



SENADO FEDERAL

Consultoria de Orçamentos,
Fiscalização e Controle
CONORF/SF

Nota Técnica

77/2011

Brasília, 27 de maio de 2011.

**PLDO/2012 – Avaliação dos riscos
ao mecanismo de fiscalização
legislativa preventiva de obras com
indícios de irregularidades graves.**

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt



Nota Técnica nº 77/2011

Ementa: Alterações no PLDO/2012. Restrição imposta às informações enviadas ao Poder Legislativo sobre a fiscalização de obras e serviços. Abertura de possibilidade de retardamento imotivado de pronunciamento do TCU, com efeitos sobre o Congresso Nacional. Exigência inconstitucional da interveniência formal de contratados privados no processo orçamentário. Permissão para o próprio gestor responsável pela execução irregular decidir se suas medidas saneadoras são suficientes. Redução da efetividade preventiva da alocação orçamentária pelo Congresso Nacional e de suas prerrogativas. (STO 201100289).

I – Introdução

Esta Nota Técnica desenvolve, para subsídio à análise da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, análise comparativa entre a Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2011 e o respectivo Projeto de Lei para 2012, em relação aos dispositivos referentes à fiscalização de obras e serviços com indícios de irregularidades graves, evidenciando de forma detalhada os riscos que a redação do projeto traz à efetividade do mecanismo em tela.



II – As mudanças do PLDO/2012 na matéria indicada

II.1 A exigência de decisão processual no TCU para que sejam prestadas informações ao Congresso Nacional – descrição da mudança

Pelo PLDO/2012 apresentado, o dispositivo central do mecanismo de fiscalização e controle preventivo de obras irregulares é substancialmente modificado.

LEI Nº 12.309, DE 9 DE AGOSTO DE 2010 (LDO - 2011)	PLDO/2012
<p>Art. 94. A programação constante do Projeto de Lei Orçamentária de 2011 e da respectiva Lei poderá contemplar subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves, permanecendo a execução física, orçamentária e financeira dos contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos em que foram identificados os indícios condicionada à adoção de medidas saneadoras pelo órgão ou entidade responsável e à prévia deliberação da CMO.</p>	<p>Tachado – Excluído; Negrito - Incluído</p> <p>Art. 91. A programação constante do Projeto de Lei Orçamentária de 2011 e da respectiva Lei poderá contemplar subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves, permanecendo a A execução física, orçamentária e financeira dos contratos, convênios, etapas, parcelas ou subtrechos em que foram relativos a subtítulos nos quais forem identificados os indícios de irregularidades graves ficará condicionada à adoção de medidas saneadoras pelo órgão ou entidade responsável e à prévia deliberação da CMO, observado o disposto no § 3º deste artigo.</p> <p>Ver, também, o § 2º do art. 9º</p>
<p>§ 2º do art. 9º § 2º O Projeto de Lei Orçamentária de 2011 e a respectiva Lei conterão anexo específico com a relação dos subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves cuja execução será bloqueada nos termos do Capítulo VIII desta Lei.</p>	<p>§ 2º do art. 9º § 2º O Projeto de Lei Orçamentária de 2012 e a respectiva Lei conterão anexo específico com a relação dos subtítulos relativos a obras e serviços com indícios de irregularidades graves, cujas execuções será bloqueada nos termos do observarão o disposto no Capítulo VIII desta Lei.</p>
<p>§ 1º Para os efeitos desta Lei, entendem-se por:</p>	<p>§ 1º Para os efeitos desta Lei, entendem-se por:</p>
<p>IV - indícios de irregularidades graves, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que tenham potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:</p>	<p>IV - indícios de irregularidades graves, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que tenham apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:</p>
<p>a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou</p>	<p>a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato;</p>
<p>b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública.</p>	<p>b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública; ou</p>
	<p>c) sejam objeto de decisão monocrática de</p>



	Ministro do TCU ou Acórdão, que tenham apreciado as razões apresentadas pelos gestores aos quais foram atribuídas as supostas irregularidades.
§ 2º Não estão sujeitos a bloqueio da execução os casos para os quais tenham sido apresentadas garantias suficientes à cobertura integral dos prejuízos potenciais ao erário, nos termos da legislação pertinente.	§ 3º Não estão sujeitos ao bloqueio da execução, a que se refere o § 2º deste artigo , os casos para os quais tenham sido apresentadas garantias suficientes à cobertura integral dos prejuízos potenciais ao erário, nos termos da legislação pertinente.

Inicialmente, o *caput* do art. 91 do PLDO/2012 deixa de mencionar a primeira parte da redação anterior (“a programação do PLOA e da LOA poderá contemplar subtítulos com indícios de irregularidades graves”), mantendo apenas a parte final, que originalmente funcionava como condição suspensiva (ou seja, que a execução física, orçamentária e financeira de tais subtítulos permanece condicionada à decisão da CMO). O novo *caput* menciona também a observância do disposto no § 3º do artigo (a dispensa do bloqueio à execução para os casos de prestação de garantias consideradas suficientes), o que não consta da redação da lei atual. Em modificação correlata, o § 2º do art. 9º do PLDO/2012 deixa de referir-se a que as programações constantes do anexo específico “serão bloqueadas nos termos do Capítulo VIII”, substituindo esse texto por “cujas execuções observarão o disposto no Capítulo VIII”.

Além disso, ocorre inovação fundamental com a inclusão da alínea ‘c’ ao inciso IV do § 1º do art. 91, acrescentando, como condição para que uma determinada ocorrência seja considerada como indício de irregularidade grave, a de que tenha sido “objeto de decisão monocrática de Ministro do TCU ou Acórdão, que tenham apreciado as



razões apresentadas pelos gestores aos quais foram atribuídas as supostas irregularidades”. Tal condição não existe na lei atual.

