadas pelo empreendedor e as experiências vivenciadas, os grupos impactados no país ainda precisam batalhar para se fazerem ouvir no licenciamento ambiental.

REFERÊNCIAS

BARBIO, Luciana A. Comissão Rondon e a representação da identidade Paresí: um diálogo através de fotografias. **Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde**. v. 5, n. 2, p. 27-43, Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <https://www.brapci.inf.br/_repositorio/2015/12/pdf_90846bf43f_0000019073.pdf>.

CAPELLINI, Nathalia. Hidrelétricas no Brasil: o clima e a herança da ditadura. **História da Ditadura**: 05 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.historiadaditadura.com.br/post/hidreletricasnobrasiloclimaeaherancadaditadura>.

CIT – Centro de Inteligência Territorial. Grandes obras de infraestrutura e o risco de corrupção e inviabilidade econômica: uma análise exploratória. Raoni Rajão, José Leomar Fernandes Júnior, Lidiane Pedra Vieira Melo. Belo Horizonte, novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/D4/F5/0E/32/C3482810B4FE0FF7E18818A8/Relatorio%20Grandes%20Obras%2023maio2021%20PORT.pdf.

CUNHA, Manuela C. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação. In: CUNHA, Manuela C.; BARBOSA, S. R (orgs). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Editora da Unesp. 2018.

DEL CAMPO, Ainhoa G.; GAZZOLA, Paola; ONYANGO, Vincent. The mutualism of strategic environmental assessment and sustainable development goals. **Environmental Impact Assessment Review** 82. Maio de 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0195925519305128?via%3Dihub>.

DODDE, P. A. M. Impactos de Empreendimentos Lineares em Terras Indígenas na Amazônia Legal: O caso da BR-230/PA e das Terras Indígenas Mãe Maria, Nova Jacundá e Sororó. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Estratégico, COPPE, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2012.

DUPRAT, Débora. A Convenção 169 da OIT e o direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. **RCJ – Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 1, Núm. 1, 2014. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45016/25873>.

EP4, Equator Principles 4. 2020. Disponível em: <https://equator-principles.com/about-the-equator-principles/>.

FARIAS Jr., Emannuel de A.; OLIVEIRA, Tomas P. P.; ALVES, Tacilvan S.; MENEZES, Elieyd S.; CIRILO, Maria Heloísa A. C.; MARTINS, Maryane M.; ROCHA, Geovana A. Atos de Estado e Megaprojetos de Infraestrutura: a intrusão de territórios etnicamente configurados. 33ª Reunião Brasileira de Antropologia. Disponível em: <https://www.33rba.abant.org.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=962>.

FEARNSIDE, Philip M. **Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras**. Manaus: Editora do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), 2019a. Disponível em: <https://ecoa.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Hidreletricas_na_Amazonia_Impactos_Ambie.pdf>.

____. Impactos das hidrelétricas na Amazônia e a tomada de decisão. **Novos Cadernos NAEA**. v. 22, n. 3, p. 69-96, set-dez 2019b. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/viewFile/7711/5813>.

____. Challenges for sustainable development in Brazilian Amazonia. Sustainable Development. v. 26, n. 2, p. 141-149, 2018. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/sd.1725>.

FGVces – Centro de Estudos em Sustentabilidade da Fundação Getulio Vargas. O que a implementação do Plano de Desenvolvimento Regional Sustentável do Xingu nos ensina? Grandes Obras de Infraestrutura e Mineração na Amazônia. Agosto de 2018. Disponível em: <http://mediadrawer.gvces.com.br/dl/original/fgvces_governancaterritorial_o-que-o-pdrsx-nos-ensina_agosto2018.pdf>.

FREITAS, M. M. Indígenas e ferrovias na Belle Époque brasileira: a Noroeste do Brasil, a Ferrovia de Itajaí e a Vitória Minas. **Anais do 30° Simpósio Nacional de História – História e o futuro da educação no Brasil**. Organizador VILELA, M. A. F. Recife: Associação Nacional de História – ANPUH-Brasil. 2019.

GERMANI, Guiomar I. **Expropriados Terra e Água: o conflito de Itaipu**. Salvador: EDUFBA ULBRA, 2003.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. É hora de retribuir os povos que cuidam das florestas. **Instituto Socioambiental**: 19 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/e-hora-de-retribuir-os-povos-que-cuidam-das-florestas?utm_source=isa&utm_medium=redes&utm_campaign=ofuturopodeseroutro>. Acesso em março de 2023.

IPA – Infrastructure and Projects Authority. Infrastructure Business Case: International Guidance. 2022. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1062669/Infrastructure_Business_Case_International_Guidance.pdf>.

IPBES – Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. Summary for Policymakers of the Thematic Assessment Report on the Sustainable Use of Wild Species of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. Fromentin, J. M.; Emery, M. R.; Donaldson, J.; Danner, M. C.; Hallosserie, A.; Kieling, D.; Balachander, G.; Barron, E. S.; Chaudhary, R. P.; Gasalla, M.; Halmy, M.; Hicks, C.; Park, M. S.; Parlee, B.; Rice, J.; Ticktin, T.; Tittensor, D. (eds.). Secretariado do IPBES, Bonn, Alemanha. 2022. Disponível em: <https://zenodo.org/record/6810036#.ZBijk3bMK3B>.

IPCC – Intergovernmental Panel on Climate Change. Summary for Policymakers. Pörtner, H.-O.; Roberts, D. C.; Poloczanska, K.; Mintenbeck, K.; Tignor, M.; Alegría, A.; Craig, M.; Langsdorf, S.; Löschke, S.; Möller, V.; Okem, A. (eds.). In: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change Pörtner, H.-O.; Roberts, D. C.; Poloczanska, K.; Mintenbeck, K.; Tignor, M.; Alegría, A.; Craig, M.; Langsdorf, S.; Löschke, S.; Möller, V.; Okem, A.; Ramba, B. (eds.)]. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA. 2022. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf>.

____. LDO abre caminho para licenciamento ambiental de obras do orçamento secreto. **Instituto Socioambiental**: 13 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/noticias-socioambientais/ldo-abre-caminho-para-enfraquecer-licenciamento-ambiental-de-obras-do>.

JOCA, Priscylla; GARZÓN, Biviany R.; SILVA, Liana A. L.; OLIVEIRA, Rodrigo M.; GRUPIONI, Luis D. B. Protocolos Autônomos de Consulta e Consentimento: um olhar sobre o Brasil, Belize, Canadá, Colômbia. RCA: São Paulo, 2021. Disponível em: <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Protocolos-RCA-capa-e-miolo-final-2.pdf>.

LIMA, Ana Gabriela Morim de; OLIVEIRA, Joana Cabral de; SHIRATORI, Karen (coord.). Conhecimentos Associados à Biodiversidade – Parte II. Contribuição dos Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais à Biodiversidade, in CUNHA, Manuela Carneiro da; MAGALHÃES, Sônia Barbosa; ADAMS, Cristina (orgs.). **Povos tradicionais e biodiversidade no Brasil: contribuições dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais para a biodiversidade, políticas e ameaças**. São Paulo: SBPC, 2021. Disponível em: <http://portal.sbpcnet.org.br/publicacoes/povos-tradicionais-e-biodiversidade-no-brasil/>.

LIMA DA SILVA, Liana Amin; GARZÓN, Biviany Rojas; LUNELLI, Isabella Cristina; PRIOSTE, Fernando Gallardo Vieira; OLIVEIRA, Rodrigo Magalhães de (coordenadores). **Tribunais brasileiros e o direito à consulta prévia, livre e informada**. Brasília: Instituto Socioambiental, 2023.

MDA – Ministério do Desenvolvimento Agrário; MMA – Ministério do Meio Ambiente; MDS – Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Plano Nacional de Promoção das Cadeias de Produtos da Sociobiodiversidade. Brasília, julho de 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/1024/1/Plano%20Sociobiodiversidade.pdf>.

MPF – Ministério Público Federal, Instituto Socioambiental (ISA), Associação Iakiô, Associação Território Indígena do Xingu (ATIX), Instituto Raoni, Instituto Kabu. Representação. Belém/PA, Cuiabá/MT, 19 de outubro de 2020. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/tcu_representacao_-_ferrograo_-_assinada_-_com_os_anexos.pdf>.

MOUTINHO, Sofia. Tirando o pulso de um rio: Na Amazônia brasileira, indígenas e pesquisadores se unem para monitorar os impactos de uma hidrelétrica polêmica. **Science**. 06 de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.science.org/content/article/tirando-o-pulso-de-um-rio>.

NAKANE, Mariel; GARZÓN, Biviany R. O papel dos mecanismos de transparência e controle social na fiscalização do licenciamento e da implantação de grandes obras. Apostila do curso "Corrupção e Grandes Obras". Transparência Internacional Brasil. p. 126-139. .

NORTE ENERGIA S. A., Comunicado ao Mercado de 04 de novembro de 2020. Brasília/DF. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/6d83c9c0-ab0e-4821-9599-0a3f5af7af43/fda8cffd-c371-b369-2d47-35e915d33df7?origin=1>.

OCDE, Recommendation of the Council on the Assessment of Projects, Plans and Programmes with Significant Impact on the Environment, OECD/LEGAL/0172. 2022. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/26/26.en.pdf>.

____, Recommendation of the Council on the Governance of Infrastructure, OECD/LEGAL/0460: OECD, 2020. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0460>.

____, Policy Framework for Investment 2015 Edition, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/policy-framework-for-investment-2015-edition_9789264208667-en>.

____, Diretrizes para as Empresas Multilaterais. 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/produto>.

PALMQUIST, Helena. Os 8 mil metros cúbicos por segundo que destroem a Volta Grande do Xingu. **Sumaúma**. 21 de março de 2023. Disponível em: <https://sumauma.com/descoberto-mito-origem-8-mil-metros-cubicos-por-segundo-que-destroem-volta-grande-rio-xingu/>.

PEZZUTI, Juarez; CARNEIRO, Cristiane; MANTOVANELLI, Thaís; GARZÓN, Biviany R. Xingu, o rio que pulsa em nós: monitoramento independente para registro de impactos da UHE Belo Monte no território e no modo de vida do povo Juruna (Yudjá) da Volta Grande do Xingu. Altamira/PA: Instituto Socioambiental. 2018. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/xingu_o_rio_que_pulsa_em_nos.pdf>.

SÁNCHEZ, Luis H. **Avaliação de Impacto Ambiental: conceitos e métodos**. 2ª edição. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

____. Por que não avança a avaliação ambiental estratégica no Brasil? **Revista Estudos Avançados**. Volume 31, nº 89, abril de 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/132425>.

SDI/ME – Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura. Guia geral de análise socioeconômica de custo-benefício de projetos de investimento em infraestrutura: SDI/ME, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/comite-interministerial-de-governanca/arquivos/guia-geral-de-analise-socioeconomica-de-custo-beneficio.pdf>.

SEPC/ME – Ministério da Economia. Secretaria de Acompanhamento Econômico, Advocacia da Concorrência e Competitividade. Secretaria Especial de Produtividade e Competitividade. Guia de Engajamento e Participação Social: SEPC/ME: 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/reg/guias-e-manuais/guia-de-engajamento-e-participacao-social/guia-de-engajamento-e-participacao-social-v1.pdf>.

TAVARES, Paulo. **Memória da terra: arqueologias da ancestralidade e da despossessão do povo Xavante de Maraiwatsédé**. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

REALE, Fátima C. G.; CAVALCANTE, Maria Madalena de A. Hidrelétricas na Amazônia: o caso de Cachoeira Porteira, Oriximiná-PA. **Revista GeoAamazônia**. Belém, v. 9, n. 18, p. 138-156. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/geoamazonia/article/view/12818>.

REIDAR, Kvam. Consulta significativa às partes interessadas: série do BID sobre riscos e oportunidades ambientais e sociais. Banco Interamericano de Desenvolvimento. 2017.

VALENTE, Rubens. **Os fuzis e as flechas: história de sangue e resistência indígena na ditadura**. São Paulo: Companhia das Letras. 2017.

VII CAMINHOS E POSSIBILIDADES PARA O CONTROLE SOCIAL DE OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA[1]

Bianca Berti[2]

As obras públicas de infraestrutura pairam no imaginário popular como um dos terrenos mais férteis para a proliferação de casos de irregularidades, corrupção e fraude. Isso ocorre devido a sua complexidade: todos os processos na realização de uma obra pública demandam a participação de um grande número de agentes, tanto públicos quanto privados e das mais diversas áreas, além de movimentarem e mobilizarem grandes interesses e grandes montantes de recursos públicos (L'ASTORINA & BORENSTEIN, 2011).

Dessa maneira, o controle sobre obras públicas é tarefa essencial a todos os interessados em promover sua integridade e mitigar fraudes e corrupção. A adoção de uma abordagem preventiva é recomendável, pois endereça a raiz do problema e contribui para fechar janelas de oportunidades para irregularidades e fraudes. Um modelo pertinente a essa abordagem trata das chamadas "três linhas de defesa" (IIA BRASIL, 2013, p. 2), que compreendem as responsabilidades de diferentes partes de uma organização em gerenciar riscos e mecanismos de controle.

A primeira e principal linha de defesa contra os riscos de irregularidades e corrupção corresponde aos mecanismos de controle interno implementados por gestores nas atividades da organização. Na segunda linha, os setores específicos responsáveis pelo gerenciamento de riscos, controle financeiro e conformidade (*compliance*) monitoram os riscos remanescentes, que não foram captados pela barreira anterior. A terceira linha é exercida pelas unidades de auditoria ou controladoria internas.

Além dessas, é possível adicionar uma quarta linha: o controle externo. No contexto da Administração Pública, há a dimensão da auditoria ou controle externo constituído por instituições responsáveis por avaliar a condução e os resultados dos atos da agência fiscalizada. Essa tarefa é realizada principalmente pelos Tribunais de Contas.

Por fim, junto à sociedade civil, temos o controle social. É importante destacar que o controle social tem grande relevância, direta e indireta, no funcionamento de todas as linhas de defesa. De maneira direta, é um elemento da quarta linha, por ser um agente externo de monitoramento e fiscalização. Ao identificar falhas na atuação das outras linhas de defesa, ele também age para provocar gestores e controladores internos a aprimorar os controles existentes e resguardar os princípios da boa administração pública.

A atuação de agentes do controle social pode contribuir muito para prevenir irregularidades, especialmente ao identificar falhas nos mecanismos de controle e ao mobilizar-se pela intervenção junto aos órgãos monitorados e/ou de controle

1 O presente artigo é uma adaptação sumarizada dos relatórios Manual de Controle Social de Obras Públicas (2019a) e Métodos de Detecção de Fraude e Corrupção em Contratações Públicas (2019b) da Transparência Internacional – Brasil, elaborados para o curso "Controle e integridade em obras de infraestrutura", de iniciativa da mesma. Produzidos no âmbito do projeto Obra Transparente, os relatórios contam também com extensos materiais de apoio na forma de manuais, guias e checklists.

2 Analista de transparência e integridade na Transparência Brasil.

externo para que essas falhas sejam endereçadas. O enfoque na abordagem da prevenção é crucial, pois ajuda a evitar a ocorrência de danos que sejam de mais difícil reparação no futuro.

No caso específico do acompanhamento das obras públicas, o monitoramento de licitações e contratos públicos pode ser encarado como a **estratégia prioritária** para o controle social, uma vez que a atuação durante a licitação ou a contratação tende a ser mais eficaz ao esforço preventivo e a obter mais sucesso em evitar a realização e a efetivação de contratações fraudulentas e superfaturadas em obras infraestruturais – um dos canais mais comuns para a corrupção e o desvio de recursos.

O acompanhamento da execução contratual também é essencial para evitar o superfaturamento em suas mais diversas formas, prevenindo o dano ao erário por meio da entrega irregular. Contudo, o controle social sobre as dimensões técnicas dos projetos de obras públicas e sua execução demanda conhecimento especializado de engenheiros e arquitetos. A fiscalização conjunta da licitação, da contratação e da execução da obra pode ser viabilizada mediante a captação de voluntários capacitados, de profissionais de consultoria especializados ou de parcerias com organizações especializadas.

1 CENTRALIDADE DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA NO CONTROLE SOCIAL

A viabilização de uma estratégia efetiva de controle social sobre obras públicas, focada na prevenção, requer indispensavelmente a existência de boas condições de transparência pública sobre os dados e informações produzidos no âmbito de todos os processos engendrados na realização dessas obras – desde sua concepção e seu desenho, até a entrega e o funcionamento.

Há uma série de instrumentos legais que buscam construir condições de transparência abrangentes sobre a Administração Pública de maneira geral, como a Lei de Acesso à Informação (Lei n° 12.527/2011 – LAI) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n° 101/2000) – que garantem que um rol sólido e extenso de informações sobre licitações e contratações seja disponibilizado em transparência ativa nos portais de cada órgão da Administração Pública –, além de instrumentos de reafirmação da transparência pública e do princípio da publicidade dos atos administrativos, inseridos na legislação específica que regula os diferentes tipos de contratações públicas, concessões e licenciamentos. A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), por exemplo, criou o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que representa uma grande e importante inovação no aprimoramento da transparência e da publicidade desses processos, bem como da viabilização de seu controle preventivo de maneira mais simples e acessível.

O esforço de unificação e padronização das informações no PNCP facilita a tarefa de acompanhamento das contratações e licitações da Administração Pública em todo o país. Sem esse tipo de unificação, persistem intensas dificuldades enfrentadas pelos agentes do controle social no momento da fiscalização, principalmente devido à diversidade nas formas e nos modelos de documentação, comumente despadronizados e desorganizados, e aos diferentes entraves e curvas de dificuldades no acesso a esses dados e documentos, encontrados de uma agência ou instituição pública para outra.

No caso da fiscalização de obras de infraestrutura, que ainda tendem a envolver processos com documentação prolífica e complexa, esse tipo de ferramenta é essencial. Para as obras públicas que recebem financiamento da União, há ainda o Painel de Obras como um repositório de grande utilidade. Para obras em planejamento ou processo de contratação, outras fontes importantes incluem instrumentos como o Plano Plurianual (PPA), a Lei Orçamentária Anual (LOA), para a fase

de planejamento da obra anterior à licitação, e os avisos publicados em Diários Oficiais, em jornais de ampla circulação e nos murais de repartições contratantes, já na fase externa da licitação.

Mas a existência de uma abrangente estrutura legal de transparência pública e de certos instrumentos e ferramentas institucionais que a disponibilizem ao cidadão não significa que absolutamente todas as informações serão publicadas de maneira acessível, inteligível, consistente, acurada, completa e, principalmente, tempestiva, em todas as circunstâncias. Na realidade, ainda que a LAI já conte mais de 10 anos desde que entrou em vigor, persistem lacunas e problemas na gestão de informações públicas e na garantia da transparência ativa pela Administração Pública.

No caso das obras, as condições de transparência tendem a ser mais precárias (O GLOBO, 2023). Ainda que a LAI determine a publicação em transparência ativa de todas as informações referentes a processos licitatórios, muitas administrações não costumam disponibilizar todos os documentos, apenas aqueles julgados relevantes para a fase externa da licitação, mais precisamente, para potenciais licitantes.

Sendo assim, um primeiro passo da sociedade civil enquanto agente do controle social é, por exemplo, o de verificar quais são as condições presentes de transparência pública dessas informações que subsidiam o controle sobre as contratações para obras, e demandar seu aprimoramento caso se depare com lacunas ou baixa qualidade dos dados.

Para as informações e os dados públicos sobre processos de licitação e contratação que, por qualquer motivo, não estejam disponibilizados em transparência ativa, o agente do controle social pode e deve recorrer à realização de pedido de acesso à informação nos termos da LAI. É importante atentar-se, contudo, aos prazos de resposta (20 dias, prorrogáveis em mais 10) e recursos (5 dias após recebimento da decisão), pois a dimensão temporal é importante para a realização da fiscalização preventiva.

Além disso, as respostas e informações fornecidas podem ser disponibilizadas em repositórios colaborativos, como o **Achados e Pedidos**, desenvolvido pela Transparência Brasil em parceria com a Abraji e que hoje reúne mais de 200 mil pedidos de informações. Assim, tanto as demandas quanto as respostas concedidas pelo poder público também poderão ser consultadas por outros agentes do controle social, o que contribui para a construção de um ambiente de controle social colaborativo e informado.

2 PRINCIPAIS CONCEITOS PARA O MONITORAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS

Uma vez que o agente de controle social tenha acesso a informações relativas à fase de planejamento e aos processos de licitações e contratações para as obras públicas de infraestrutura, o acompanhamento e a fiscalização propriamente ditos podem ser realizados. Esse percurso envolve a compreensão das potenciais irregularidades em todo o ciclo da obra e a capacidade de identificar quais delas seriam consideradas indícios ou evidências de fraudes e/ou corrupção.

Os seguintes documentos são os mais relevantes para o controle social das obras públicas em ambas as fases, e devem ser buscados tanto na transparência ativa quanto na passiva, caso necessário:

- Fase de planejamento:
  - **a.** Estudos preliminares de viabilidade técnica, econômica e ambiental da obra;
  - **b.** Parecer técnico favorável à execução da obra;
  - **c.** Projeto Básico e seus componentes;
  - **d.** Projeto Executivo e seus componentes, se houver;
  - **e.** Licença ambiental prévia (quando necessária);
  - **f.** Orçamento detalhado do empreendimento;

g. Designação do local do empreendimento e registro de posse do terreno;

h. Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), respectivamente para os engenheiros e/ou arquitetos responsáveis pelos projetos.

- Fase de licitação:

a. Edital e seus anexos;

b. Parecer(es) jurídico(s);

c. Comprovantes de publicação de aviso do edital;

d. Atos de designação da comissão de licitação e do responsável pela fiscalização da obra.

Durante a fase de planejamento, é preciso atentar-se a possíveis irregularidades nos processos de seleção do terreno e nos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental da obra, bem como nos projetos básico e executivo. Análises de adequação do projeto são essenciais para garantir o bom andamento e a possibilidade de conclusão tempestiva da obra, sem irregularidades. Falhas procedimentais excessivas na etapa de planejamento acarretam em verdadeiros "elefantes brancos".

O respeito às normas de segurança, aos requisitos de acessibilidade e às medidas de sustentabilidade, a avaliação detalhada do orçamento e da planilha de custos propostos, bem como a avaliação de sua compatibilidade com os preços de mercado, contribuem para evitar problemas futuros na execução da obra, como a necessidade de aditivos sucessivos ou mesmo de novas licitações para a contratação dos serviços faltantes. A identificação de irregularidades nessas etapas, ainda que não constituam falhas intencionais, contribui fortemente para a prevenção de fraudes e problemas de atrasos infindáveis ou de entrega de estruturas inadequadas.

A fraude implica a intenção de cometer um ato ilícito, devendo necessariamente apresentar elementos que indiquem a presença de atos deliberados para distorcer ou frustrar o caráter competitivo daquela licitação, a fim de obter vantagem indevida. No entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), "a configuração da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada" (TCU, 2014). Isso estabelece que a fraude pode ser caracterizada independentemente de o fraudador conseguir vencer a licitação e causar prejuízo aos cofres públicos.

A distinção entre fraude e corrupção está na participação da Administração Pública no caso. Atos de corrupção envolvem um detentor de cargo público utilizando sua função para favorecer alguém ou produzir vantagem indevida. Isso acontece em muitos casos de fraudes em licitações, como no direcionamento da licitação com base em condições restritivas estabelecidas no edital. Há também situações em que a fraude pode ocorrer apenas por atuação de empresas licitantes, como em casos de conluio entre participantes ou até mesmo na constituição de um cartel. Portanto, fraude e corrupção podem ou não estar associadas.

A fraude nos processos de contratação pública está relacionada à tentativa de frustrar seu caráter competitivo. De um lado, temos o objetivo direto da fraude: a distorção da competição necessária para que a licitação atinja seus objetivos. Além da violação ao princípio da competição, verifica-se comumente a afronta a outros princípios básicos vinculantes para a licitação pública. De outro lado, a fraude tem um segundo objetivo, que é indireto, mas que, na maioria das vezes, constitui seu objetivo primário: a apropriação de recursos públicos por meio da contratação com superfaturamento. Assim, a distorção da competição visa proporcionar aos fraudadores a garantia de que a contratação seja mais vantajosa do que seria em condições de competitividade real.

Fraudes podem assumir diversas formas. Nas licitações, a fraude pode estar associada a pelo menos uma das distintas etapas do processo licitatório: a) oficialização da demanda; b) planejamento da contratação; e c) seleção do fornecedor. O objetivo é, na maior parte dos casos, maximizar o lucro dos

envolvidos. Práticas fraudulentas podem variar de simples acordos verbais e pontuais entre licitantes, ou entre estes e a Administração Pública contratante, celebrados pouco antes das sessões públicas de licitação, até complexos e duradouros mecanismos de partilha de contratos e distribuição dos lucros obtidos ilicitamente. É comum a utilização de mais de uma linha de ação fraudulenta e anticompetitiva.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça considera que a restrição à competitividade em licitações pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico (empresa). Podemos incluir mais uma origem, em que um agente da Administração age deliberadamente em conluio com uma empresa para fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação.

Assim, são exemplos do primeiro tipo os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (projeto mágico, edital restritivo, publicidade precária, julgamento conivente, contratação direta indevida, etc.). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações (Leis nº 14.133/2021, nº 8.666/1993, nº 10.520/2002, nº 13.303/2016, etc.) busca impedir o primeiro tipo de restrição, enquanto que a legislação concorrencial (Lei nº 12.529/2011) cuida do segundo tipo.

O superfaturamento, por sua vez, representa o efetivo dano ao erário produzido e pode se caracterizar de diversas formas. Para obras públicas, o roteiro de auditoria de obras públicas (2012), publicado pelo TCU, descreve uma variedade de situações que constituem superfaturamento, algumas das quais também podem ser verificadas nos casos de aquisições de bens ou de contratação de outros tipos de serviços:

a. Superfaturamento por quantidade: medição de quantidades de serviços superiores às efetivamente executadas/fornecidas, podendo ocorrer também com o pagamento em duplicidade ou por serviços não executados;

b. Superfaturamento por execução de serviços com menor qualidade: deficiências na execução de obras e serviços de engenharia que resultem em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança, ou alteração qualitativa dos insumos (equipamentos e materiais);

c. Superfaturamento por alteração de metodologia executiva: alteração de metodologia executiva durante a obra – caso o orçamento original tenha previsto um método executivo claramente ineficiente, antieconômico, ultrapassado ou contrário à boa técnica da engenharia, sem que se proceda ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente da adoção de um método construtivo mais racional e econômico;

d. Superfaturamento por preços excessivos: pagamentos com preços manifestamente superiores aos praticados pelo mercado ou incompatíveis com os constantes em tabelas referenciais de preços;

e. Superfaturamento por "jogo de planilha": quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em desfavor da Administração, por meio da alteração de quantitativos;

f. Superfaturamento por reajustamento irregular de preços: pagamentos com preços indevidamente reajustados;

g. Superfaturamento por adiantamento de pagamentos: pagamentos antecipados não previstos em edital/contrato;

h. Superfaturamento por distorção do cronograma físico-financeiro ("jogo de cronograma"): ganho financeiro indevidamente auferido pela contratada devido a medição/pagamento de serviços iniciais com sobrepreço, compensado por medição/pagamento de serviços posteriores com desconto;

i. Superfaturamento por prorrogação injustificada do prazo contratual: pagamentos indevidos decorrentes da prorrogação injustificada do prazo de execução da obra.

j. Considerando a relação entre os objetivos direto e indireto da fraude licitatória, é essencial que agentes do controle social engajados no monitoramento de obras tenham em mente a importância de se analisar potenciais casos de fraude em conjunto com a verificação de possível existência de superfaturamento. A presença de indícios de ambas as irregularidades contribui para reforçar as suspeitas e fortalecer os achados encaminhados para os órgãos de controle competentes.

O relatório **Métodos de Detecção de Fraude e Corrupção em Contratações Públicas** da Transparência Brasil, conta com uma tipologia mais aprofundada das fraudes mais comuns nos processos de contratação pública, bem como com a descrição de diversos casos concretos aos quais ela se aplica. Para os propósitos deste artigo, contudo, seguiremos à exposição dos principais indicadores de risco de fraude, bem como às orientações de estratégias e ações que agentes do controle social podem tomar ao se depararem com eles, no contexto das contratações para obras de infraestrutura.

3 INDICADORES DE RISCO DE FRAUDE EM LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Os indicadores de risco devem ser compreendidos como "sinais de alerta" em processos de licitação e contratação e, uma vez identificados, justificam uma investigação mais aprofundada. O acúmulo de mais de um indício de risco potencial torna a fiscalização do processo mais premente.

No caso das licitações, os indicadores podem ser associados a dois momentos principais do processo: a fase interna, incluindo os procedimentos adotados até a publicação do extrato de licitação; e a fase externa, compreendendo as análises de habilitação das empresas participantes e a classificação das propostas apresentadas. Para as contratações, a avaliação de riscos tende a se basear em análises sobre conjuntos de contratos, uma vez que são um dos poucos repositórios onde é possível encontrar dados suficientes para possibilitar a identificação de padrões nas contratações de um determinado órgão por um certo período.

3.1 INDICADORES DE RISCO NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO:

a. **Contratações sem licitação ou tipicamente com baixa competitividade (dispensas, inexigibilidades e convites):** a adoção de procedimentos não competitivos ou com baixa competitividade na fase interna do processo licitatório traz um risco maior de ocorrência de fraude. Para contratações por dispensa ou inexigibilidade, é importante observar se foram cumpridos os requisitos legais na documentação do processo, bem como as características da empresa contratada e se foi realizada a pesquisa prévia de mercado. É cabível analisar a adequação da pesquisa e dos valores contratados e verificar se não há indícios de fraude na pesquisa realizada (como em casos de empresas de ramos não pertinentes, empresas relacionadas entre si, ou preços inflados).

b. **Prazo de publicidade exíguo e publicação restrita:** há situações em que o prazo de publicidade é intencionalmente reduzido para restringir o tempo hábil disponibilizado para as licitantes prepararem documentos e propostas. Por isso, é necessário ficar atento ao uso desse tipo de artimanha para restringir a competitividade, bem como ao cumprimento dos requisitos legais para a publicidade da licitação em questão, de acordo com a modalidade adotada e a esfera de contratação, observando se houve restrição à divulgação e/ou ao acesso ao edital, ou redução do prazo útil no certame.

c. **Licitações exclusivas para Microempresas (ME) ou Empresas de Pequeno Porte (EPP):** em licitações reservadas para a participação de empresas enquadradas como ME ou EPP, pode ocorrer a participação indevida de licitantes de médio e grande porte por meio de empresas de fachada. Portanto, licitações desse tipo merecem atenção redobrada.

d. **Valor estimado muito próximo ao limite da modalidade adotada:** pode ser indicativo de fracionamento de despesas, com compras realizadas a um valor estimado logo abaixo do limite para a modalidade adotada. A constatação dessa situação deve suscitar a verificação de outras aquisições para objeto ou serviço semelhante, para identificar se o valor total das aquisições demandaria a utilização de licitação (no caso de compras por dispensa de valor) ou modalidade mais competitiva.

e. **Edital com indícios de direcionamento ou cláusulas restritivas:** esse tipo de indicador aparece no instrumento convocatório da licitação, o edital. Caso seja identificada a presença de cláusulas potencialmente restritivas, é necessária uma avaliação mais detalhada. Questionamentos ou mesmo uma impugnação podem ser apresentados perante a Administração contratante para que a mesma corrija as falhas observadas. Na verificação desse fator de risco, é importante avaliar a especificação do objeto para identificar descrição imprecisa, insuficiente, incompreensível, defeituosa ou restritiva que possa direcionar o certame, bem como identificar o autor do projeto.

3.2 INDICADORES DE RISCO NA FASE EXTERNA DA LICITAÇÃO:

a. **Inabilitações em desacordo com o edital ou por excessiva formalidade:** agentes responsáveis pela licitação podem deliberadamente direcionar decisões nas fases de habilitação e julgamento para a inabilitação de licitantes com base em critérios não estabelecidos no edital, para intencionalmente afastá-las do certame. A aplicação de excessivo rigor formal na fase de habilitação, levando à inabilitação de participantes por falhas sanáveis, também pode indicar ação deliberada ou conluio para o afastamento de licitante cuja participação se deu somente para conferir a aparência de competitividade.

b. **Escassez de licitantes e fraca disputa:** a presença de poucos licitantes e de baixo número de propostas válidas deve servir de alerta para que sejam observados outros aspectos potencialmente indicativos de fraude na documentação e na condução do certame. Casos em que houver apenas um participante ou uma proposta válida devem suscitar análise documental complementar para verificação de indícios de fraude ou conluio.

c. **Desconto atípico (excessivamente baixo ou alto) em relação ao valor estimado para a licitação:** desconto muito baixo em relação à estimativa de referência pode ser um indício de que a licitante ganhadora atuou para fraudar o certame e foi beneficiada por conluio com a Administração ou outras licitantes. O sobrepreço pode não ser facilmente observável quando os preços estimados pela contratante forem inflados, devido a falhas na pesquisa de preços.