Mudanças da mesma natureza são feitas no art. 94 do PLDO/2012 que trata da obrigação do TCU de enviar informações ao Congresso Nacional, conforme abaixo.

LEI Nº 12.309, DE 9 DE AGOSTO DE 2010 (LDO - 2011)	PLDO/2012 Tachado – Excluído; Negrito - Incluído
<p>Art. 97. O TCU enviará à CMO, até 70 (setenta) dias após o encaminhamento do Projeto de Lei Orçamentária de 2011, e manterá atualizado na sua página na internet, informações sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido objeto de fiscalização nas quais foram identificados indícios de irregularidades graves, inclusive na forma de banco de dados.</p>	<p>Art. 94. O TCU enviará à CMO, até 70 (setenta) dias após o encaminhamento do Projeto de Lei Orçamentária de 2012, e manterá atualizadas na sua página na internet, informações sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido objeto de fiscalização decisão monocrática de Ministro do TCU ou Acórdão nas quais no qual foram identificados indícios de irregularidades graves, inclusive na forma de banco de dados.</p>
<p>§ 1º A seleção das obras e serviços a serem fiscalizados deve considerar, entre outros fatores:</p>	<p>§ 1º A seleção das obras e serviços a serem fiscalizados deve considerar, entre outros fatores:</p>
<p>IV - o histórico de irregularidades pendentes obtido a partir de fiscalizações anteriores e a reincidência de irregularidades cometidas; e</p>	<p>IV - o histórico de irregularidades pendentes obtido a partir de fiscalizações decisões monocráticas de Ministro do TCU ou Acórdãos anteriores e a reincidência de irregularidades cometidas; e</p>
<p>§ 2º O TCU deverá, adicionalmente, enviar informações sobre outras obras nas quais tenham sido constatados indícios de irregularidades graves em outros procedimentos fiscalizatórios realizados nos últimos 12 (doze) meses, contados da publicação desta Lei, com o grau de detalhamento definido no § 3º deste artigo.</p>	<p>§ 2º O TCU deverá, adicionalmente, enviar informações sobre outras obras nas quais tenham sido constatados indícios de irregularidades graves em outras procedimentos fiscalizatórios realizados decisões ou Acórdãos prolatados nos últimos 12 (doze) meses, contados da publicação desta Lei, com o grau de detalhamento definido no § 3º deste artigo.</p>

A mudança no *caput* e no § 2º faria com que o Tribunal apenas enviasse ao Congresso Nacional informações sobre obras e serviços fiscalizados quando houvesse pronunciamento sobre elas por parte de Ministro ou Colegiado – deixando de fora, portanto, das informações prestadas ao Legislativo (e como tais tornadas públicas) qualquer relatório, processo ou conteúdo de informação oficialmente produzidos pelo corpo técnico do Tribunal no curso de atividade regular de



fiscalização, mas que ainda não tenham recebido uma manifestação formal das mencionadas autoridades.

Do mesmo modo, a mudança no inciso IV do § 1º desse artigo pretende que a escolha dos objetos de fiscalização passe a levar em conta tão somente as irregularidades pendentes que tenham sido objeto da mesma manifestação de Ministro ou Relator (desconsiderando, para o efeito, indícios de irregularidades levantadas em fiscalizações nas quais não tenham sido exarados pronunciamentos das autoridades citadas).

Acrescente-se que a mesma referência a irregularidades “objeto de decisão monocrática ou Acórdão” (afastando a consideração de qualquer irregularidade obtida em fiscalização regular mas que não cumpra essa nova exigência) repete-se na especificação da remessa pelo TCU de informações atualizadas ao longo do exercício de 2011 (art. 96, *caput*, do PLDO/2012), bem como na determinação da estrutura da informação que deve conter o anexo de obras irregulares (art. 93, parágrafo único, do PLDO/2012) e a informação prestada pelo TCU.

LEI Nº 12.309, DE 9 DE AGOSTO DE 2010 (LDO - 2011)	PLDO/2012 <small>Tachado – Excluído; Negrito - Incluído</small>
Art. 96. Para fins do disposto no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar nº 101, de 2000, e nos arts. 9º, § 2º, e 94 desta Lei, o TCU encaminhará à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e aos órgãos setoriais do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, até 1º de agosto de 2010, a relação das obras e serviços com indícios de irregularidades graves, especificando as classificações institucional, funcional e programática vigentes, com os respectivos números dos contratos e convênios, na forma do Anexo VI da Lei Orçamentária de 2010, acrescida do custo global estimado de cada obra ou serviço listado e do respectivo estágio da execução física, com a data a que	Art. 93. Para fins do disposto no art. 59, § 1º, inciso V, da Lei Complementar nº 101, de 2000, e no art. 9º, § 2º, desta Lei, o TCU encaminhará à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e aos órgãos setoriais do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, até 1º de agosto de 2011, a relação das obras e serviços com indícios de irregularidades graves, especificando as classificações institucional, funcional e programática vigentes, com os respectivos números dos contratos e convênios, na forma do Anexo VI da Lei Orçamentária de 2011, acrescida do custo global estimado de cada obra ou serviço listado e do