Há casos em que a adjudicação do objeto por proposta com desconto excessivamente alto para o mercado em questão pode ser indício de irregularidade. Isso pode estar associado ao sobrepreço na estimativa do órgão contratante ou a propostas de cobertura em pregões, em que participantes em conluio com a eventual ganhadora apresentam propostas excessivamente baixas para afastar outras competidoras da fase de lances dessa modalidade. Em licitações de obras, também há situações em que empresas com condições de habilitação questionáveis (ou com atestados inidôneos) artificialmente "mergulham" no preço para garantir a obtenção do contrato em detrimento de outras competidoras.

d. **Licitações vencidas por ME ou EPP:** no monitoramento de licitações em que a vencedora for uma empresa enquadrada como ME ou EPP, é interessante fazer uma verificação da mesma para se certificar de que não se trata de empresa-fantasma ou de fachada. Empresas de médio e grande porte podem fazer uso de MEs ou EPPs para participar de licitações e se aproveitarem do tratamento preferencial concedido a elas, conforme a Lei Complementar nº 123/2006.

3.3 INDICADORES DE RISCO PARA UM CONJUNTO DE CONTRATAÇÕES:

a. **Concentração de contratos nas mãos de um ou poucos fornecedores: u**m sinal de alerta para compras possivelmente direcionadas, favorecendo certas empresas, é a concentração das aquisições ou contratações para certos tipos de objeto com um único ou poucos fornecedores. Isso pode ser observado com base no número de contratos, ou no valor total contratado do fornecedor em questão, comparado ao volume das contratações relevantes. Nesse tipo de situação, é importante analisar os processos de contratação do fornecedor em questão, para verificar se há indícios de direcionamento ou favorecimento.

b. **Coincidência de participantes em várias licitações:** a existência de grupos de licitantes que participam das mesmas licitações recorrentemente pode ser um indício de conluio ou cartel. Sendo assim, vale observar, por um período, padrões na participação das licitantes e aprofundar a análise das licitações relevantes ao identificar algum padrão atípico.

c. **Perdedores recorrentes:** a presença de empresas que, participando sempre com um mesmo grupo de empresas, recorrentemente perdem licitações, sugere o indício de empresas-fantasma, utilizadas para dar a mera aparência de competitividade às disputas.

d. **Fracionamento de despesas:** múltiplas contratações para objeto semelhante num mesmo exercício, ultrapassando o limite para a modalidade adotada, representam irregularidade por si só. Contudo, o fracionamento de despesas costuma ser uma artimanha para evitar modalidades mais competitivas de contratação, frustrando a competitividade também na condução de cada processo isoladamente. É interessante verificar a presença de outros indícios de fraude também nos procedimentos isolados.

4 COMO APLICAR OS INDICADORES DE RISCO NO MONITORAMENTO DAS LICITAÇÕES

O controle social de licitações e contratações públicas pode ser realizado seguindo diferentes estratégias. Os observatórios sociais, por exemplo, monitoram licitações em tempo real: desde a publicação do edital, passando pelas fases de habilitação e julgamento, até que seja firmado e executado o contrato, verificando ao final o cumprimento do objeto contratado.

Caso não seja possível ou viável realizar esse trabalho, que requer mobilização de recursos humanos para as diversas fases da contratação, também se pode monitorar uma amostra de licitações em curso ou a publicação de novos contratos e analisar as características de uma amostra de contratações de maneira retroativa. Alternativamente, com o uso de programas de coleta e análise de dados, também se pode inspecionar as licitações e contratações de um ou mais órgãos públicos de maneira agregada.

Os indicadores de risco apresentados anteriormente servem para uma triagem, segundo a qual os procedimentos que contarem com a presença de um ou mais indicadores devem passar por etapas

adicionais de análise, com a aplicação de algumas técnicas de detecção de fraudes. Recomendam-se os seguintes procedimentos, complementando a avaliação dos indicadores de risco com análises mais aprofundadas, quando necessário:

Tabela 1: Roteiro para monitoramento de licitações com base em indicadores de risco

PASSO	MONITORAMENTO DE PROCESSOS MONITORAMENTO DE UM CONJUNTO	INDIVIDUAIS DE LICITAÇÕES OU CONTRATAÇÕES
1		Verificar presença dos indicadores de risco correspondentes com base nos dados agregados disponíveis.
2		Nos casos em que um ou mais indicadores estiverem presentes, selecionar as licitações ou contratações relacionadas para análise individual.
3	Verificar presença dos indicadores de risco correspondentes à fase interna do processo, incluindo a análise do(s) checklist(s) aplicável(eis).	
4	Verificar presença dos indicadores correspondentes à fase externa do processo,	
5	Nos casos em que um ou mais indicadores estiverem presentes, proceder com a análise do processo licitatório completo (solicitar acesso via LAI, se necessário) e aplicar o Checklist D4: Fraudes em licitações – Julgamento (ver material complementar).	
6	Aplicar procedimentos adicionais de verificação, se necessário (ver Tabela 4).	
7	Organizar e relatar indícios e evidências coletados para encaminhamento aos órgãos de controle competentes.	

Fonte: Métodos de Detecção de Fraude e Corrupção em Contratações Públicas.

Para executar cada uma dessas etapas, agentes do controle social podem lançar mão de técnicas de auditoria para colher evidências que deem suporte probatório a uma eventual denúncia. Não há, contudo, um procedimento genérico que leve à evidenciação da fraude. A detecção decorre da procura de pistas e vestígios nos processos e informações disponíveis, e algumas técnicas podem ser mais adequadas do que outras em diferentes situações. Abaixo, listamos as principais estratégias investigativas para o controle social.

4.1 EXAME DOCUMENTAL

O exame documental é a principal técnica utilizada para a detecção de fraudes e consiste na análise de processos, atos formalizados e documentos avulsos acerca do objeto auditado em busca de dados ou informações que possam servir como evidências de fraudes. Podem ser analisados: processos licitatórios, processos de pagamento, prestações de contas, documentos avulsos (notas fiscais, cheques, etc.) e relatórios, entre outros.

Três aspectos são primordiais na análise documental: i. elementos que sugiram que as propostas foram preparadas pela mesma pessoa ou em conjunto, com atenção a similaridades pouco usuais de erros, caligrafia, modelos, estimativas de preço e propostas, carimbos e marcas de registro postal, rasuras e correções, e sequências numéricas ou de horário, entre outros; ii. padrões estranhos na forma como as empresas concorrem e a frequência com que ganham ou perdem nas contratações públicas, que podem incluir empresas que nunca vencem, fornecedores vencedores concentrados

geograficamente, e empresas vencendo de forma alternada entre si, entre outros; e iii. indícios de padrões ou combinações de preços entre competidores, que incluem aumentos súbitos e idênticos nos preços ou faixas de preços, variações grandes entre o preço da proposta adjudicada e as restantes, e incoerências em valores de frete, entre outros.

Para a identificação das situações descritas nos itens ii e iii, é necessário observar um conjunto de licitações para objetos semelhantes, cobrindo um intervalo temporal. Uma estratégia consiste em acompanhar licitações de objetos semelhantes, contribuindo para o acúmulo de conhecimento da dinâmica de determinados mercados e fornecedores.

4.2 CRUZAMENTO COM DADOS DE FONTES PÚBLICAS

Pesquisas sobre as empresas verificadas e seus sócios, representantes e responsáveis técnicos em bases de dados públicas. Isso ajuda a identificar "laranjas" que sejam beneficiários de programas sociais do governo federal; penalidades e condenações de sócios ou empresas nos cadastros de empresas inidôneas, Tribunais de Contas ou Justiças Estadual e Federal; participação de sócios em outras empresas; incompatibilidade no faturamento de empresas registradas como ME ou EPP; relacionamentos entre licitantes; vínculos com servidores públicos da entidade contratante; e inidoneidade das garantias apresentadas, em consulta ao Susep ou ao site da Secretaria do Tesouro Nacional sobre fraudes com títulos da dívida pública. Consultas a bases públicas para confirmação das informações prestadas, como CNPJ, ramo de atividade, registro em conselhos profissionais e autenticação de documentos e registros de cartórios também trazem informações importantes.

4.3 LISTAS DE VERIFICAÇÃO (*CHECKLISTS*)

O uso de listas de verificação com critérios de avaliação pré-estabelecidos também é uma estratégia importante para agentes do controle social. O material desenvolvido no âmbito do projeto Obra Transparente, com base nas *checklists* de Santos e Souza (2016), fornecem uma sistematização essencial para apoiar a **fiscalização de licitações** de maneira geral e, mais especificamente, para o **controle social de obras públicas**.

É importante ressaltar que as listas de verificação não esgotam as possibilidades de fraudes, somente apontam casos com maior probabilidade de ocorrência para orientar o exame dos documentos. Entretanto, outras situações irregulares podem ser identificadas ao se adotar uma abordagem similar àquela tratada nos procedimentos do *checklist*.

4.4 INSPEÇÃO FÍSICA

A inspeção física é a constatação *in loco* da existência física de um objeto, bem como de suas características. No caso das fraudes em contratações públicas, pode ser aplicada para a verificação da existência real de empresas que participaram do processo licitatório e receberam recursos públicos, para constatar se de fato existem no endereço registrado. Nesse sentido, os agentes do controle social podem fazer verificações em endereços de empresas registradas em sua localidade.

A outra situação mais relevante diz respeito às condições da execução contratual, como na entrega de bens ou na prestação dos serviços contratados: por exemplo, na própria construção de obras, que é o objeto deste curso. Essa inspeção física se presta não apenas a confirmar se a estrutura existe e está onde deveria, mas pode também verificar atributos de objetos, como o estado de conservação e os tipos de materiais utilizados em uma obra.

A comprovação é essencialmente visual, sendo recomendável sua documentação por meio de fotografias, vídeos e relatório descritivo. É recomendável notificar um representante do ente público para que ele possa acompanhar a inspeção física, de forma a evitar alegações de equívocos na avaliação.

4.5 ENTREVISTAS

Entrevistas e conversas informais com participantes de licitações, fiscais de contratos ou funcionários de empresas podem fornecer informações relevantes para o controle social. Embora não constituam evidência sólida por si só, esse tipo de informação pode suscitar indícios a serem verificados por meio de procedimentos complementares.

No projeto Obra Transparente, voluntários dos observatórios participantes aplicaram essa técnica e obtiveram resultados importantes para a orientação das investigações. O contato direto com licitantes da região trouxe informações sobre a dinâmica do mercado local e um histórico de aparente favorecimento a empresas em licitações. Em casos como esse, a verificação mais aprofundada dos procedimentos licitatórios correspondentes pode contribuir para validar ou não as informações obtidas.

No monitoramento de obras públicas, também houve casos em que conversas informais com moradores e com fiscais de obras revelaram dados importantes sobre a situação da obra e da atuação da empresa contratada para a execução dos serviços.

5 COMO O CONTROLE SOCIAL REPORTA OS CASOS DETECTADOS

A investigação a fundo das potenciais fraudes não está no escopo do controle social, mas este tem papel essencial no encaminhamento dos casos aos órgãos competentes. Para acionar os órgãos de controle é necessário contar com elementos concretos suficientes que possam servir de ponto de partida para uma eventual investigação.

Reunir e organizar indícios e evidências que apontem para irregularidades, de modo a substanciar uma denúncia, é a tarefa primordial. Ausentes esses elementos, há pouca chance de que as instâncias de controle competentes deem seguimento ao caso. Assim, é fundamental que todos os procedimentos de verificação de riscos, bem como os seus resultados, sejam cuidadosamente documentados.

É importante ressaltar que tanto o indício quanto a evidência dão conta da discrepância entre uma situação concreta e um critério legal ou regulatório, mas que o indício constitui uma situação que ainda não foi devidamente investigada ou suficientemente documentada. Um indício isolado não tem força suficiente para caracterizar uma fraude. No entanto, conjuntos robustos de indícios que permitam a formação de juízo de uma operação analisada têm sido admitidos nas esferas administrativa e judiciária como prova indireta.

Fraudes em licitações podem ser demonstradas tanto por provas diretas, como documentos que comprovem a sua existência material, quanto por provas indiretas, que resultam da interpretação ativa – inferências lógicas, análises econômicas e deduções – acerca de situações que, analisadas em conjunto, sejam capazes de comprovar o ato fraudulento, posto não haver outra explicação plausível para o caso. Nos crimes de licitação, na modalidade de fraude ou de frustração ao caráter competitivo, a prova indiciária é sumamente relevante e suficiente para fundamentar a responsabilização dos agentes.

As provas indiretas podem estar associadas a indícios econômicos, tais como a escassez de licitantes no certame, disputas limitadas ou pequenos descontos em relação ao valor de referência. Também são provas indiretas relevantes os indícios de comunicação entre licitantes, os quais indicam a atuação combinada dos concorrentes e podem servir como a principal comprovação para a existência de conluio em uma licitação.

6 PROJETO OBRA TRANSPARENTE: CASO DE CONTROLE SOCIAL EM OBRAS DE EDUCAÇÃO

O projeto Obra Transparente foi uma iniciativa da Transparência Brasil em parceria com o Observatório Social do Brasil (OSB) e 21 observatórios sociais locais, com financiamento do Fundo de Democracia das Nações Unidas. Trata-se de um projeto voltado ao controle social de obras de infraestrutura escolar, principalmente do programa ProInfância, via capacitação e empoderamento dos observatórios sociais locais e realização de atividades de monitoramento conjunto da licitação, da contratação e da execução das obras. Ao todo, foram acompanhadas 135 obras entre 2017 e 2019.

Como exemplo prático do controle social das obras públicas, apresentamos o caso de impacto mais notório e imediato do projeto, que ocorreu em Araucária (PR). Em 2017, o município abriu processo licitatório de contratação de empresas para a construção de três creches públicas. Enviamos especialistas do OS de Araucária aos locais de construção para verificar se os projetos eram consistentes com as condições do terreno. Eles determinaram que as estruturas de contenção incluídas no projeto original eram desnecessárias, podendo ser substituídas por soluções de baixo custo com ajustes no projeto. Ao todo, as estruturas custavam R$ 1.577.338,57, de acordo com o projeto original.

A análise foi enviada à prefeitura, junto a sugestões para a mudança nos projetos. Foram, contudo, rejeitadas, e o processo licitatório seguiu com o projeto original. Em seguida, os achados dos especialistas foram enviados ao TCU, que recomendou que a licitação fosse refeita com alterações nos projetos de construção iniciais, dessa vez substituindo a estrutura original pela opção de melhor custo-benefício.

Na nova licitação, os custos das novas estruturas foram estimados em R$ 416.883,17, o que significou uma redução de 74% em relação ao preço anterior. Para ilustrar o impacto que isso teve no orçamento municipal, o total economizado nessas três construções representava cerca de 3% de todos os investimentos de Araucária no ano fiscal de 2018. Em suma, para um único município, o projeto resultou em uma economia maior do que seu custo total de financiamento para a UNDEF (US$ 220.000,00).

Outros casos de impactos positivos do projeto podem ser encontrados no relatório "**Resultados Positivos para Avaliação Qualitativa**", de 2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n° 14.133, de 1° de abril de 2021. Brasília: Congresso Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Brasília: Congresso Nacional, 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13033.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>.

BRASIL. Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>.

BRASIL. Lei n° 10.520, de 17 de julho de 2002. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>.

BRASIL. Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Brasília: Congresso Nacional, 2000. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>.

BRASIL. Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>.

IIA BRASIL. Declaração de Posicionamento do IIA: As três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles. Janeiro, 2013. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41842/12/As_tres_linhas_de_defesa_Declaracao_de_Posicionamento.pdf>.

L'ASTORINA, Humberto Carlos; BORENSTEIN, Denis. Planejamento Anticorrupção em Obras Públicas e a Teoria do Triângulo das Fraudes. <http://www.ibraop.org.br/acervo/XIV_sinaop/docs/HumbertoLastorina.pdf>.

O GLOBO. Editorial: Pouca transparência em obras públicas é convite à corrupção e ao desperdício. 18 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/editorial/coluna/2023/02/pouca-transparencia-em-obras-publicas-e-convite-a-corrupcao-e-ao-desperdicio.ghtml>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas, 2009.

SANTOS, Franklin Brasil. Preço de referência em compras públicas (ênfase em medicamentos). Cuiabá: Publicontas, 2016.

SANTOS, Franklin Brasil e SOUZA, Kleberson Roberto de. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SOUZA, Kleberson Roberto de. Detecção de fraudes em licitações. Cuiabá: Publicontas, 2017.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Manual de Controle Social de Obras Públicas. 2019a. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Controle%20Social%20de%20Obras%20Publicas.pdf>.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Métodos de Detecção de Fraude e Corrupção em Contratações Públicas. 2019b. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Metodos%20Detec%C3%A7%C3%A3o%20de%20Fraude.pdf>.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Material de Referência: estudo sobre licitações. 2019c. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Estudo%20Para%20Licitacoes%20-%20ONLINE.pdf>.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Material de Referência: estudo sobre contratos. 2019d. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Estudo%20Para%20Contratos%20-%20ONLINE.pdf>.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Resultados Positivos para Avaliação Qualitativa. 2019e. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/Resultados%20positivos%20PT.pdf>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e contratos: Orientações e jurisprudência do TCU. 4ª ed. Brasília, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Roteiro de auditoria de obras públicas. Brasília, 2012.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Obras públicas: Recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. 4ª ed. Brasília, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 48/2014. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 22/01/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1300609/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Direito Econômico. Portaria SDE nº 51, 3 de julho de 2009. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria%20SDE%20n%C2%BA%2051.pdf>.

VIII *ACCOUNTABILITY* NO SETOR DE INFRAESTRUTURA

Raquel Pimenta[1]

O material abaixo foi preparado para o curso Controle e Promoção da Integridade no Setor de Infraestrutura. Abordamos, primeiramente, alguns dados sobre a relação entre infraestrutura e corrupção, depois focamos no contexto latino-americano e brasileiro. Em seguida, tratamos de alguns dos sistemas de responsabilização por ilícitos, em especial a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), seu desenho institucional e algumas de suas principais previsões. Por fim, discutimos políticas de integridade para além da responsabilidade legal.

1 INFRAESTRUTURA E CORRUPÇÃO

1.1 DADOS GERAIS

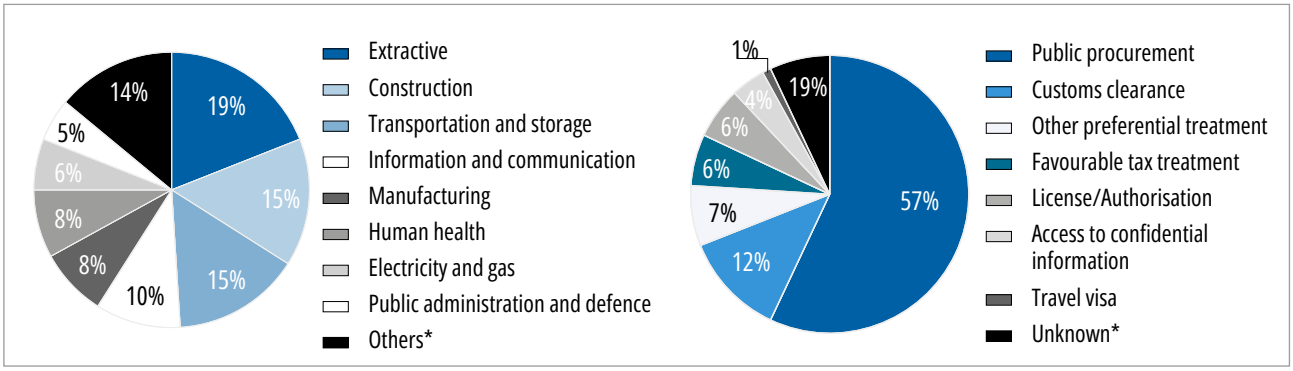
Os setores de infraestrutura são chave para o desenvolvimento econômico e social dos países. Estima-se que mais de 97,5 trilhões de dólares em investimentos em infraestrutura são necessários para atingir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (OCP, 2023). Contudo, estudos e relatórios apontam que são setores especialmente vulneráveis à corrupção, em suas mais diversas manifestações,[2] diante do volume de recursos empenhados e da necessidade de desenvolvimento de capacidades técnicas e políticas à consecução de boas políticas de infraestrutura.

Trata-se de um problema global. Em um estudo com 300 empresários consultados em 30 países, 27% dos entrevistados disseram que acreditam já ter perdido contratos públicos porque seus concorrentes pagaram subornos a agentes públicos (Rose-Ackerman e Palifka, 2015, p. 93). De acordo com o Relatório "Integrity Framework for Public Infrastructure", elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2016), conforme tabela abaixo, em 2016, quase 60% dos casos de suborno estrangeiro relatados concentraram-se em quatro setores relacionados à infraestrutura: atividades extrativistas (19%), construções (15%), transporte e armazenamento (15%), e informação e comunicação (10%). Os subornos ocorrem, de forma prevalente, em contratações públicas (57%), seguidas do desembaraço aduaneiro (12%) e de outras formas de tratamento preferencial (7%).

1 Professora em tempo integral da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e cocoordenadora do Núcleo de Direito e Economia Política (NUDEP) na mesma instituição.

2 Usamos o termo "corrupção" aqui de forma ampla como abuso do poder investido para fins privados, o que incluí fenômenos como suborno, conflitos de interesse, extorsão e outras fraudes.

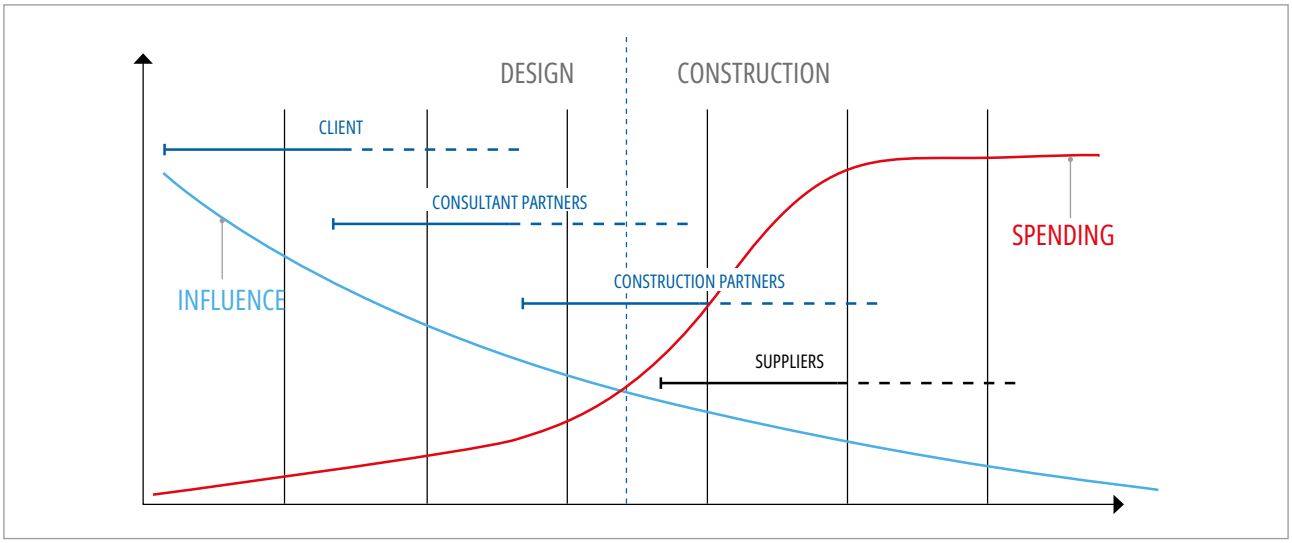
Figura 1: Setores afetados e áreas de suborno estrangeiro



Fonte: OCDE, 2016.

É possível imaginar que cada setor terá suas especificidades. Em geral, no ciclo de contratação de um projeto de infraestrutura, há riscos de corrupção que se manifestam em momentos diferentes, desde sua elaboração até sua construção, envolvendo os mais diferentes tipos de atores, como empresas, servidores públicos, políticos eleitos, consultores ou outros intermediários. A complexidade dos projetos, o volume de recursos despendidos e a existência de múltiplos atores tornam o monitoramento complexo. Como ilustra o gráfico abaixo, durante a elaboração do projeto, os riscos de corrupção se concentram na influência que certos atores podem exercer sobre os contornos do projeto, tanto na especificação e na seleção de agentes quanto no desenho do projeto propriamente dito. Durante a execução, os riscos de corrupção se concentram no dispêndio de recursos e na gestão contratual. Vale lembrar que projetos de infraestrutura envolvem, muitas vezes, fontes de financiamento múltiplas, por vezes internacionais, o que também influencia a capacidade das autoridades de monitorar e gerir esses contratos. Alguns desses contratos são recorrentes e de fácil monitoramento. Por exemplo, a pavimentação ou duplicação de rodovias pode ter detalhes específicos de um projeto, mas, em geral, são obras comuns que podem ser comparadas com outras para analisar eventuais pontos de atenção. Porém, há outros contratos mais específicos e de difícil benchmarking para a identificação de discrepâncias.

Figura 2: Evolução dos riscos de corrupção em projetos de infraestrutura



Fonte: G20/OECD, 2019, p. 2.

Santos e De Souza (2020, p. 57), com base em estudo da OCDE, detalham os principais riscos de integridade nas contratações públicas, figura comum no setor de infraestrutura. Eles examinam os riscos encontrados desde a identificação da necessidade de certa contratação, passando pela robustez do planejamento e do projeto, bem como pela devida escolha do procedimento, até as propostas e sua avaliação, como demonstrado na figura abaixo.

Figura 3: Principais riscos de integridade em contratações públicas

Necessidade e mercado	• Avaliação precária das necessidades • Influência externa nas decisões • Acordo informal para direcionamento
Planejamento e orçamento	• Planejamento deficiente da demanda • Compras desalinhadas da estratégia • Orçamento descolado da realidade
Especificação e requisito	• Especificações direcionadas • Critérios de seleção restritivos • Exigência de amostras desnecessárias • Informações privilegiada
Escolha do procedimento	• Compra direta injustificada • Abuso de exceções legais • Fracionamento, emergência, aditivos
FASE INTERNA	
Pedido de proposta	• Ausência de publicidade • Critérios de seleção ocultos • Acesso dificultando a informação
Apresentação de propostas	• Falta de concorrência • Conluio • Cartel
Avaliações de propostas	• Conflito de interesses • Avalição enviesada • Favorecimento a parceiros • Pedido ou oferta de propina
Adjudicação	• Propostas superfaturadas • Conflito de interesses, corrupção • Falta de transparência
FASE EXTERNA	

Fonte: Santos e De Souza, 2020, p. 57.

Em qualquer uma dessas etapas, a presença da corrupção subverte o interesse público. Abandona-se a seleção dos melhores concorrentes ao projeto ou inflaciona-se os valores de sua execução, manipulando o tempo, o escopo e o volume de recursos gastos. Por essa razão, identificar e prevenir casos de corrupção em infraestrutura não se resume a fortalecer o aparato sancionador, mas também as capacidades técnicas de identificação de demandas e desenvolvimento de projetos por parte do Estado, bem como o trabalho de autoridades que tenham diálogo com os diversos *stakeholders* dos setores.

1.2 INFRAESTRUTURA E INTEGRIDADE NO BRASIL

No Brasil, assim como em outros países, a relação entre infraestrutura e casos de corrupção é antiga e conhecida. Imaginemos um megaprojeto de infraestrutura que trouxe bilhões de prejuízo, cedido pelo Governo Federal a uma construtora sem transparência e à revelia do processo licitatório. Poderia parecer notícia recente, porém esse escândalo foi manchete da revista alemã Der Spiegel em 1978, período da ditadura militar brasileira, sobre a construção de usinas nucleares no país

(Campos, 2013). Casos recentes, no entanto, nos permitem identificar algumas particularidades do contexto brasileiro.

Abordaremos duas delas: a importância das empresas estatais e, no ciclo das contratações públicas, os riscos de corrupção nas renegociações contratuais. De acordo com o Ministério Público Federal (MPF), a operação Lava Jato, iniciada em 2014 e encerrada em 2021envolveu grandes empresas brasileiras, em especial empreiteiras, que combinavam preços e condições de contratos públicos entre si e pagavam a agentes públicos cerca de 1% a 5% do valor dos contratos firmados. Esses recursos eram utilizados para subornos e financiamentos ilegais de campanhas (Jones e Pereira Neto, 2021). Parte dos problemas identificados na Operação Lava Jato derivava do desenho específico das aquisições feitas por empresas estatais. Esses entes são excepcionados do regime geral de contratações públicas e, antes da Lei das Estatais de 2016, nenhuma lei específica estipulava regras detalhadas a elas, com base no fato de que as estatais precisavam de maior flexibilidade nos mercados competitivos em que operavam. Seus processos simplificados e sua estrutura de governança conferiam amplo poder discricionário a agentes que permitiam, por vezes, a manipulação dos contratos (Jones e Pereira Neto, 2021). As empresas estatais e seus sistemas de compras, são, portanto, cruciais para entender as particularidades da relação entre infraestrutura e integridade no Brasil. Em outras palavras, não há indicações que a presença de estatais seja inerentemente mais suscetível a corrupção, mas há apontamentos importantes sobre o desenho legal de suas operações, que merecem atenção.

Outros estudos sobre a Lava Jato buscam identificar, precisamente, as fragilidades das contrações de grandes obras de infraestrutura. Campos et al (2019) apresentam um estudo bastante contraintuitivo do caso Odebrecht na América Latina. Apesar da enorme importância do caso e dos valores envolvidos, os autores concluem que os leilões de grandes projetos de infraestrutura foram bastante competitivos na fase de licitação. As margens e os lucros da empresa foram razoavelmente pequenos em relação ao tamanho dos projetos. As propinas declaradamente pagas pela Odebrecht não representavam um alto percentual do investimento total. Para os autores, o volume reduzido dos lucros sugere que a Odebrecht sofria pressões competitivas. Propinas de baixo valor (proporcional ao contrato) sugerem que os agentes públicos tinham um teto baixo na venda de acesso ao projeto. A dinâmica mais problemática, identificam os autores, surgia na renegociação dos contratos e na inclusão de aditivos. Nesses casos, o custo de um determinado contrato no qual se constatou indícios de suborno após a renegociação crescia até 71,3%, enquanto em um contrato sem indícios de subornos a renegociação se manteve em média 6,5%. Esses achados indicam que os problemas de monitoramento dos contratos podem estar muito mais presentes após o encerramento da licitação e da celebração do contrato.

Em outro trabalho, os autores oferecem uma ilustração do impacto das renegociações. De acordo com autoridades da República Dominicana, a Odebrecht atuou por meio de Ángel Rondón, empresário bem relacionado, para subornar dois sucessivos diretores de águas, assim como o presidente do Senado, Porfirio Bautista, na construção do aqueoduto Línea Noroeste(Campos et al, 2021). Eles detinham o poder de aprovar o orçamento para as obras adicionais. O contrato foi renegociado quatro vezes e seu custo aumentou de US$ 161 milhões para US$ 250 milhões. A Odebrecht pagou, em propinas, US$ 1,6 milhão para garantir essas renegociações e, com isso, acrescentou ao contrato US$ 89 milhões (Campos et al, 2021). Isto é, com um valor razoavelmente baixo de suborno, conseguiu agregar muito mais recursos ao projeto. Muitas vezes, os aditivos são necessários diante de eventos imprevistos, novas condições de mercado ou, até mesmo pelo desenho da licitação e do contrato original, fatores que não estão relacionados com corrupção. Ainda assim, os estudos ilustram a importância de olhar para a gestão contratual com atenção para os riscos de corrupção.

2 RESPONSABILIZAÇÃO E CONTROLE[3]

2.1 2.1 O DESENHO INSTITUCIONAL BRASILEIRO: REDE DE *ACCOUNTABILITY* E MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL

Muito se transformou no país desde os escândalos de corrupção das usinas nucleares. Desde a redemocratização, o Brasil construiu paulatinamente um sistema complexo de controles internos e externos à administração pública, formado pela criação, renovação e pelo fortalecimento de instituições de controle existentes. A construção de instituições de controle foi acompanhada por um adensamento legislativo expressivo. Tais instrumentos sustentam a atuação de controladores, com regras de licitação e compras públicas, criminalização de certas condutas, aumento da transparência e do acesso à informação na administração pública, e punições administrativas, dentre outras. Além de instituições fortalecidas e uma caixa de ferramentas jurídicas, nas últimas décadas houve a expansão e o aperfeiçoamento do perfil dos controladores, além de investimentos diversos em suas infraestruturas.