se referem estas informações.	respectivo estágio da execução física, com a data a que se referem estas informações.
Parágrafo único. É obrigatória a especificação dos contratos, convênios ou editais relativos às etapas, parcelas ou subtrechos nos quais foram identificados indícios de irregularidades graves.	Parágrafo único. É obrigatória a especificação dos contratos, convênios ou editais relativos às etapas, parcelas ou subtrechos nos quais foram identificados indícios de irregularidades graves, bem como da decisão monocrática ou Acórdão ao qual se refere o art. 91, § 1º, inciso IV, alínea “c”, desta Lei.
Art. 99. Durante o exercício de 2011, o TCU remeterá ao Congresso Nacional, no prazo de até 15 (quinze) dias da constatação, informações relativas a novos indícios de irregularidades graves identificados em subtítulos constantes da Lei Orçamentária de 2011, inclusive com as informações relativas às execuções física, orçamentária e financeira, acompanhadas de subsídios que permitam a análise da conveniência e oportunidade de bloqueio das respectivas execuções física, orçamentária e financeira.	Art. 96. Durante o exercício de 2012, o TCU remeterá ao Congresso Nacional, no prazo de até 15 (quinze) dias da constatação publicação da decisão ou Acórdão aos quais se refere o art. 91, § 1º, inciso IV, alínea “c”, desta Lei , informações relativas a novos indícios de irregularidades graves identificados em subtítulos constantes da Lei Orçamentária de 2012 , inclusive com as informações relativas às execuções física, orçamentária e financeira, acompanhadas de subsídios das manifestações dos órgãos e entidades responsáveis pelas obras que permitam a análise da conveniência e oportunidade de bloqueio das respectivas execuções física, orçamentária e financeira.

Outra significativa modificação correlacionada é a criação da exigência de que o TCU encaminhe, junto a cada informação sobre indícios de irregularidade, a manifestação prévia da empresa contratada pelo órgão executor da obra (em acréscimo à manifestação do gestor público, como atualmente se faz).

LEI Nº 12.309, DE 9 DE AGOSTO DE 2010 (LDO - 2011)	PLDO/2012
	Fachado – Excluído; Negrito - Incluído
Art. 97. O TCU enviará à CMO, até 70 (setenta) dias após o encaminhamento do Projeto de Lei Orçamentária de 2011, e manterá atualizado na sua página na internet, informações sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido objeto de fiscalização nas quais foram identificados indícios de irregularidades graves, inclusive na forma de banco de dados.	Art. 94. O TCU enviará à CMO, até 70 (setenta) dias após o encaminhamento do Projeto de Lei Orçamentária de 2012, e manterá atualizadas na sua página na internet , informações sobre a execução física das obras e serviços que tenham sido objeto de fiscalização decisão monocrática de Ministro do TCU ou Acórdão nas quais no qual foram identificados indícios de irregularidades graves, inclusive na forma de banco de dados.
§ 3º Das informações referidas no <i>caput</i> deste artigo constarão, para cada obra fiscalizada, sem prejuízo de outros dados considerados relevantes pelo TCU:	§ 3º Das informações referidas no <i>caput</i> deste artigo constarão, para cada obra fiscalizada, sem prejuízo de outros dados considerados relevantes pelo TCU:



III - o CNPJ e a razão social da empresa responsável pela execução da obra ou serviço nos quais foram identificados indícios de irregularidades graves, bem como o nome do órgão ou entidade responsável pela contratação;	III - o CNPJ e a razão social da empresa responsável pela execução da obra ou serviço nos quais foram identificados indícios de irregularidades graves, bem como o nome do órgão ou entidade responsável pela contratação;
VIII - a manifestação prévia do órgão ou entidade fiscalizada e a correspondente avaliação preliminar do TCU;	VIII - as manifestação manifestações prévia do órgão ou entidade fiscalizada e a correspondente avaliação preliminar do TCU aos quais tenham sido atribuídas as supostas irregularidades e da empresa a qual se refere o inciso III deste parágrafo, bem como a decisão ou Acórdão que apreciou as referidas manifestações;

Por fim, modificação de maior vulto consta do § 8º do art. 91 do PLDO/2012, pois dispõe que a suspensão de execução das obras bloqueadas pelo Congresso Nacional (que é um encargo atribuído pela LDO aos titulares dos órgãos executores) “poderá ser evitada, caso os órgãos e entidades executoras ou concedentes adotem medidas corretivas para o saneamento das possíveis falhas”.

LEI Nº 12.309, DE 9 DE AGOSTO DE 2010 (LDO - 2011)	PLDO/2012
Art. 94 ...	Tachado - Excluído; Negrito - Incluído
§ 6º Os ordenadores de despesa e os órgãos setoriais de orçamento deverão providenciar o bloqueio, nos sistemas próprios, da execução de que trata este artigo, permanecendo nessa situação até a deliberação em contrário da CMO nos termos deste artigo.	Art. 91... § 2º Os ordenadores de despesa e os órgãos setoriais de orçamento deverão providenciar o bloqueio, nos sistemas próprios, da execução de que trata este artigo, permanecendo nessa situação até a deliberação em contrário da CMO.
§ 7º Os titulares dos órgãos e entidades executoras e concedentes deverão adotar as medidas administrativas para o saneamento de possíveis falhas, e suspender as autorizações para execução e os pagamentos relativos aos subtítulos de que trata o caput deste artigo, situação esta que deverá ser mantida até a deliberação em contrário da Comissão Mista nos termos do art. 98 desta Lei.	§ 7º Os titulares dos órgãos e entidades executoras e concedentes deverão suspender as autorizações para execução e os pagamentos relativos aos subtítulos de que trata o caput deste artigo, situação esta que deverá ser mantida até a deliberação em contrário da CMO nos termos do art. 95 desta Lei .
	§ 8º A suspensão de que trata o § 7º deste artigo poderá ser evitada caso os órgãos e entidades executoras ou concedentes adotem medidas corretivas para o saneamento das possíveis falhas.

A Exposição de Motivos 00048/2011/MP, de 14 de abril de 2011, que acompanha o PLDO/2012, não menciona razões para



quaisquer das modificações apontadas, com a única exceção da primeira mudança (*caput* do art. 91 combinado com o § 2º do art. 9º), que é justificada assim:

as alterações propostas objetivam eliminar a redundância entre o conteúdo dos referidos dispositivos, uma vez que o art. 91 (art. 94 na LDO-2011) tratava de estrutura e organização do orçamento, quando este deveria referir-se, tão somente, à execução dos subtítulos em que foram verificados indícios de irregularidades graves, objeto do aludido § 2º;

II.2 A exigência de decisão processual no TCU para que sejam prestadas informações ao Congresso Nacional – repercussões

As modificações propostas pelo Poder Executivo no PLDO/2012 alteram radicalmente o funcionamento do controle preventivo atualmente exercido pelo Congresso Nacional. Segundo o referido projeto de lei, as informações recebidas pelo Congresso Nacional conterão tão somente aqueles casos para os quais já exista “decisão monocrática de Ministro do TCU ou Acórdão, que tenham apreciado as razões apresentadas pelos gestores aos quais foram atribuídas as supostas irregularidades”. Essa limitação ao conteúdo da informação é confirmada pelas datas de início dos prazos que o TCU deve cumprir, que o PLDO/2012 fixa sempre em função da decisão de Relator ou Colegiado que analisar as razões de justificativa.

Dessa forma, pela nova redação do art. 94, ficam de fora da informação enviada ao Legislativo (e subtraídas do conhecimento público que esse envio implica) todas as situações em que a equipe de fiscalização do Tribunal aponte irregularidades em seu relatório, mas



que por algum motivo não tenham recebido, à data da elaboração do orçamento pelo Legislativo, manifestação formal do Ministro-Relator no Tribunal¹.

Mais ainda, a redação nova do art. 91 descaracteriza, formalmente e *a priori*, qualquer fato ou ocorrência constante das informações levantadas pelo TCU como indício de irregularidade grave – independentemente do seu mérito intrínseco e das possíveis conseqüências que acarrete – até que tal condição venha a ser assim declarada por manifestação formal do Relator no TCU. Desta forma, perde o Congresso – a quem a Constituição atribui o papel de titular do controle externo – a prerrogativa de, conhecendo do registro oficial de fatos graves, assim considerá-los para efeitos exclusivos de um procedimento que lhe é privativo, a elaboração orçamentária.

Essa redação reverte o processo de fiscalização à situação anterior à da criação do mecanismo de controle preventivo de obras irregulares, quando o Legislativo e a sociedade somente tomavam conhecimento de irregularidades após o exaurimento de etapas processuais no TCU.

Comprometida fica a eficácia preventiva que é a única razão de ser do mecanismo de bloqueio orçamentário. De fato, se o Legislativo deve aguardar a tomada de posição formal do TCU, com todos os seus poderes institucionais, para tomar conhecimento de uma ocorrência, a sua intervenção pouco servirá à preservação do Erário, pois somente

¹ No caso das decisões colegiadas (Acórdão e Decisão), a Lei Orgânica do Tribunal exige também a manifestação prévia e formal do Relator na forma de Relatório e Voto.



poderá agir depois de uma etapa em que o TCU já terá tido a oportunidade de tomar as medidas necessárias.

Vale lembrar que essa seqüência retardada de procedimentos em que o Congresso Nacional depende da aquiescência do Tribunal de Contas para conhecer dos resultados de sua fiscalização, se e quando aquele assim deliberar, foi a razão mesma para a criação do mecanismo de controle orçamentário a partir das leis de diretrizes orçamentárias. O procedimento surgiu em meados dos anos 1990 exatamente como forma de evitar a insuficiência da sistemática anterior – insuficiência que foi precisamente o que gerou o escândalo do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo.

Convém, a propósito, historiar alguns precedentes graves nos quais a remessa de informações somente após o beneplácito do Relator no âmbito do TCU ensejou graves danos ao Erário e à reputação do Congresso Nacional.

O primeiro e inescapável caso a mencionar é o já citado Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo. A auditoria realizada na obra pelo Tribunal em 1992 (TC-700.731/92-0) somente foi trazida a público pelo respectivo Relator em 1996 (Decisão 231/1996 – TCU - Plenário), quando o Tribunal considerou prejudicadas as possibilidades que tinha de retificar procedimentos que considerou irregulares “tendo em vista a fase conclusiva em que se encontram as obras do edifício”².

² Cronologia dos fatos detalhadamente exposta nos itens 1 a 14 do Relatório do Acórdão 045/1999 – TCU – Plenário.



Outro caso, este muito recente, é o do empreendimento COMPERJ, da Petrobras, em 2009. Suas informações de auditoria não haviam sido objeto de deliberação por parte do respectivo Relator, decorrido mais de um ano de constatados os indícios de irregularidades. No entanto, os riscos ao Erário eram tão grandes que o Congresso Nacional julgou necessário incluir a obra no Anexo de Obras Irregulares da Lei Orçamentária de 2010 a partir das informações do relatório de fiscalização mesmo sem decisão de Relator ou Colegiado³. Aliás, neste caso, cabe ressaltar que um posicionamento formal sobre o mérito, nas novas condições que o PLDO/2012 pretende estabelecer, somente foi trazido a público em 17/11/2010⁴ (quase dois anos após a constatação). Diante da situação fática lá estabelecida, a Comissão Mista de Orçamento declara sua extrema preocupação no sentido de que:

[...] Tampouco pode descartar a preocupação de defrontar-se com informações conclusivas a respeito do problema somente agora, decorridos praticamente dois anos da primeira vez em que foram suscitados, e diante do fato consumado de que os serviços físicos encontram-se 93,3% executados. Tal circunstância fática implica em que nenhuma eficácia teria uma intervenção por

³ 28. O primeiro fato ensejou recomendação de paralisação pela equipe de auditoria tanto nesse empreendimento quanto nos outros três. Consta do Acórdão TCU 2218/2009 – Plenário, porém, que o indício relativo aos critérios de medição inadequados estava sendo tratado em outro processo (TC-021.324/2008-6), para o qual ainda não havia sido proferida deliberação, em que pese ter-se iniciado há mais de um ano, e que especificamente por essa razão processual não se registraria como recomendação de paralisação. (Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Relatório nº 2/2009, do Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves – COI, p. 49).