A esse conjunto de instituições foram atribuídas as funções de monitorar, investigar e punir atos de corrupção. Formou-se o que um conjunto de autores denomina uma rede de *accountability* destinada a promover a prestação de contas de entes públicos e privados, com a função de monitorar, investigar e punir agentes públicos e privados envolvidos em atos de corrupção (Power e Taylor, 2011). Tais funções, descritas no quadro abaixo, não apenas se sucedem, mas também estão interligadas. Ou seja, a capacidade de punir atos de corrupção está diretamente ligada à capacidade de detectá-los, por meio de monitoramento e investigação. O contrário também é verdade. Sem sanções adequadas e razoáveis, as funções anteriores se enfraquecem, porque não geram os resultados esperados.

Figura 4: Funções da rede de *accountability*

FUNÇÃO	DESCRIÇÃO
Monitoramento	Análise de riscos (setores ou pessoas expostas a possíveis atos de corrupção) e coleta de dados. Inclui a detecção de atos atípicos ou suspeitos (sem alvo específico).
Investigação	Geralmente *ex-post,* para descobrir a profundidade e a extensão de ilegalidades levantadas anteriormente, busca imputar responsabilidade específica a pessoas físicas e jurídicas.
Sanção	Imposição de algum tipo de punição a partir da reunião de informações consideradas adequadas e suficientes.

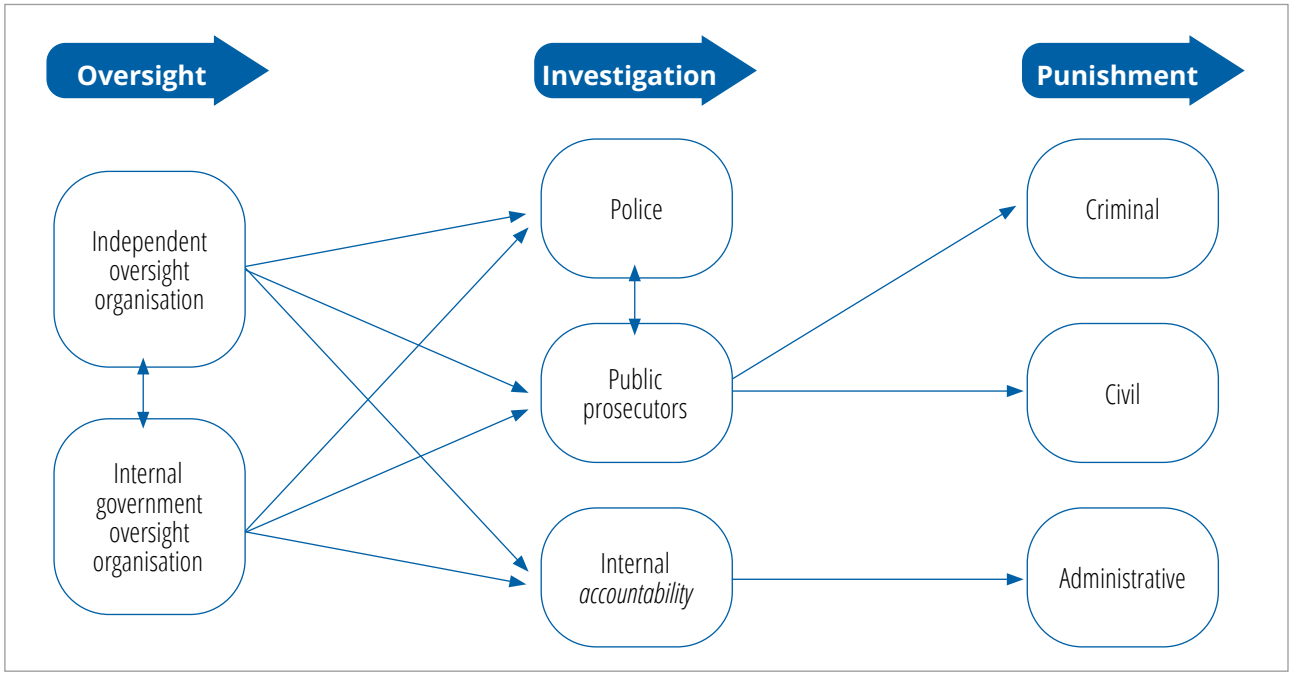
Fonte: Pimenta (2020), com base em Machado e Paschoal (2016).

A lógica de monitoramento, investigação e sanção pode ser aplicada para sistemas de responsabilização administrativa, civil ou penal, por vezes sobrepostos. Mais de uma instituição pode exercer a mesma função ou concentrar ao menos duas delas. Multiplicidade institucional se refere à coexistência de sistemas de regras independentes entre si, mas que interagem e influenciam um ao outro, e como essas sobreposições afetam o comportamento tanto daqueles que são submetidos ao controle quanto das instituições controladoras. A título ilustrativo, na esfera federal, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União atuam de forma independente no monitoramento

3 Esta sessão corresponde, com adaptações, a trechos retirados de Pimenta (2020).

do uso de recursos da União, com base em regras e competências distintas. A Polícia Federal e o Ministério Público Federal também possuem a função de investigação de atos de corrupção no âmbito penal, enquanto o MPF também guarda competência no âmbito civil, a qual, por sua vez, divide com a AGU, ao menos para atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa. A figura abaixo busca representar a multiplicidade institucional característica do sistema anticorrupção no Brasil:

Figura 5: Multiplicidade Institucional na Rede de *Accountability*



Fonte: Prado e Cornelius (2020) *apud* Prado e Carson (2015).

Muito se pergunta se o desenho institucional da política de controle da corrupção no Brasil é efetivo. A dispersão de formas de controle e de responsabilidade na rede e a existência da multiplicidade institucional, para alguns, gera disputa entre instituições, desperdício de recursos, punições duplicadas e demora na solução de problemas. Para outros, há evidência de que essa multiplicidade aperfeiçoou o desempenho das instituições individuais e do sistema como um todo, sobretudo nas funções de monitoramento e investigação, uma vez que as instituições podem desenvolver, entre elas, formas de interação complexa, uma substituindo a outra no caso de falhas, complementando trabalhos e aperfeiçoando o sistema em geral. Longe de esgotar o debate, esta seção apenas mostra que a análise das formas de responsabilização e controle deve prestar atenção não apenas em um instrumento isolado ou uma instituição única, mas entender como esse instrumento e essa instituição interagem mais amplamente na política brasileira anticorrupção. Nesse caso, olhar a floresta é tão importante quanto olhar as árvores individuais.

2.2 LEI ANTICORRUPÇÃO COMO EXEMPLO

A Lei Anticorrupção (LAC – Lei 12.846/2013) nos permite ilustrar a importância de entender o desenho institucional como um todo para compreender a eficácia das políticas anticorrupção, sobretudo aquelas incidentes no setor infraestrutura.

A lei prevê a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública. Trata-se de uma lei que cria um microssistema de responsabilização da pessoa jurídica, com autoridades, ilícitos e sanções próprios. No entanto, já existiam outras formas de investigar

e sancionar empresas – ainda que imperfeitas –, como a Lei de Improbidade Administrativa (a antiga Lei 8.429/1992, reformada pela Lei 14.230/2021), a Lei Antitruste (Lei 12.529/2011) e a Lei de Licitações (antiga Lei 8.666/1993, substituída pela Lei 14.133/2021) nas esferas civil e administrativa.

Os atos que a LAC abarca são amplos e inovam em pontos importantes – como a responsabilidade independente de culpa das pessoas jurídicas –, e possuem sobreposição a outras previsões existentes no ordenamento. Eles incluem cinco tipos de conduta, que variam desde atos de corrupção, passando por ocultação de bens ou dissimulação de interesses, até fraudes à licitação pública ou de contrato administrativo, incluindo modificações posteriores e, por fim, atos que dificultam as atividades de investigação ou fiscalização por parte dos órgãos competentes.

Diversas dessas condutas também são tipificadas e punidas em outros instrumentos, gerando a sobreposição entre regras distintas por ordenamento. Por exemplo, "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público" ecoa a previsão da atual Lei Antitruste, que prevê como infração "acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública" (art. 36, § 3º, I). Ecoa, também, a Lei de Licitações, que prevê a aplicação de multa e proibição de contratar àquele que "tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação" (art. 155 da nova lei), ou, ainda, a previsão da Lei de Improbidade Administrativa relativa a "frustrar a licitude de processo licitatório (..)" (art. 10, VIII). Todas essas previsões também se combinam com a previsão da Lei Orgânica do TCU: "à ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador" (art. 46).

A maior inovação da LAC, como adiantado, foi atribuir responsabilidade objetiva a pessoas jurídicas pelos atos tipificados, também de forma independente da responsabilização das pessoas físicas. A reunião entre responsabilização de pessoas físicas (agentes públicos) e pessoas jurídicas era uma fragilidade dos demais subsistemas de responsabilização, em especial da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).[4]

A LAC estipula sanções aplicáveis nos âmbitos administrativo e judicial. No âmbito administrativo, ela prevê a imposição de multa cujo valor será calculado em percentual entre 0,1% e 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica, o qual não pode ser inferior à vantagem aferida, quando for possível estimá-la. Além de multa, a lei prevê um conjunto de penalidades, a saber: o perdimento de bens, direitos e valores que representem vantagem obtida direta ou indiretamente por meio das infrações; a suspensão ou a interdição parcial das atividades; a proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos de órgãos, entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um ano e máximo de cinco anos; e, até mesmo, a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

A existência da multiplicidade institucional torna-se especialmente sensível, na aplicação da LAC, pela possibilidade de celebração de acordos de leniência, isto é, acordos entre autoridades encarregadas e empresas para a diminuição das sanções aplicadas em troca de cooperação, cumpridas algumas condições. De acordo com o art. 16, a autoridade pode celebrar acordo de leniência se a empresa ou o grupo de empresas colaborarem efetivamente com as investigações, identificando outros envolvidos na infração e permitindo a obtenção de informação e documentos comprobatórios do ilícito sob investigação. O acordo traz três tipos de benefícios às pessoas jurídicas: reduz a multa administrativa em até dois terços, isenta a publicação

4 A LIA direciona-se a agentes públicos que cometerem atos de improbidade administrativa contra a administração pública, responsabilizando-os administrativa e judicialmente.

extraordinária de decisão condenatória e isenta a empresa da proibição de contratar com o poder público e suas instituições financeiras. Subsistem algumas obrigações, como a reparação integral do dano. Há possibilidade de isenção ou atenuação de algumas das sanções previstas na lei de licitações, mas, de resto, não há coordenação legal explícita entre a LAC e os demais subsistemas de responsabilização da pessoa jurídica. Essa coexistência simultânea de leis e penalidades aplicáveis gerou tensão entre sistemas e autoridades. Em alguns momentos, os acordos celebrados por algumas autoridades públicas não foram reconhecidos por outras, gerando desincentivos para aqueles que queriam colaborar com o poder público (Pimenta, 2020).

Diversas iniciativas de coordenação foram tentadas diante desse cenário, desde iniciativas de autocomposição entre as autoridades envolvidas até acordos espelhados em casos específicos. Em 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou um Acordo de Cooperação Técnica com uma parte dos órgãos de controle envolvidos na aplicação da Lei Anticorrupção e dos demais subsistemas de responsabilização de pessoas jurídicas para, dentre outros assuntos, aperfeiçoar os mecanismos de coordenação entre eles. Sua eficácia e seus limites seguem em debate. Tão importante quanto o desfecho particular desses acordos ou das sucessivas tentativas de coordenação em acordos de leniência, o caso dos acordos de leniência da Lei Anticorrupção ilustra a complexidade do exercício da responsabilização e do controle com o desenho institucional de controle da corrupção prevalente no Brasil.

CONCLUSÃO

Esta apostila ilustra, na primeira parte, alguns dos riscos específicos de corrupção no setor de infraestrutura. Na segunda, apresenta o intricado desenho institucional de responsabilização e controle adotado na política brasileira anticorrupção, dando como exemplo de funcionamento a Lei Anticorrupção e os acordos de leniência celebrados em seu âmbito. Juntas, elas apresentam a complexidade que é o exercício da *accountability* no setor: é preciso ter expertise e capacidade técnica para identificar riscos, por um lado, e, por outro, capacidade política, entendida como procedimentalização, interlocução e articulação entre as esferas públicas para responsabilizar quando atos de corrupção forem identificados.

Por fim, vale pontuar, há diversas iniciativas que vão além da *accountability* legal. São iniciativas como ações coletivas de setores específicos, ou casos em que ONGs buscam dar mais transparência às contratações públicas, apostando que, de forma complementar ao arcabouço sancionatório, o controle da corrupção também deve ser compartilhado com o mercado e com a sociedade civil, por meio da participação e da publicidade. Essas iniciativas não param de se multiplicar e compõem a *accountability* do setor de infraestrutura cada vez mais.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, N.; ENGEL, E.; FISCHER, R.; GALETOVIC, A. The Ways of Corruption in Infrastructure: Lessons from the Odebrecht Case. Journal of Economic Perspectives, vol. 35, n. 2, 2021.

CAMPOS, N.; ENGEL, E.; FISCHER, R.; GALETOVIC, A. Renegotiations and Corruption in Infrastructure: The Odebrecht Case, Marco Fanno Working Papers, n. 230., 2019.

CAMPOS, P.H.P. Estranhas Catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988, 1ª Edição, Editora FAPERJ, 2013.

CARSON, L. D.; PRADO, M. M. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. The Quarterly Review of Economics and Finance, v. 62, 2016.

G20/OECD, Compendium of Good Practices for Promoting Integrity and Transparency in Infrastructure Development, 2019, disponível em: <https://www.oecd.org/g20/summits/osaka/G20-Compendium-of-Good-Practices-in-Infrastructure-Development.pdf>.

JONES, A.; PEREIRA NETO, C.M.S. Combatting Corruption and collusion in public procurement: Lessons From Operation Car Wash, University of Toronto Law Journal, v. 71, suplemento 1, 2021.

MACHADO, M. R.; PASCHOAL, B. Monitorar, Investigar, Responsabilizar e Sancionar. Novos Estudos CEBRAP, vol. 35, n. 1, 2016.

OPEN CONTRACTING PARTNERSHIP, disponível em: <https://www.open-contracting.org/about/infrastructure/>.

OECD, Integrity Framework for Public Infrastructure, 2016, disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/ethics/integrity-framework-for-public-infrastructure-brochure.pdf>.

PIMENTA, R. M. A. Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção, 1ª ed., Editora Blucher, 2020.

POWER, T. J.; TAYLOR, M. M. (eds.). Corruption and Democracy in Brazil: The struggle for Accountability. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2011.

PRADO, M. M.; CORNELIUS, E. Institutional Multiplicity and the Fight Against Corruption: A Research Agenda for the Brazilian Accountability Network, Revista Direito GV, v.16, n.3, 2020.

ROSE-ACKERMAN, S.; PALIFKA, B. J. Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform, 2ª edição, Cambridge University Press, 2016.

SANTOS, F. B.; DE SOUZA K. R., Como Combater a Corrupção em Licitações: Detecção e Prevenção de Fraudes, 3ª Edição ampliada e atualizada, Ed. Forum, 2020.

IX TRANSPARÊNCIA EM GRANDES OBRAS

Amanda Faria Lima[1] **e Renato Morgado**[2]

APRESENTAÇÃO

O desenvolvimento de obras de infraestrutura é caracterizado por grandes financiamentos, a tomada de decisão concentrada em determinados atores e instituições e, em muitos casos, baixa supervisão do público e de agências externas. Essas características podem levar a situações em que o interesse de poucos se sobrepõe às preocupações ambientais e sociais e à viabilidade econômica dos próprios empreendimentos, criando condições para práticas corruptas (Dillon et al, 2006).

Além de poder implicar em preparação e seleção inadequada de projetos, a corrupção no setor da infraestrutura também pode ter como consequência uma má previsão de preços, competitividade limitada e licitações mal desenhadas que levam a prazos e custos excessivos, manutenção inadequada e resultados de baixa qualidade (Banco Mundial, 2020).

É diante desse contexto, que a promoção da transparência e o acesso a informações públicas referentes às diversas fases de grandes obras apresenta-se como um dos caminhos para a promoção da integridade no setor, permitindo que a sociedade e os órgãos de controle exerçam suas respectivas fiscalizações e as decisões públicas possam ser tomadas com base em dados e evidências.

Dada a sua relevância para o setor, neste breve material de aprofundamento iremos discutir sobre os problemas de acesso a informações públicas relacionadas a grandes obras e apresentar propostas de aprimoramento da transparência no setor.

1 TRANSPARÊNCIA E ACESSO À INFORMAÇÃO

O direito de acesso à informação pública está associado ao princípio da publicidade dos atos da administração pública, que encontra seu fundamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual estabelece, em seu artigo 19, que todo ser humano tem direito a procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem interferência.[3]

Transparência, como princípio, diz respeito à disponibilização de informações, regras, planos, processos e ações por governos, empresas, organizações e indivíduos (Transparency International, 2021, tradução nossa). É a materialização do direito ao acesso à informação e associa-se à promoção da participação social e à prestação de contas, sendo um princípio essencial para a democracia e a garantia de direitos, além de ser apontada como um dos meios mais eficazes para prevenir e combater a corrupção.

1 Analista de integridade e governança pública na Transparência Internacional – Brasil.

2 Gerente de programas na Transparência Internacional – Brasil.

3 Artigo 19: "todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

Aumentar a disponibilidade de informações públicas para a sociedade é um dos princípios fundamentais necessários para a abertura dos governos, conforme defendido pela *Open Government Partnership* (OGP), principal iniciativa internacional de promoção de governos abertos, da qual o Brasil foi co-fundador e atualmente é um dentre os 78 países-membros. A promoção da participação cidadã, a implementação de altos padrões de integridade na administração pública e o aumento do acesso e uso de novas tecnologias para a abertura de dados e a prestação de contas figuram como outros princípios para um governo aberto (Open Government Partnership, 2021, tradução nossa).

No Brasil, o direito ao acesso à informações públicas é previsto na Constituição brasileira, que descreve no art. 5°, inciso XXXIII, que todos cidadãos têm o direito de "receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".[4] A transparência, por sua vez, é regulamentada na Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei federal n° 12.527/2011), que regula o direito constitucional de todo cidadão e cidadã de ter acesso aos documentos públicos e, também é um princípio da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei complementar n°101/2000), que traz obrigações sobre a transparência de toda a gestão fiscal e orçamentária, sendo ambas as legislações mais amplas que tratam de transparência no Brasil. Ambas as legislações criam obrigações específicas para a divulgação de informação sobre a execução de contratos, parcerias e execução orçamentária de políticas e projetos, criando implicações para as grandes obras.

As legislações que tratam sobre os processos e modalidades de contratação no setor público, como as leis de Licitação (Lei n° 8.666/1993 e a Lei n° 14.133/2021), a lei de Concessões (Lei n°8.987/1995) e a lei de Parcerias Público-Privadas – PPP (Lei n°11.079/2004) também trazem importantes recomendações e obrigações sobre a transparência nos processos de licitação e contratação de obras públicas. E, por fim, as legislações ambientais, como a Política Nacional do Meio Ambiente – (Lei nº 6.938/1981), a Lei de Transparência Ambiental (Lei n° 10.650/2003) e as resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), abordam a transparência de informações relacionadas ao licenciamento ambiental e aos estudos de impacto ambiental, mecanismos também presentes em obras de grande porte.

2 DIFICULDADES DE ACESSO A INFORMAÇÕES DE GRANDES OBRAS

Mesmo diante de uma relevante construção legal que promove a transparência de aspectos importantes de grandes obras, há ainda muitas dificuldades de acessar essas informações, especialmente nas diferentes fases de planejamento e execução do projeto. A complexidade relacionada à realização de obras de infraestrutura acaba sendo um inibidor de uma cultura de transparência, ainda mais quando associadas ao controle insuficiente exercido pelos agentes públicos, sendo um fator que facilita a ocorrência de desvios e atos ilícitos (Rajão; Fernandes Júnior; Melo, 2021).

Em análise das principais etapas do ciclo de vida de projetos de infraestrutura terrestre de concessões federais na Amazônia Legal, pesquisadores da Climate Policy Initiative/Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (CPI/PUC-Rio) identificaram que cerca de 57% dos principais documentos e informações sobre estes empreendimentos não

4 Art. 5°, inciso XXXIII <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

estavam disponíveis ao público (Cozendey; Chiavari, 2021). A falta de transparência está principalmente associada à fase de análise de viabilidade do projeto, apontando a falta de acesso "aos atos de avaliação e de aprovação motivados para EVTEA, para estudos de engenharia (projetos básicos) e para minutas de editais e de contratos de concessão" (Cozendey; Chiavari, 2021, p. 2).

Problemas associados à reduzida transparência de projetos prioritários são apontados por Kreutz e Mastella (2016) ao realizarem uma análise do nível de transparência dos projetos contidos no PIL (Programa de Investimento em Logística). Os autores destacam deficiências e problemas relacionados a falta de um melhor detalhamento e planejamento em projetos de infraestrutura citados neste relatório, como atrasos no cronograma e aditivos financeiros, por exemplo (Kreutz; Mastella, 2016).

A não garantia de acesso a informações públicas também afeta as populações indígenas, como mostra a nota técnica elaborada pela Operação Amazônia Nativa – OPAN e a Transparência Internacional – Brasil (2021), em que descreve as dificuldades de acessar informações sobre o licenciamento ambiental com impacto em Territórios Indígenas (TI) no Estado de Mato Grosso. O estudo, que analisou mais de 50 pedidos de acesso à informação encaminhado ao estado de Mato Grosso, evidenciou o desrespeito ao prazo de atendimento de pedidos de acesso à informação, previsto na Lei de Acesso à Informação, em que um pedido está há mais de 1000 dias sem respostas, além da baixa qualidade de algumas das respostas apresentadas pelos órgãos estaduais (Operação Amazônia Nativa; Transparência Internacional – Brasil, 2021).

A ausência dessas informações impõe barreiras para a efetivação do direito à consulta e consentimento prévio, livre e informado, garantido aos povos indígenas pela Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (Operação Amazônia Nativa; Transparência Internacional – Brasil, 2021), ao impedir que essa população possa se informar previamente e com qualidade sobre empreendimentos que podem impactar seus territórios.

A ausência de informações públicas que possibilitam a compreensão completa sobre as dimensões de viabilidade dos projetos de infraestrutura atrapalha no processo de planejamento das obras e tem implicações também na sua execução, sendo um impeditivo para a participação da população no processo de tomada de decisão, a atuação de órgãos de controle e o monitoramento das obras, posteriormente.

3 DIRETRIZES PARA APRIMORAR A TRANSPARÊNCIA DE GRANDES OBRAS NO BRASIL

Diante da relevância do tema e da importância de elaborar um modelo amplo de promoção da transparência integral do processo de realização de uma obra, a TI Brasil elaborou dois materiais orientativos que buscam fortalecer a transparência da infraestrutura, direcionados a dois públicos diferentes: órgãos de controle interno e a sociedade civil. O Guia de Transparência Ativa: Obras de Infraestrutura[5], elaborado em parceria com o Conselho Nacional de Controle Interno – CONACI, fornece insumos para que os órgãos de controle interno possam atuar junto aos órgãos responsáveis pela gestão da infraestrutura na promoção da transparência do setor. O guia Infraestrutura

5 Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/guia-de-transparencia-ativa-obras-de-infraestrutura>.

aberta: um guia para sociedade civil[6], por sua vez, apresenta uma metodologia para que organizações da sociedade civil, jornalistas e ativistas possam avaliar os níveis de transparência durante todo o ciclo de vida da infraestrutura, buscando contribuir com o fortalecimento da transparência, a diminuição dos impactos socioambientais indesejados e o combate a corrupção em grandes obras públicas.

A partir da elaboração desses materiais, da análise de textos acadêmicos, da consulta à especialistas, pesquisadores, membros de organizações da sociedade civil e órgãos governamentais e de controle, da revisão de iniciativas nacionais[7] e internacionais[8] a TI Brasil apresenta um conjunto de propostas e recomendações para o aprimoramento da transparência de informações que contemplem todo o ciclo de vida de uma grande obra no Brasil, resumidas a seguir:

- **Disponibilização de informações e documentos que contemplam todo o processo de uma grande obra pública**, desde a formulação do planejamento inicial da política pública, passando por sua modelagem jurídica e financeira, acompanhando a execução da obra e finalizando na efetiva prestação dos serviços. Nesse processo, é essencial que eventuais informações relacionadas aos processos de licenciamento ambiental e das medidas de mitigação e compensação ambiental também estejam disponíveis;
- **Centralização das informações em um portal único**, a exemplo dos portais de dados abertos. Este portal deverá reunir informações e dados de diversas fontes governamentais, buscando garantir o acesso de forma integral a todas as fases da obra. Caso não seja possível essa disponibilização integrada, o portal deverá indicar de forma clara os caminhos para acessar as informações que não puderam ser disponibilizadas de forma centralizada e quais bases de dados estão relacionadas entre si. Recomenda-se, ainda, que seja indicado, junto com essas bases de dados, outros tipos de ferramentas disponíveis para acompanhamento das obras, como aplicativos, painéis de visualização de dados, entre outros;
- **Disponibilização das informações em formato aberto**, seguindo os princípios dos Dados Abertos[9], permitindo que diferentes tipos de usuários dos dados (órgãos de controle, jornalistas, pesquisadores, ativistas, cidadãos em geral) acompanhem o progresso da obra, além de permitir a realização de diferentes análises, aplicações e usos desses dados, que possam contribuir tanto para sua melhoria como para sua fiscalização e monitoramento;
- **Adoção de linguagem simples e compreensível** nas informações e dados disponibilizados, evitando o uso de termos técnicos, jargões, siglas e estrangeirismos, apresentando breves resumos explicativos sobre o que está sendo disponibilizado e utilizando formas gráficas e visuais para apresentação das informações;
- **Promoção do uso de meios socioculturais adequados** a populações locais, povos indígenas e comunidades tradicionais, respeitando suas demandas e especificidades culturais e linguísticas, na disponibilização das informações. Neste ponto podem ser consideradas a disponibilização de informativos que tragam as informações de forma resumida e simplificada, a realização de reuniões presenciais, utilização de documentos em formato físico ou de áudio e traduções;

6 Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/guia-infraestrutura-aberta?_gl=1*1d81w1e*_ga*MTU1MDM0ODMwOS4xNjc5OTIyNDg0*_ga_E136MXN2HN*MTcwMjkxMDcxMS41Ny4xLjE3MDI5MTA4MzEuNTkuMC4w>.

7 Para a elaboração dessas recomendações foram consultados: Manual de Controle Social de Obras Públicas da Transparência Brasil, Acompanhamento de projetos de infraestrutura energética na bacia do Juruena da OPAN e Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras de Edificações Públicas do Tribunal de Contas da União – TCU.

8 Para a elaboração dessas recomendações foram consultados: Infrastructure Transparency Index Manual da Infrastructure Transparency Initiative – CoST, Framework for disclosure in public-private partnerships do Banco Mundial, Sistema Anticorrupção de Projetos (PACS) – GIACC – Global Infrastructure Anti-Corruption e Compêndio do G20 – boas práticas para a promoção de integridade e transparência no desenvolvimento de infraestruturas.

9 Disponível em: <https://okfn.org/opendata/>.

A informação pública deve ser divulgada de forma oportuna, ou seja, em tempo ou período que seja útil para que as partes interessadas possam monitorar, controlar, participar e contribuir com seu processo, especialmente em momentos de tomada de decisão. Em complemento, faz-se necessário considerar a necessidade de disponibilização periódica das informações, mantendo-as atualizadas;

Aliada à divulgação proativa de informações, **o direito de solicitar e obter acesso às informações do poder público** também compõe importante face da transparência. Desse modo, faz-se necessário a existência de ferramentas digitais e espaços presenciais para a solicitação de informações públicas, bem como, o seu atendimento com qualidade e tempestividade, de acordo com os princípios, prazos e procedimentos definidos na Lei de Acesso à Informação (LAI).

REFERÊNCIAS

Banco Mundial. Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption. 2020. Disponível em <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/34533>. Acesso em 15 jan. 2021.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov. br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Brasil. Lei Federal n° 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasil: 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

Cozendey, G.; Chiavari, J. Viabilidade Ambiental de Infraestruturas de Transportes Terrestres na Amazônia. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2021. Disponível em: <https://www.climatepolicyinitiative.org/wp-content/uploads/2021/06/PB-Viabilidade-PT.pdf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

Dillon, J., et al. Corruption & the environment. In: **A project for Transparency International, Environmental Science and Policy Workshop, Columbia University, School of International & Public Affairs**. 2006.

Kreutz, R. R.; Mastella, M. **A pouca transparência dos projetos prioritários de infraestrutura.** XIII Congresso Virtual de Administração (CONVIBRA), São Paulo, 2016. Disponível em: <https://uergs.edu.br/upload/arquivos/201702/07150233-a-pouca-transparencia-dos-projetos-prioritarios-de-infraestrutura.pdf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

Open Government Partnership. Open Government Declarations, 2021. Declaração de Governo Aberto. Disponível em: <https://www.opengovpartnership.org/process/joining-ogp/open-government-declaration/>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

Operação Amazônia Nativa; Transparência Internacional – Brasil. Acesso a informações sobre o licenciamento ambiental no Estado de Mato Grosso. 2021. Disponível em: <https://amazonianativa.org.br/wp-content/uploads/2021/12/21-OPAN-rel-ACESSO-A-INFORMACOES-SOBRE-LICENCIAMENTO-AMBIENTAL-MT-final-em-alta-1.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2022.

Rajão, R.; Fernandes Júnior, J. L.; Melo, L. Grandes obras de infraestrutura e o risco de corrupção e inviabilidade econômica: uma análise exploratória. Tribunal de Contas da União, 2021. Disponível em: <http://www.lagesa.org/wp-content/uploads/documents/Rajao%20et%20al%2021_TCU_Viabilidade-em-foco.pdf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2022.

Transparency International. Transparency, 2021. Glossário de termos anticorrupção. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/corruptionary/transparency>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

X COMPLIANCE EMPRESARIAL E ACORDOS SETORIAIS DE INTEGRIDADE EM INFRAESTRUTURA

Juliana Almeida Prado[1]

INTRODUÇÃO

Sabemos que a solução para a corrupção não reside em um só país ou setor e nem que é de responsabilidade da administração pública apenas, mas que se trata de um problema global e sistêmico. Embora muitos *stakeholders* saibam que a solução está na união, nos esforços coletivos, falta conhecimento sobre a efetividade de estratégias para combatê-la e como implantar iniciativas de construção colaborativa.[2]

Avançar nessa agenda anticorrupção é, na verdade, contribuir para o atingimento de todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), o plano de ação global para alcançar a prosperidade e fortalecer a paz adotado durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável em setembro de 2015, composto por 17 objetivos e 169 metas a serem atingidos até 2030. A corrupção, portanto, precisa ser vista como um obstáculo para que todos estes objetivos sejam alcançados, já que a ética é um tema transversal e a corrupção relaciona-se intimamente com desafios como erradicação da pobreza, igualdade de gênero e as mudanças climáticas.

Quando refletimos sobre o papel do setor privado nessa Agenda, amadurecemos a ideia de que as empresas devem ter um papel de protagonismo no combate à corrupção e uma das formas mais eficazes de contribuírem de modo efetivo é através das chamadas "Ações Coletivas Anticorrupção". No Brasil, adquirimos boa experiência nos últimos anos e já temos *cases* bastante interessantes. Do que se trata uma Ação Coletiva? Como as empresas podem, por exemplo, envolver seus pares (que muitas vezes são seus concorrentes diretos) interessados em explorar uma iniciativa de Ação Coletiva? Quais são seus diferentes formatos? Como esses esforços podem ser sustentáveis?

A Rede Brasil do Pacto Global da ONU estruturou uma metodologia e lançou a publicação "Playbook sobre Ações Coletivas Anticorrupção", que fornece um roteiro prático e flexível a ser facilmente adaptado e implementado em diferentes cenários e setores. Nesta aula, vamos explorar a relação entre a corrupção e o setor privado, desde questões normativas como a edição de Convenções Internacionais, a chegada da Lei Anticorrupção no Brasil e o efeito dessa regulação no mercado para além dos programas de compliance empresariais, até entender do que trata uma Ação Coletiva Corrupção, quais são seus diferentes tipos e características, quais são os maiores cases brasileiros e nos aprofundar especialmente em uma iniciativa do setor de engenharia e construção, um dos mais afetados pela crise econômica e reputacional trazida pela Operação Lava-Jato e que também tem se utilizado das ferramentas da Ação Coletiva para se fortalecerem sob uma nova ótica.