⁴ Acórdão 3077/2010 - TCU - Plenário. Cronologia descrita em Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Relatório nº 2/2010, do Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves – COI, pp. 41-42.



*meio do Anexo VI da lei orçamentária no atual cronograma orçamentário.*⁵ (grifos nossos)

Não se trata, aliás, de casos isolados ou remotos. O próprio Presidente do TCU, em audiência no Senado Federal, relatou terem ocorrido situações similares durante a apreciação da Lei Orçamentária de 2011:

*É dito que as decisões que levam a sugestão de bloqueio orçamentário devem passar por uma decisão monocrática do Ministro ou uma decisão colegiada do Tribunal. Das 32 obras que nós remetemos para cá, 29 passaram pelo Ministro ou pelo Colegiado. E nos três casos restantes, foi uma opção. Das 32 obras que remetemos para cá, 29 passaram pelo Ministro ou pelo Colegiado. E, nos três casos restantes, foi uma opção do Ministro não expedir sua decisão monocrática ou a do Colegiado. Analisando isso, nada impediria que o Ministro fizesse isso. Essa foi uma opção. Talvez, ele tivesse uma dúvida específica ainda. Ou seja, das 32 obras, em 29 casos, foi o Tribunal que se manifestou por meio de seus Ministros e de seus Colegiados*⁶.

É essa possibilidade de deliberar a partir da informação mais atual e completa que está sendo subtraída ao Congresso Nacional. Usando a expressão da própria Comissão Mista de Orçamento, o Congresso correria o risco de ter de deliberar sobre fatos consumados,

⁵ Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. Relatório nº 2/2010, do Comitê de Avaliação das Informações sobre Obras e Serviços com Indícios de Irregularidades Graves – COI, pp. 47-48.

⁶ Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Fiscalização e Controle. *Transcrição da audiência pública com a presença do Presidente do TCU, ministro Benjamin Zymler, realizada na Comissão de Meio Ambiente, defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado federal, no dia 3 de maio de 2011.* Grifos nossos.



nos quais carece da possibilidade de acautelar a prevenção do dano ao Erário, ao meio ambiente ou à sociedade.

Além disso, a nova redação com retorno à situação anterior à vigência do mecanismo preventivo distorce incentivos e gera riscos.

Inicialmente, gera forte incentivo aos responsáveis por irregularidades (incluindo gestores públicos e contratados privados) para protelar o andamento do processo no próprio Tribunal, usando de todos os expedientes processuais possíveis, de forma a retardar a possibilidade de que os fatos detectados venham ao conhecimento da instância legislativa. A protelação do processo, sob as regras da lei atual, não favorece o responsável por irregularidades, pois mesmo que consiga delongar o pronunciamento do TCU, o outro agente constitucional do controle externo (o Congresso Nacional) terá conhecimento dos pontos levantados e poderá exercer seu papel de guardião dos recursos públicos independentemente da tramitação no âmbito da Corte de Contas. Sob as regras que propõe o PLDO/2012, a duração irrazoável do processo passa a ser um objetivo inteiramente racional desses responsáveis: enquanto o processo correr no âmbito do TCU, mesmo que já existam informações de auditoria regularmente produzidas, ninguém tomará conhecimento dos fatos relatados – e os frutos das eventuais irregularidades continuarão a ser auferidos,



impondo à União não mais evitar prejuízos, mas sofrê-los, restando-lhe tão somente a frágil via da reparação posterior⁷.

Além disso, a prerrogativa de poder sustar o conhecimento público de fatos já constatados em processo regular de fiscalização pelos técnicos do Tribunal gera um gravíssimo problema de agente-principal em relação aos próprios Ministros do TCU. Caberá a esses agentes a faculdade exclusiva de decidir quando a sociedade e o Congresso Nacional (o titular do controle externo que lhes cabe auxiliar) tomarão conhecimento das informações disponíveis. Esse monopólio da informação gera o risco de todo tipo de abusos dessa posição. Não se trata, aqui, de suscitar suspeitas sobre qualquer dessas autoridades. Ao contrário, está-se discutindo o desenho institucional de um mecanismo de controle, que deve por princípio minimizar a possibilidade de que um único agente, por virtuoso que seja, detenha monopólio sobre a informação ou sobre o andamento de qualquer procedimento. Em outras palavras, um mecanismo de controle deve ser desenhado para funcionar exatamente nos casos em que um agente aja em desacordo com o comportamento previsto⁸. Atualmente, a divisão de funções entre TCU e Congresso permite que qualquer tentativa de abuso de prerrogativas por qualquer dos dois intervenientes seja limitada pela ação direta da contraparte. A prevalecer a proposta do

⁷ Além do fato de que existem outros danos, como os ambientais, que são insuscetíveis de ressarcimento posterior.

⁸ O que, como já demonstrado exaustivamente acima, não é uma mera hipótese teórica, havendo precedentes de extrema gravidade.



PLDO/2012, fica impedido o funcionamento desse mecanismo essencial de freios e contrapesos do desenho institucional do controle.

Nesse sentido, seria mesmo correto afirmar que o projeto não “tira poderes do TCU” – ao contrário, ele os retira do Congresso Nacional. É o Legislativo aquele que sofre a redução de suas prerrogativas, de sua capacidade de intervenção e das possibilidades de defender o seu processo decisório e a sua reputação dos prejuízos decorrentes da obstrução no envio da informação (obstrução esta exigida pelo próprio texto do projeto de lei).