1 Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie e Mestre em Gestão da Competitividade e Sustentabilidade pela EAESP-FGV, atuou como ponto focal e facilitadora de Ações Coletivas Anticorrupção no Instituto Ethos até 2019, ano que foi atuar na Índia no hub de inovação social Ammachi Labs como coordenadora e consultora de projetos onde morou por 2 anos. Atualmente, presta consultoria para grandes empresas e organizações como especialista em ESG para diagnósticos em Sustentabilidade, estudos de materialidade, estratégia em Sustentabilidade e mentoria ESG para colaboradores e alta liderança, na consultoria Dharma, onde é sócia fundadora.

2 Playbook sobre Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungccommunications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em 11/03/22.

1 CORRUPÇÃO E O SETOR PRIVADO

1.1 A CONVENÇÃO DA ONU E A RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS

A corrupção ocorre na interface dos setores público e privado, segundo Ackerman[3], que explica:

> Sempre que uma autoridade pública possui poder discricionário sobre a distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado, criam-se incentivos para que haja suborno. Desse modo, a corrupção depende da magnitude dos benefícios e dos custos sob o controle de autoridades públicas.

Neste sentido, além de fatores históricos e políticos, a intensificação da cultura do consumo, a maximização do lucro a qualquer custo com um *mindset* de curto prazo adotado pelos dirigentes políticos e empresariais, e a formação de conglomerados empresariais com enorme poder econômico, fizeram com que a prática da corrupção ganhasse complexidade e formas cada vez mais sofisticadas. No Brasil, especialmente, as práticas corruptas estiveram presentes em praticamente todos os momentos de sua história e atualmente, em tempos de pandemia e crise política e social, sua prática ainda é persistente, intensa e continua a penetrar e erodir o sistema democrático.

Ações de combate à corrupção foram sendo desenvolvidas ao longo do tempo por diferentes atores e organizações, às vezes de forma isolada, outras de maneira integrada. Em um contexto global, além da própria edição de leis e normas nesse âmbito nas últimas décadas, há como reflexo um movimento de internacionalização no combate à corrupção por instrumentos como Convenções e Tratados, uma vez que a sua prática ultrapassa os limites do Estado, para se configurar como um fenômeno mundial.[4] Convenções internacionais, ratificadas pelo governo brasileiro, como a que trata sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE[5]) e a Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA[6]), tiveram influência no tratamento das consequências e impactos da corrupção em negócios internacionais a partir dos anos 90.

Em 2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assinada pelo Brasil em dezembro do mesmo ano e em 2006, finalmente promulgada no país através do Decreto nº 5.687.[7] Dentre suas diretrizes, prevê que os países devem criminalizar uma série de crimes, tipificar o suborno de funcionários públicos nacionais, estrangeiros, de organizações internacionais assim como no setor privado, além de promover a integridade nos setores públicos e privados. Para realizar o monitoramento dos compromissos assumidos pelos países-membros, as Convenções têm procedimentos de avaliação, importantes para garantir a implementação efetiva das medidas anticorrupção, a exemplo da adoção dos programas de compliance pelas empresas.

Também em 2003, a União Europeia determinou que todos os seus Estados Membros criminalizassem a corrupção privada e, atualmente, muitos

3 ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Ed. da UnB, 2002.

4 Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Vitor Eduardo Tavares de Oliveira. O Brasil e o combate internacional à corrupção. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 187-194, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p187.pdf>. Acesso em: 05/03/22.

5 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

6 Organização dos Estados Americanos.

7 Decreto Federal n.º 5.687/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 04/03/22

países incluindo França, Alemanha, Itália, Inglaterra e Espanha já tipificaram a corrupção no setor privado. No caso do Brasil, para adequação da legislação à Convenção da ONU, há iniciativa neste sentido contextualizada por projeto de lei de alteração do Código Penal[8] com a sugestão de inclusão de tipificação da corrupção privada, como crime punido de 1 a 4 anos de prisão para aquele que, representando uma instituição privada, "exigir, solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida" para fazer ou deixar de fazer uma atribuição de seu cargo. Também estariam sujeitos à mesma pena quem "oferecer, prometer, entregar ou pagar vantagem indevida" ao representante de instituição privada.

Como desdobramento da Convenção da ONU, em um contexto internacional, vale citar o *Bribery Act*, lei anticorrupção do Reino Unido, editado em 2010, que se destaca por tipificar o pagamento de propinas não só para agentes públicos, mas também para empresas parceiras, com penas que podem chegar a 10 anos de prisão. Na América Latina, atualmente Colômbia, Venezuela e, mais recentemente, o Chile, também criminalizam a corrupção privada.

A Convenção da ONU não só teve impacto no ordenamento jurídico dos países que a ratificaram – como veremos adiante – não obstante as diferenças políticas, econômicas e sociais entre eles, mas também acarretou o desenvolvimento e implantação de programas internos de conformidade anticorrupção no setor privado, os famosos programas de compliance, que buscam coordenar ações do ambiente de negócios para atuação em conformidade com as normas legais e regulamentares, políticas e diretrizes estabelecidas pela organização, além de evitar, detectar e tratar quaisquer desvios que possam ocorrer.

Considerando seu grande potencial de danos, tão importante quanto punir a corrupção, é prevenir que ela ocorra. A legislação e sua aplicação efetiva em casos envolvendo tanto agentes públicos como privados tem papel vital, e a criação de órgãos e mecanismos de controle, tanto pela administração pública quanto pelo setor privado, que possam dar transparência a seus atos e garantir monitoramento eficiente e controle social, também são essenciais ao combate efetivo da corrupção e apoiam o desenvolvimento da cultura de integridade nas organizações.

1.2 A LEI ANTICORRUPÇÃO E A CHEGADA DO COMPLIANCE

Com a ampliação dos limites territoriais da atividade de grandes empresas e a complexidade do emaranhado de relações com seus públicos de interesse, passou-se a buscar maneiras efetivas de fazer a gestão desses recursos e da conduta empresarial de forma a prevenir ou mitigar riscos de práticas de atos de corrupção.

Nesse contexto de protagonismo corporativo no âmbito internacional que surge o termo "compliance", derivado do verbo em inglês *to comply,* que traz a ideia de estar em conformidade com leis e regras. Na atividade empresarial, a interpretação engloba o cumprimento da lei bem como a prevenção de infrações e, consequentemente, a criação de atividades de controle, gestão de riscos e monitoramento.

No âmbito internacional, não podemos deixar de citar o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei norte-americana editada no final dos anos 70, criada depois que esquemas de corrupção envolvendo empresas e governos foram descobertos, foi responsável por influenciar a edição de uma série de normas que passaram a considerar as empresas como atores centrais no combate à corrupção, incentivando-as especialmente a adotarem seus respectivos programas de compliance.

8 Projeto de Lei n.º 455/2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127764>. Acesso em: 04/03/22.

Em território brasileiro, temos como marcos a Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro em 1998, e a edição da chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa (Lei Federal n.º 12.846/2013), baseada no modelo norte-americano, que impulsionou ainda mais a importância dos programas de compliance. A referida Lei, buscando atender também os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, adotou a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A norma foi regulamentada pelo Decreto n.º 8.420/2015, que contém regras específicas sobre o programa de integridade e assim, os programas de compliance deixaram de ser apenas uma tendência para serem considerados um requisito básico, principalmente nas grandes empresas.

Assim, a partir da edição da Lei Anticorrupção[9], o Brasil pode alinhar-se aos compromissos internacionais firmados (ONU e OCDE, principalmente) e responder a pressão popular gerada pós-julgamento do caso conhecido como "Mensalão", um dos mais longos e complexos até então assumidos pelo Supremo Tribunal Federal, que revelou um forte esquema de corrupção envolvendo o alto escalão da política nacional.

O termo "compliance", contudo, vem se sofisticando e não se limita apenas ao atendimento do arcabouço legal, mas também pressupõe o atendimento à códigos de conduta e regulamentos da própria empresa. Nesse sentido, o compliance também atribui à empresa o dever de apurar condutas ilícitas e contrárias às suas regras internas utilizando por exemplo canais como canais de denúncia e, consequentemente, o dever de adotar medidas disciplinares, inclusive contribuindo com a administração pública.

O arcabouço da legislação brasileira anticorrupção traz diversas diretrizes que devem ser observadas pelas empresas, como por exemplo, dispositivos sobre acordos de leniência[10] (acordo de natureza administrativa celebrado entre infratores confessos e entes estatais com base, por exemplo, na Lei de Defesa da Concorrência) e penalidades que podem ser aplicadas. Assim, os programas de compliance devem ter uma abordagem ampla, que vão além do crime de corrupção.

A Controladoria Geral da União (CGU), órgão de controle interno do governo federal, criado em 2003, e responsável pela fiscalização e prevenção de atos de corrupção envolvendo agentes públicos, publicou um Guia[11] prevendo requisitos necessários para um programa de compliance efetivo e capaz de fortalecer os controles internos, que são basicamente divididos em 5 pilares: i) Comprometimento da alta administração; ii) Avaliação de riscos da empresa; iii) Criação de uma instância responsável pelo Compliance; iv) Criação de regras e instrumentos internos da empresa; v) Treinamento e monitoramento contínuos.

1.3 EFEITOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO E DA OPERAÇÃO LAVA-JATO NO MERCADO

Considerada como um dos maiores casos de lavagem de dinheiro na história do país, a Operação Lava Jato[12], deflagrada pela Polícia Federal em março de 2014, revelou um extenso esquema de corrupção envolvendo a maior empresa estatal do país, a Petrobrás, dezenas de políticos e servidores públicos, as maiores empresas de engenharia e

9 Medidas anticorrupção desde o Mensalão. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimasnoticias/2015/06/05/veja-cinco-importantes-medidas-anticorrupcao-desde-o-mensalao.htm>. Acesso em 06/03/22.

10 Lei Anticorrupção – Acordo de Leniência. Portal da Corregedoria (CGU). Disponível em: <https://corregedorias.gov.br/assuntos/perguntas-frequentes/copy_of_acordo-de-leniencia>. Acesso em: 06/03/22.

11 Diretrizes para empresas privadas. CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 06/03/22.

12 Entenda o caso Lava-Jato. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 06/03/22.

construção civil do Brasil e empresas de outros ramos, como redes hoteleiras, postos de combustíveis e lava-jato. Como uma das consequências, vivemos um agravamento da crise política e econômica no país e grande perda de credibilidade do Brasil no exterior. Por outro lado, também tivemos bilhões de reais recuperados[13] através de acordos de colaboração e de leniência que, sem dúvida, representaram um positivo marco histórico no Brasil além de forte incentivo para o fortalecimento de programas de compliance.

Vale destacar também mencionar o decreto regulamentador[14] da Lei Anticorrupção, que trouxe critérios para o cálculo de multas – que podem variar de 0,1% a 20% da receita bruta da empresa infratora e nunca serão menores do que a vantagem econômica auferida pela empresa. Também, a partir do Decreto, ficam estabelecidos parâmetros para avaliação dos programas de compliance, códigos de ética e conduta, e incentivos de denúncia de irregularidades que devem ser adotados pela empresa e monitorados pela CGU.

As consequências não ficaram restritas ao setor público, naturalmente. Como reflexo imediato e mesmo antes dos desdobramentos da Lava-Jato, a Operação e a Lei Anticorrupção foram gatilhos para mudança na gestão e posicionamento de empresas de todos os portes, sobretudo, as grandes companhias. Todas as companhias foram impactadas, mas a Petrobrás e a Odebrecht, principalmente, sofreram impacto profundo em sua reputação e tiveram seus altos executivos afastados. Outras grandes empresas do setor de engenharia e construção, como as mais afetadas pela operação Lava Jato foram obrigadas a fazerem investimentos significativos no seu setor de compliance, com a contratação de novos executivos, implantação de canal de denúncias, criação de comitês independentes para apuração de casos de desvio de condutas, além da reestruturação de suas políticas e aplicação de treinamentos.

Mesmo que esse ainda seja um caminho longo, profundo e complexo e a Operação Lava-Jato seja bastante polêmica, seu legado é inegável e tivemos avanços na discussão de temas tão caros à nossa sociedade. A consciência de que valores como ética, transparência e integridade devem representar os pilares da atuação de todos os funcionários, principalmente da alta governança, de todos os setores deve continuamente amadurecer, já que programas eficazes e efetivos de compliance trazem não só benefícios aos seus colaboradores mas também contribuem muito com a sustentabilidade da própria organização.

2 AÇÃO COLETIVA ANTICORRUPÇÃO

2.1 PARA ALÉM DO COMPLIANCE

A corrupção é um problema persistente que ao longo do tempo ganhou contornos cada vez mais sofisticados e que, muitas vezes, aparentemente "diminui" apenas para ressurgir quando surgem novas oportunidades, apesar de severa regulação. Por isso, sabemos da importância que a tomada de consciência e a mudança comportamental tem, a nível individual e coletivo, para que valores importantes para o exercício da ética sejam preservados e novas soluções criativas possam ganhar espaço.

A mudança dos paradigmas comportamentais é, de fato, uma tendência com as mudanças na velocidade da luz ocorrendo nessa sociedade

13 Lava Jato: MPF recupera R$ 11,9 bi com acordos, mas devolver todo dinheiro às vítimas pode levar décadas. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43432053>. Acesso em: 06/03/22.

14 Decreto Federal n.º 8420/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 07/03/22.

ultra conectada e propensa a transformações na maneira de conduzir negócios. Com a evolução da consciência humana e o surgimento de novas ferramentas e metodologias para melhor uso da inteligência coletiva, projetos colaborativos e de cocriação são cada vez mais utilizados nas organizações para gerar inovação, com projetos interdependentes, transdisciplinares e colaborativos entre diferentes áreas dentro das organizações e envolvendo diversos stakeholders.

Relatório do Banco Mundial[15] recente aponta que políticas e programas de compliance com certeza facilitaram o combate à corrupção e são necessários, mas não são suficientes, especialmente em mercados onde ela é sistêmica e o Estado de Direito é fraco.[16] E, sobretudo, o Relatório aponta a necessidade da colaboração e sinergia entre múltiplos stakeholders em busca do objetivo comum de combater a corrupção de forma eficaz.

Os controles externos e internos – sistema de freios e contrapesos – são claramente necessários, mas evidentemente não são suficientes para garantir práticas comerciais éticas. Sabemos que a promulgação de leis e regulamentos mais severos e a adoção de programas de compliance mais sofisticados não conseguiram eliminar a corrupção do ambiente de negócios. A sociedade deve buscar formas de inovar na luta contra a corrupção e isso requer ferramentas inovadoras que apoiem mudanças rumo à uma cultura de integridade.

Por isso, nas últimas décadas, diversas iniciativas de autorregulação foram empreendidas de maneira coletiva por empresas e organizações de diversos setores, buscando complementar ou suprir a legislação quando ausente ou aplicada de maneira irregular. As empresas estão percebendo que enfrentar individualmente os desafios da corrupção é ineficaz, além de ser muito caro e arriscado, pois pode acabar fornecendo vantagens indevidas para outros atores que não fazem negócios de forma íntegra.[17]

Dessa maneira, o setor privado vem percebendo que seu papel no combate à corrupção não é passivo, reativo e simples objeto de regulações a quais deve responder, aderir e implementar, mas sim desempenhando um papel em que proativamente enfrenta desafios e propõe soluções e novas abordagens de maneira coletiva. As empresas devem entender que a crise econômica que vivemos nos últimos anos está diretamente ligada à uma crise de valores, e que são responsáveis por integrar e praticar esses valores em suas relações dentro e fora de suas organizações.

Dado esse contexto, para além do compliance, cada vez mais a Ação Coletiva está se tornando a maneira mais inteligente de encontrar soluções conjuntas para combater os desafios da corrupção, substituindo esforços esporádicos e dispersos das partes interessadas, por cooperação proativa de diversos *stakeholders*: governo, sociedade civil, empresas de todos os portes, Academia, entidades de classe, etc. De alguma forma, voluntária ou obrigatória, a Ação Coletiva tende a se tornar o novo padrão e pode ser, em muitos casos, o primeiro passo importante em uma longa jornada de transformação dos setores econômicos.

2.2 CONCEITO, TIPOS DE AÇÃO COLETIVA E CASES BRASILEIROS

Originalmente, a expressão "Ação Coletiva" tem sido usado a quase 60 anos pela Economia para abordar desafios associados ao acesso de bens públicos. No Direito, quando falamos de Ação Coletiva, usualmente tratamos de uma ação judicial

15 Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption. Banco Mundial, 2020. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/235541600116631094/pdf/Enhancing-Government-Effectiveness-and-Transparency-The-Fight-Against-Corruption.pdf>. Acesso em: 08/03/22.

16 Playbook de Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungccommunications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-Corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em: 08/03/22.

17 Playbook de Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungccommunications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em:08/03/22.

que versa principalmente sobre os direitos chamados difusos e coletivos, em que o autor da ação, o Ministério Público, por exemplo, defende a tutela de toda uma comunidade. A Ação Coletiva Anticorrupção não se relaciona com nenhum desses conceitos trazidos por essas áreas.

Definido pelo Banco Mundial em 2008[18], o conceito que ainda prevalece é de que a Ação Coletiva Anticorrupção é um "processo colaborativo e sustentado de cooperação entre stakeholders, que aumenta o impacto e a credibilidade da ação individual, traz partes vulneráveis individualmente para uma aliança de organizações com mentalidade semelhante e que nivela o campo entre concorrentes". Ainda, afirma que a Ação Coletiva pode complementar ou substituir temporariamente leis locais consideradas fracas e fortalecer práticas anticorrupção com o intuito de melhorar a competitividade entre os diferentes participantes do mercado, a fim de alcançar um "campo de jogo nivelado", ou seja, um mercado que permite que todos participem livremente da atividade econômica.

Em outras palavras, a Ação Coletiva garante que todos os participantes adotem os mesmos padrões necessários e ao mesmo tempo, e que podem cooperar e monitorar uns aos outros em relação aos compromissos firmados. Dessa maneira, além de fortalecer os programas de compliance das organizações participantes, as Ações Coletivas ajudam a aumentar a reputação das organizações – e, consequentemente, a atratividade econômica para investimentos.

De modo geral, um dos desafios principais da Ação Coletiva é de que muito embora as empresas possam se beneficiar de um ambiente de negócios mais íntegro, transparente e competitivo, nem todas estão dispostas a investir seus recursos ou correr riscos para construir esse ambiente virtuoso. Isso também se deve ao nosso modelo mental, baseado na competição e nos lucros a curto prazo e a qualquer custo, como já apontado no início deste texto. Basicamente, temos 4 tipos[19] de Ação Coletiva, que podem ser adaptados conforme o contexto e estão agrupados na figura abaixo de acordo com dois fatores principais: duração acordada da iniciativa e monitoramento.

Figura 1: Tipos de Ação Coletiva Anticorrupção



18 Manual de Ações Coletivas Anticorrupção. Instituto do Banco Mundial, 2008. Disponível em: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/fighting_corruption_through_collective_action-15.pdf>. Acesso em: 08/03/22.

19 Playbook de Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungccommunications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-Corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em: 08/03/22.

1. Declarações Anticorrupção: iniciativas voluntárias, com compromissos públicos dos signatários em não cometerem atos de corrupção durante um projeto específico. O objetivo é abrir espaço para discussões francas sobre os diferentes riscos de corrupção experimentados pelas empresas e dentro de um setor, com práticas claras e alinhadas com os princípios previstos na Declaração.
2. Iniciativas baseadas em Princípios: acordos voluntários de longo prazo em torno de padrões comuns, nos quais as partes interessadas concordam em não se envolverem em corrupção em seus negócios. Este tipo permite o processo lento e de longo prazo de construção de confiança entre concorrentes de muitos tipos e tamanhos (por exemplo, MNEs e PME). Pode apoiar a defesa da agenda anticorrupção junto ao governo em ações de *advocacy*.
3. Pactos de Integridade: contratos formais entre empresas, monitores independentes e entidades públicas. Procuram garantir que autoridades e empresas licitantes atuem dentro das restrições estabelecidas por lei e que enderecem os riscos de corrupção, promovendo a confiança pública em projetos determinados, aumentando a transparência e responsabilidade ao longo do processo licitatório.
4. Certificação de Coalizão Empresarial: abrange normalmente todo o Setor e prevê iniciativas de longo prazo, nas quais pré-requisitos de compliance são implementados pelos participantes e são necessários para poderem aderirem à Ação Coletiva. Processos externos de monitoramento e auditoria são previstos e, após auditoria bem-sucedida, as empresas participantes podem ser "certificadas". Se uma empresa não atender aos requisitos padrões, pode estar sujeita à exclusão.

O Instituto de Governança da Basiléia[20] já reúne centenas de Ações Coletivas Anticorrupção em seu *hub* e centro de pesquisa criado para estudar essa ferramenta de combate à corrupção. E no Brasil temos diversos cases de sucesso como por exemplo o Pacto pelo Esporte[21], Ética Saúde, Pacto Setorial de Integridade de Limpeza Urbana e Resíduos Sólidos, MISEC – Movimento pela Integridade do Setor de Engenharia e Construção (a ser descrito no tópico seguinte) e outros.

O primeiro da lista acima foi uma das primeiras iniciativas no Brasil e é mais parecido com o tipo "Pacto de Integridade". Com o seu desenvolvimento, outras iniciativas tomaram forma, o que demonstra a versatilidade dessa iniciativa coletiva. O Pacto trata basicamente de um acordo entre empresas patrocinadoras do esporte brasileiro que, por meio da criação de ferramentas de autorregulamentação, visa contribuir para que entidades esportivas melhorem a sua governança e a gestão dos patrocínios esportivos, conferindo integridade e transparência aos negócios e consequentemente, também aumentem os investimentos no esporte. A iniciativa foi promovida pela Atletas pelo Brasil e parceiros.

Em 2009, quando o Brasil começou a se preparar para hospedar a Copa do Mundo de 2014 e o Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, havia uma preocupação crescente na sociedade brasileira sobre como os fundos públicos reservados para os eventos seriam gastos. Neste contexto, o Pacto Global da ONU e o Instituto Ethos lançaram o "Jogos Limpos Dentro e Fora dos Estádios", projeto de Ação Coletiva, com apoio da *Siemens Integrity Initiative* (SII), para contribuir com o desafio assumido pelo Brasil na organização desses megaeventos. O projeto percebeu que aquela era uma oportunidade rara para criar um legado para o Brasil, não só em termos de infraestrutura, mas acima de tudo, em termos de melhoria do controle social e desenvolvimento de um ambiente de

20 Hub de Ações Coletivas Anticorrupção. Basel Institute on Governance. <https://baselgovernance.org/b20-collectiveaction-hub. Acesso em: 10/03/22.

21 Pacto pelo Esporte. Disponível em: <https://www.pactopeloesporte.org.br/ Acesso em: 09/03/22

negócios mais íntegro na relação entre empresas e administração pública.

Dentre as diversas entregas e desdobramentos dessa Ação Coletiva, em 2018, foi lançado o Rating Integra[22], primeiro instrumento de governança voltado para instituições desportivas atuantes no Brasil, que visa avaliar a maturidade da gestão das entidades e instrumentalizá-las para ampliar a transparência e fomentar boas práticas, além de reconhecer as entidades que apresentem melhor desempenho nesse âmbito. Constitui também uma ferramenta aos financiadores do esporte que têm nele um parâmetro claro para avaliar e reconhecer o comprometimento das instituições patrocinadas com melhorias contínuas.[23]

2.3 DA AÇÃO COLETIVA DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO PARA O MISEC

Desde a implementação do Grupo de Trabalho Temático Anticorrupção da Rede Brasil do Pacto Global, que tem o intuito de trocar boas práticas sobre o desenvolvimento do compliance nas organizações participantes, o Pacto Global percebeu a necessidade de apoiar o fortalecimento do setor de engenharia e construção, tendo em vista a repercussão da Lava Jato nas grandes empresas do Setor.

Desse modo, em 2018, após diversas articulações facilitada pelo Pacto Global em parceria com Instituto Ethos, e que fez parte da segunda rodada de financiamento da *Siemens Integrity Initiative* (SII), foi elaborada a Cartilha "Integridade no setor da Construção: discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado".[24] O documento tem como principal objetivo ilustrar exemplos de casos emblemáticos das principais situações que podem expor as empresas do setor a solicitações de corrupção, e propor boas práticas preventivas e de resposta a tais cenários. O propósito é que a Cartilha sirva como uma ferramenta educativa, contribuindo com a promoção da melhoria do ambiente de negócios e a proposição de um novo padrão de conduta para todas as empresas no mercado, incluindo as relações público-privadas.

Em 2020, a partir da mobilização de diversas empresas do Setor e a facilitação e secretaria executiva assumida pela Rede Brasil do Pacto Global e do Instituto Ethos, foram unidos esforços em uma Ação Coletiva Anticorrupção para a criação e lançamento do Movimento pela Integridade do Setor de Engenharia e Construção (MISEC[25]). Esta iniciativa tem como foco estabelecer e difundir na cadeia de valor do setor de engenharia e construção regras e compromissos voluntários, aplicáveis igualmente a todas as signatárias, em complemento ao acervo legal e normativo vigente, para o fomento da cultura de integridade, elevando o patamar de governança corporativa em prol de condições mais transparentes e justas nos processos de contratação pública ou privada em toda a cadeia produtiva.

A partir da assinatura de um Termo de Adesão a ser assinado pela alta administração da organização, como o CEO, o presidente do conselho de administração, diretor estatutário ou outro representante legal com poderes para tal, a empresa se compromete formalmente a seguir padrões éticos e tomar ações efetivas, influenciando os fornecedores de sua cadeia produtiva a fomentarem a transparência e adotarem práticas socialmente responsáveis. Além das entidades CBIC (Câmara

22 Rating Integra. Disponível em: <https://ratingintegra.ethos.org.br/static/Integra_Sobre_Ferramenta.pdf>. Acesso em: 09/03/22.

23 Onze entidades esportivas se destacam na segunda edição do Rating Integra. Olimpíada Todo Dia, 2021. Disponível em: <https://www.olimpiadatododia.com.br/pacto-pelo-esporte/329584-onze-entidades-esportivas-se-destacam-na-2a-edicao-do-rating-integra/>. Acesso em: 09/03/22.

24 Cartilha "Integridade no setor da Construção: discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado. Disponível em: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2020-07/Integridade%20no%20Setor%20de%20Construc%CC%A7a%CC%83o.pdf>. Acesso em: 10/03/22.

25 MISEC. Disponível em: <https://misec.org.br/>. Acesso em: 10/03/22.

Brasileira da Indústria da Construção) e SINICON (Sindicato Nacional da Indústria da Construção Pesada), atualmente fazem parte do Movimento 10 empresas[26], que só tende a crescer.

O MISEC não é um selo de certificação e para ser signatário, não é preciso estar vinculado ao Instituto Ethos ou ao Pacto Global, e empresas de qualquer porte do Setor bem como organizações não empresariais que buscam melhorar suas práticas de integridade e/ou fomentar o Movimento no setor empresarial, podem se engajar.

CONCLUSÃO

Um dos maiores dilemas do setor privado é de que muitas vezes as empresas se veem em uma dinâmica que as impede de adotar padrões sociais mais elevados porque sua posição competitiva pode ser comprometida por concorrentes menos escrupulosos. O que acontece é que os incentivos individuais – por exemplo, melhores oportunidades de negócios por meio da corrupção – podem levar as empresas a agirem contra o interesse coletivo. Esse desafio é nomeado pelo economista Mancur Olson de "dilema do prisioneiro[27]". A forma de encarar os negócios e traçar estratégias deve mudar usando-se a lógica coletiva, e geração de valor à sociedade. A chave está em encontrar formas, por meio de uma maior cooperação entre pares e stakeholders, em fornecer incentivos e participar de um esforço comum para minimizar – e potencialmente eliminar – custos desproporcionais para cada ator individual. Esses incentivos podem ser positivos ou negativos, como sanções, por exemplo.

Essa percepção é frequentemente um processo lento e passo a passo, em que os atores progressivamente se tornam "conscientes" dos desafios em jogo e como eles só podem ser superados se agirem cooperativamente. Isso requer deixar de lado alguns instintos competitivos que, a princípio, criam ruído entre participantes e representam obstáculos significativos ao longo do caminho. Este processo de construção e desenvolvimento de uma Ação Coletiva é, principalmente, sobre como criar confiança.[28] E através desse compromisso, esses acordos setoriais de integridade ajudam as empresas a criarem um solo fértil para um ambiente de negócios mais justo, transparente e sustentável para a geração de prosperidade compartilhada.

Como bem afirma Gomes[29], as pessoas se submetem à realidade alienante em maior ou em menor intensidade, dependendo do quanto estão abertas para reflexão e conscientes do processo em que estão inseridas. Por isso que a tomada de consciência e abertura para mudança de postura passa por uma revisão de valores, já que aqueles que estão presentes na maneira como são estruturadas as relações de trabalho, no ambiente interno e externo, refletem-se na ética no trabalho e, portanto, na sociedade. Mesmo que essas mudanças estruturais profundas e o amadurecimento da cultura organizacional levem tempo a se estabelecer, não há outra lógica, senão a coletiva, que possa de fato transformar o ambiente de negócios. E todos, sem exceção, só tendem a ganhar.

26 Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa, Carioca, Construtora Barbosa Mello, MIP Engenharia, Metha (OAS), OEC, Promon Engenharia, Queiroz Galvão e UTC Participações.

27 Playbook de Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungccommunications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-Corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em:11/03/22.

28 <https://ungc-communications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em 11/03/22.

29 GOMES, Fonseca Nanci. Ética na administração pública: desafios e possibilidades. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 48(4):1029-1050, jul./ago. 2014.

REFERÊNCIAS

Cartilha "Integridade no setor da Construção: discutindo os dilemas e propondo soluções para o mercado. Disponível em: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2020-07/Integridade%20no%20Setor%20de%20Construc%CC%A7a%CC%83o.pdf>. Acesso em: 10/03/22.

Congresso Nacional. Senado Federal. Projeto de Lei n.º 455/2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127764>. Acesso em: 04/03/22.

Decreto Federal n.º 5.687/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 04/03/22.

Decreto Federal n.º 8420/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 07/03/22.

Diretrizes para empresas privadas. CGU, 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>. Acesso em: 06/03/22.

Enhancing Government Effectiveness and Transparency: The Fight Against Corruption. Banco Mundial, 2020. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/235541600116631094/pdf/Enhancing-Government-Effectiveness-and-Transparency-The-Fight-Against-Corruption.pdf>. Acesso em:08/03/22.

Entenda o caso Lava-Jato. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 06/03/22.

GOMES, Fonseca Nanci. Ética na administração pública: desafios e possibilidades. Rev. Adm. Pública – Rio de Janeiro 48(4):1029-1050, jul./ago. 2014.

Hub de Ações Coletivas Anticorrupção. *Basel Institute on Governance*. <https://baselgovernance.org/b20-collective-action-hub>. Acesso em: 10/03/22.

Lava Jato: MPF recupera R$ 11,9 bi com acordos, mas devolver todo dinheiro pode levar décadas. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43432053>. Acesso em: 06/03/22.

Lei Anticorrupção – Acordo de Leniência. Portal da Corregedoria (CGU). Disponível em: <https://corregedorias.gov.br/assuntos/perguntas-frequentes/copy_of_acordo-de-leniencia>. Acesso em: 06/03/22.

Manual de Ações Coletivas Anticorrupção. Instituto do Banco Mundial, 2008. Disponível em: <https://baselgovernance.org/sites/default/files/2019-02/fighting_corruption_through_collective_action-15.pdf>. Acesso em: 08/03/22.

Medidas anticorrupção desde o Mensalão. Portal UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/06/05/veja-cinco-importantes-medidas-anticorrupcao-desde-o-mensalao.htm. /22>. Disponível em 06/03/22.

MISEC. Disponível em: <https://misec.org.br/>. Acesso em: 10/03/22.

Onze entidades esportivas se destacam na segunda edição do Rating Integra. Olimpíada Todo Dia, 2021. Disponível em: <https://www.olimpiadatododia.com.br/pacto-pelo-esporte/329584-onze-entidades-esportivas-se-destacam-na-2a-edicao-do-rating-integra/>. Acesso em: 09/03/22.

Pacto pelo Esporte. Disponível em: <https://www.pactopeloesporte.org.br/>. Acesso em: 09/03/22.

Playbook de Ações Coletivas Anticorrupção. Pacto Global da ONU, 2021. Disponível em: <https://ungc-communications-assets.s3.amazonaws.com/docs/publications/2021_Anti-Corruption_Collective_PT-BR.pdf>. Acesso em 11/03/22. Acesso em 07/03/22.

ROSE-ACKERMAN, Susan. A economia política da corrupção. In: ELLIOT, Kimberly Ann (Org.). A corrupção e a economia global. Brasília: Ed. da UnB, 2002.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, Vitor Eduardo Tavares de Oliveira. O Brasil e o combate internacional à corrupção. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, p. 187-194, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p187.pdf>. Acesso em: 05/03/22.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL
Brasil