Além disso, o retardamento do trâmite nada acrescenta ao valor da informação para efeitos da elaboração orçamentária. Não existe qualquer evidência idônea de que o conteúdo da informação recebida há mais de dez anos para fins da decisão alocativa do Legislativo seja inadequado. O posicionamento formal do TCU em sua função judicante é um subsídio à decisão legislativa, que é de outra natureza (econômica e gerencial); trata-se de subsídio valioso, sempre tomado em conta quando existe, mas inteiramente irrelevante quando trazido a destempo. Esse ponto foi extensamente desenvolvido na Nota Técnica Conjunta 10/2009 das Consultorias de Orçamento da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que conclui:

52. A LDO oferece à deliberação do Congresso, portanto, elementos instrutórios de convencimento perfeitamente hábeis à elucidação de fatos, até porque amparados na atividade fiscalizadora da Corte de controle externo que a LDO obriga, por reiteração, a instruir suas recomendações até com a manifestação dos gestores responsáveis. E o Legislativo deles necessita, uma vez que as finalidades de sua intervenção não são o estabelecimento de direitos ou a apenação de



terceiros (objetos típicos do procedimento judicial e que são compatíveis com o longo desenrolar das etapas de um processo judiciariforme). Ao contrário, como já exaustivamente discutido neste estudo, a função do Congresso na elaboração orçamentária é gerencial, alocativa e fundamentalmente preventiva.

53. Não se trata de punir responsáveis por desvios (que devem ter o contraditório rigorosamente assegurado), mas de decidir onde deve ser empregado o dinheiro do contribuinte. As demandas informacionais para essa decisão, ainda que rigorosas, são evidentemente distintas daquelas de um processo judicial punitivo ou reparativo; interessa ao Congresso, no curto tempo da elaboração orçamentária anual, identificar riscos de malversação e preveni-los mediante a negativa da autorização para o desembolso de recursos públicos quando estejam no horizonte.

54. Para tais efeitos, o valor intrínseco que um extenso processo probatório poderia adicionar ao sólido indício já disponível nas informações recebidas do TCU seria mínimo - ao tempo em que o prazo necessário ao exaurimento do procedimento contraditório pleno tornaria tal informação rigorosamente inútil ("provas" de irregularidade nas despesas recebidas após estas já terem sido consumadas de nada servem àquele a quem cabe a gestão dessas mesmas despesas).

Portanto, a redação proposta desfaz, com o retardamento da informação recebida do TCU, o fundamento de qualquer ação preventiva do Congresso Nacional para efeitos de evitar despesas com obras inquinadas de irregularidades em qualquer ocorrência para a qual não exista pronunciamento processual do Relator na Corte, sem agregar qualquer valor significativo às demais.



II.3 A introdução da exigência de oitiva da empresa contratada para o envio de informações pelo TCU - repercussões

Modificação de igual gravidade é a nova exigência⁹ de que, além do gestor, seja ouvida também a empresa contratada. Trata-se de previsão inteiramente desprovida de fundamento legal ou processual: a empresa contratada não é parte do processo orçamentário.

Desde logo, é preciso lembrar que o mecanismo atual já contempla a oportunidade de manifestação do gestor responsável – ainda que não fosse obrigado a fazê-lo. Nas informações enviadas pelo TCU devem constar¹⁰ “a manifestação prévia do órgão ou entidade fiscalizada e a correspondente avaliação preliminar do TCU”, bem como “o conteúdo das eventuais alegações de defesa apresentadas e sua apreciação”. A revisão de todos os documentos encaminhados pela Corte de Contas nesse sentido confirma o invariável atendimento dessa determinação legal, e a constância da manifestação do gestor e da respectiva avaliação do TCU. Dessa forma, não procede qualquer argumento no sentido de que as informações recebidas não contemplavam a manifestação dos responsáveis pela obra: o Congresso sempre pôde decidir ouvindo os órgãos públicos responsáveis pela execução da despesa – não apenas no momento original da manifestação, mas também na discussão exaustiva em reuniões

⁹ Art. 94, § 3º, inc. VIII, do PLDO/2012.

¹⁰ A teor dos incisos VIII e IX do § 3º do art. 97 da atual LDO, replicadas no art. 94 do PLDO/2012.



técnicas e audiências públicas previstas no atual art. 98 da LDO/2011 (art. 95 do PLDO/2012).

Não obstante, a decisão do Congresso Nacional é estritamente alocativa: autorizar ou não o desembolso de valores orçamentários em cada uma das programações. Um eventual bloqueio não altera em nada os direitos e obrigações das empresas contratadas, uma vez que os contratos não são modificados ou extintos por essa via. A única consequência da decisão do Congresso Nacional é autorizar ou não o desembolso dos valores - prerrogativa esta que ao Legislativo cabe, incondicionada, pelo próprio poder constitucional de aprovar o orçamento. Assim, não há direito adquirido de um eventual terceiro contratado à autorização orçamentária para despesa de seu interesse. Ao contrário, a lei nacional é taxativa ao definir que a criação de qualquer obrigação é condicionada ao empenho, e este à autorização orçamentária¹¹. Portanto, não existe qualquer obrigação de inclusão da empresa contratada na tramitação orçamentária, que a Constituição estrutura como uma relação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, sem trazer quaisquer outros intervenientes. Na linguagem constitucional, o processo orçamentário não tem “litigantes” nem muito menos “acusados”, aos quais se dirige a garantia constitucional de ampla defesa¹².

¹¹ Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964:
Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

Art. 59. O empenho da despesa não poderá exceder o limite dos créditos concedidos.
¹² Constituição Federal, art. 5º.



Naturalmente, a deliberação processual judicante no âmbito do TCU poderá implicar em conseqüências jurídicas modificativas de contratos envolvendo terceiros, e nesse caso serão estes partes legitimamente interessadas. No entanto, trata-se de processo e instância absolutamente alheios à elaboração orçamentária, e não se confundem em qualquer aspecto com a prestação de informações ao Congresso Nacional que a Corte de Contas também faz como atribuição autônoma e distinta¹³. Nesse diapasão, o PLDO/2012 cria nova exigência procedimental ao TCU, aplicável exclusivamente ao trabalho de fiscalização para subsidiar o Legislativo, pois não caberia a uma lei de diretrizes orçamentárias a veiculação de normas processuais da Corte de Contas em suas competências de julgamento de contas.

Assim, a exigência introduzida afigura-se inteiramente estranha à relação institucional que se estabelece na Constituição para efeitos da tramitação orçamentária – o PLDO/2012 pretende “importar” para o processo orçamentário um terceiro a quem a Constituição não dá tal prerrogativa. Empresas contratadas, representando o seu interesse privado, estariam formalmente sendo introduzidas como parte integrante do mecanismo de decisão do processo orçamentário.

Acresce a isso a consequência prática de inviabilizar a célere prestação de informações ao Congresso Nacional: uma grande obra

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹³ Mais precisamente, a prestação de informações ao Congresso Nacional ampara-se no inciso VII do art. 71 da Constituição Federal, enquanto a função judicante, no exercício da qual se dispõem eventuais medidas modificativas de atos e contratos, tem fundamento no inciso II do mesmo artigo.



tem, tipicamente, um único órgão público executor, mas dezenas de contratos distintos com empresas privadas fornecedoras. Qualquer problema em seu edital, ou no licenciamento ambiental, suscitaria a necessidade de chamamento de inúmeras empresas, com o inevitável alongamento do prazo, não só pelo aumento exponencial do volume de respostas, mas principalmente pela própria dificuldade operacional de notificar formalmente dezenas de empresas distintas (sediadas em vários pontos do país). A nova exigência eleva exponencialmente o risco já demonstrado de obstrução do envio de informações ao Congresso Nacional, pois impõe ao Ministro-Relator a obrigação de aguardar todo o trâmite administrativo das notificações formais a todo o universo de empresas envolvidas em cada obra ou serviço (cuja duração sequer depende da ação do Tribunal, pois envolve o envio postal, a disponibilidade dos dirigentes das empresas privadas em receber a notificação, etc.). Portanto, as informações relativas às fiscalizações, que hoje são tempestivamente produzidas e encaminhadas, sofrerão demora considerável – e imprevisível – em trâmites formais, em detrimento da análise qualificada tanto do Tribunal quanto do Congresso Nacional. Nada mais deletério à tempestividade da informação que deve receber o Legislativo para sua obrigação anual de discutir e aprovar, a tempo e a hora, o orçamento da União.

Por todo o exposto, não vemos como sugerir propostas de redação “incremental” que contemplem a preservação do mecanismo de controle e ao mesmo tempo mantenham a nova condição imposta. O condicionamento do envio da informação e da caracterização como



irregularidade grave a uma manifestação de Ministro do TCU é em si mesma o fator diretamente causador da implosão das possibilidades de controle do mecanismo. Sem a supressão dessa condicionalidade, de forma a permitir oferecer ao Legislativo toda a informação disponível à época da elaboração da lei orçamentária, não vislumbramos providências compensatórias que minimizem as repercussões acima mencionadas e evitem o colapso de um sistema que previne prejuízos ao Tesouro e à sociedade. Lembrem-se que, com inevitáveis erros e aperfeiçoamentos sucessivos, esse sistema vem funcionando satisfatoriamente há mais de dez anos.

II.4 A outra alteração no caput do novo art. 91 – a permissão para contemplar subtítulos com indícios de irregularidades - repercussões

A proposta de supressão da parte inicial do *caput* do art. 94 da LDO/2011 (redação dada pelo *caput* do art. 91 do PLDO/2012), que converte a atual condição resolutiva (execução dos subtítulos condicionada à prévia deliberação da Comissão Mista de Orçamento), bem como a mudança no art. 9º da LDO/2011, não trazem a nosso ver qualquer repercussão significativa. O objetivo de todo o capítulo examinado é exatamente implementar a condição suspensiva, indicando as formas pelas quais a programação com indícios de irregularidade deve ser bloqueada. A menção (suprimida) a que tais subtítulos possam ser contemplados na proposta e na lei é, com efeito, redundante: não existe qualquer restrição legal a que sejam previstos recursos para tais obras e serviços, de modo que a supressão não inova



no ordenamento jurídico¹⁴. O controle se dá pelo bloqueio, contido em todos os dispositivos do Capítulo VIII da Lei, e não pela permissão genérica à abertura de dotações para tais programações. Portanto, nada existe no funcionamento do mecanismo de controle preventivo que seja prejudicado com a respectiva alteração.

De igual modo, a inclusão da expressão “observado o disposto no § 3º deste artigo” no *caput* não traz alteração relevante: o referido parágrafo já existia na lei em vigor e evidentemente deve ser observado. A explicitação dessa observância é apenas redundante, sem modificar a atual aplicação do dispositivo.

O mesmo ocorre com a alteração no art. 9º, § 9º: a menção a “bloqueio” da redação atual é inaplicável sem a sua instituição detalhada por meio dos artigos que compõem o Capítulo VIII. Portanto, dizer que a execução “obedecerá” a esses dispositivos que instituem o bloqueio é o mesmo que dizer que o bloqueio far-se-á nos seus termos¹⁵.

Portanto, esses dois itens são modificações redacionais de menor relevância, sem conseqüências senão formais.

¹⁴ De fato, a razão histórica desse dispositivo parece ser a de assegurar os parlamentares, no contexto da descoberta e repercussão das irregularidades do TRT/SP, na decisão de destinar recursos para despesas em situação semelhante, resguardando-se com o concomitante bloqueio da execução.

¹⁵ Além de assistir razão à justificativa da Exposição de Motivos de que o art. 9º está inserido no capítulo de estrutura e organização dos orçamentos, não sendo formalmente a melhor alternativa dispor nesse ponto da lei sobre a forma de execução (bloqueio), quando existe um capítulo específico da LDO que institui tais regras e a maneira de aplicá-las.



II.5 A previsão imprecisa de “medidas corretivas” como forma de liberação da execução de subtítulos – descrição da mudança e repercussões

Quanto à última modificação apontada (art. 91, § 8º), facultando a liberação da execução das obras “caso os órgãos e entidades executoras ou concedentes adotem medidas corretivas”, é evidente desde logo que o saneamento das falhas apontadas é razão suficiente para o Congresso Nacional evitar a deliberação pelo bloqueio, após certificar-se da real ocorrência dessas soluções. Isso já está explicitado no próprio art. 92, inciso VII, do PLDO/2012¹⁶, e a simples leitura de qualquer dos Relatórios da CMO a respeito do tema evidencia que é exaustivamente exercitado pelo Parlamento¹⁷.

O que o novo parágrafo proposto permite, porém, é que os próprios órgãos gestores e executores da despesa (que são os responsáveis pelos atos que deram causa aos indícios de irregularidades apontados pelo Congresso Nacional ao elaborar o anexo de obras irregulares da lei orçamentária anual) tenham a prerrogativa de decidir quando as suas “medidas corretivas” são suficientes para não ensejar a paralisação. Em outras palavras, no regime instituído pela redação em

¹⁶ Art. 92. O Congresso Nacional levará em consideração, na sua deliberação pelo bloqueio ou desbloqueio da execução de obras e serviços a que se refere o art. 91 desta Lei, os indícios de irregularidades graves e as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução, em especial: [...]

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

¹⁷ Com efeito, a solução, por parte dos gestores das obras e serviços, dos problemas apontados como indícios de irregularidades graves é o fator que determina a maior parte das decisões de não-paralisação de obras inicialmente constantes das relações encaminhadas pelo TCU, o que é detalhadamente descrito em cada um dos Relatórios anuais que encaminham as propostas de deliberação para a votação no âmbito da CMO.



que está vazado o dispositivo, é o fiscalizado que decide sobre o efeito do ato fiscalizador – podendo subtrair-se à deliberação de bloqueio orçamentário em função de seu próprio julgamento de quais são as “medidas corretivas” adotadas.

Essa situação, aqui também, extingue a capacidade preventiva do mecanismo de controle orçamentário, uma vez que a disposição de bloqueio é passível de ser desconsiderada pelos executores a seu próprio critério.

Caso a intenção do dispositivo inserido tenha sido tão somente reiterar ao Congresso Nacional o critério de deliberação já expresso na lei e exaustivamente aplicado, far-se-ia necessária uma redação que explicitasse que o que nele contém é um critério de decisão para o Congresso Nacional em sua deliberação privativa, não cabendo tal prerrogativa ao próprio executor da obra.

III – Síntese das mudanças no PLDO/2012 acerca de fiscalização de obras com indícios de irregularidades graves

Em síntese, as alterações contidas no PLDO/2012 em relação à LDO atualmente em vigor não impedem que formalmente o Poder Legislativo decida incluir em anexo específico, ou dele excluir, programações destinadas a obras que apresentem indícios de irregularidades graves. No entanto, esse exercício formal é radicalmente restringido em seu alcance – visto que as inclusões e exclusões passam a ser feitas a partir de um conjunto de informações



defasado em relação ao universo total disponível ao sistema de controle e que omite parte significativa da fiscalização já realizada sobre o universo de obras e serviços da União.

Também o efeito do mecanismo preventivo é profundamente enfraquecido, mesmo para aquelas obras e serviços que consigam chegar ao conhecimento do Legislativo a tempo para sua inclusão. Isso ocorre porque um eventual bloqueio preventivo causado pela decisão legislativa passaria a estar submetido ao critério exclusivo do próprio órgão executor da despesa para continuar em vigor.

Tais problemas, vale acrescentar, não passaram despercebidos aos dirigentes do Parlamento. Em substancioso artigo publicado na imprensa nacional, o Presidente da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional, Senador Vital do Rêgo, alerta veementemente a sociedade a respeito dos problemas aqui suscitados:

Algo que também merece cuidado é a defesa da função típica de controle que a Lei Maior confere ao Poder Legislativo, que a exerce com o auxílio dos tribunais de contas. No PLDO, o Executivo diminui a prerrogativa do Congresso de avaliar contratos e convênios com indícios de irregularidade grave, pois submete bloqueio à execução a decisão de ministro do Tribunal de Contas da União (TCU) ou a Acórdão da Corte de Contas. O governo não se deu conta de que subverteu a relação entre o parlamento e o TCU, além de ter tornado inócuas as medidas cautelares, pois a decisão do TCU já terá confirmado a falta e a autoria. Outro problema é a previsão de que a suspensão da execução poderá



ser evitada caso o próprio órgão responsável tome medidas que julgue necessárias para sanear as falhas. O flagrante conflito de interesses nesse caso dispensa comentários detidos¹⁸.

A prevalecer a alternativa preconizada no PLDO/2012, portanto, o Congresso estará comprometendo a sua ação institucional de controle e a sua responsabilidade na decisão orçamentária, com um processo que restringe a abrangência das obras cujos indícios de irregularidades podem ser conhecidos e que praticamente anula a eficácia da atuação do titular do controle externo.

Essas são, portanto, as informações consideradas relevantes em relação à proposição trazida à análise, em subsídio à apreciação por parte da CMO e do Congresso Nacional.

Brasília, 27 de maio de 2011

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt
Consultor de Orçamento do Senado Federal

¹⁸ Senador Vital do Rêgo. *Diretrizes orçamentárias para o desenvolvimento*. Correio Braziliense, 19/05/2011.