voltar para
o sumário

O sistema de controle das licitações e contratos administrativos no Brasil diante da sociedade global de riscos

Miguel Ribeiro Pereira

Procurador do estado do Maranhão. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor da Escola de Governo do Estado do Maranhão (EGMA). Autor da obra *Manual sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (Fórum, 2024).

Resumo: O presente ensaio tem como objeto a análise do sistema de controle de riscos estabelecido na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Será feita uma breve introdução com a comparação entre o antigo e o novo cenário das licitações e contratos administrativos no Brasil, evidenciando, ainda, o novo paradigma das licitações com mais eficiência a partir da mitigação dos riscos e estruturação de linhas de defesa compostas por diversos setores da Administração Pública. Posteriormente, serão destacadas as importantes contribuições de Anthony Giddens e Ulrich Beck para a compreensão da sociedade global de risco e como o poder público pode se estruturar para enfrentar essa nova realidade. Ainda serão destacadas as colaborações das organizações internacionais e dos tribunais de contas para o controle de riscos e o resultado de todo esse debate concentrado na Lei Licitatória agora em vigor, sendo indicadas, ao final, propostas de aprimoramento do sistema legislativo.

Palavras-chave: Licitações. Contratos administrativos. Controle de riscos. Linhas de defesa.

Sumário: 1 Introdução – **2** A sociedade global de riscos como cenário a ser desafiado pelos órgãos de controle no campo das licitações e contratos administrativos – **3** O Tribunal de Contas da União (TCU) como referencial de construção de licitações fundamentadas no controle de riscos – **4** As organizações internacionais como importantes sujeitos na construção do controle de riscos – **5** Das premissas jurídicas adotadas para o controle de riscos na Lei nº 14.133/2021 – **6** Considerações finais – Referências

> "A estratégia, assim como o conhecimento, continua sendo a navegação em um oceano de incertezas entre arquipélagos de certezas. (...) Tudo o que inclui oportunidade inclui risco, e o pensamento deve reconhecer as oportunidades dos riscos como os riscos das oportunidades".
>
> (Edgar Morin)

1 Introdução

A entrada em vigor da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, suscitou a comparação de seus institutos jurídicos com aqueles do antigo diploma legal (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), já revogado, que tratava do tema das licitações e contratos administrativos no Brasil.

A partir desse estudo comparativo, vê-se, em uma análise inicial, que o tema do controle administrativo de riscos ganhou centralidade na atual norma licitatória brasileira, diferentemente do que se observava na antiga lei, em que esse tema era inexpressivo.

Verifica-se que o legislador vislumbrou, expressamente, a necessidade de controle do procedimento licitatório e dos contratos administrativos, para evitar ou mitigar riscos em diversas temas como o controle dos recursos humanos envolvidos nos contratos (art. 6º, XVI, c); controle de qualidade e tecnológico (art. 6º, XVIII, h); necessidade de capacitação para que os agentes públicos exerçam com competência a atividade de controle (art. 7º); obrigatoriedade de implantação de gestão de riscos e controle interno (art. 11, parágrafo único); não aplicação do sigilo para os órgãos de controle interno (art. 24); desenvolvimento de programa de integridade pelo licitante (art. 60, IV); articulação entre o fiscal de contrato e os órgãos de controle para evitar riscos (art. 117, §3º); controle da ordem de pagamentos (art. 141, §1º).

Ainda como destaque da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), no campo do controle, vê-se a estruturação de todo um capítulo, a partir de seu artigo 169, com a definição das linhas de defesa para controle de riscos, conforme excerto a seguir representativo desse novo modelo:

> CAPÍTULO III
>
> DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES
>
> Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:
>
> I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
>
> II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
>
> III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.
>
> §1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta Administração do órgão ou entidade e levará 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, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.
>
> §2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.
>
> §3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do *caput* deste artigo observarão o seguinte:
>
> I – quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;
>
> II – quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste §3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

A preocupação com os riscos nas obras e compras públicas já era debatida no Congresso Nacional em 2013, 20 anos depois da entrada em vigor da antiga Lei Licitatória, com a apresentação de projeto de lei que buscava alterar a Lei nº 8.666/1993, para institucionalizar um novo marco normativo destinado a tornar mais eficientes as licitações no Brasil.

Colhe-se do relatório do senador Fernando Bezerra Coelho, no Parecer ao Projeto de Lei do Senado Federal nº 559,[1] que, àquela época, as obras públicas de infraestrutura no Brasil já sofriam de entraves crônicos que resultavam em um gargalo logístico, com prejuízo às demandas da população. Referido parecer mapeou os riscos recorrentes nas contratações públicas: problemas como atrasos em relação ao cronograma original, aumentos excessivos nos preços inicialmente pactuados e a celebração de inúmeros termos aditivos, que desfiguram o objeto dos contratos.

[1] BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Fernando Bezerra Coelho. *Parecer da Comissão de Serviços de Infraestrutura, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

O parecer mencionou estudo desenvolvido pela Confederação Nacional da Indústria, em que foi calculado o custo econômico do atraso, até 2013, de 6 obras de diferentes áreas de infraestrutura no Brasil, chegando-se ao valor de 28 bilhões de reais.

Como reação, o referido projeto de lei, em 2013, já no campo do controle de riscos estipulava a necessidade de intensificar a atividade de planejamento, inclusive com mais regras tratando e detalhando o projeto executivo com condição de início de obras. A preocupação do Congresso Nacional, nos termos do parecer do projeto de Lei nº 559, demonstrava a necessidade de contenção dos riscos, como se verifica no trecho a seguir:

> Tal exigência se coaduna com as demandas de promoção de maior competitividade e de isonomia nos certames licitatórios, uma vez que existirão parâmetros mais robustos para que os licitantes apresentem suas propostas. Dessa forma, diminuídos os riscos do negócio para os particulares, espera-se que mais interessados sejam atraídos para a disputa e que os preços ofertados sejam mais baixos. Em todo caso, será exigido projeto executivo para execução das obras e serviços contratados pelo regime de contratação integrada. Busca-se, portanto, incentivar uma cultura de engenharia de projetos, destinada a prevenir os rotineiros problemas de execução, que hoje multiplicam demasiadamente o valor dos contratos. Ainda na linha de redução de custos para o Erário, houve uma readequação do sistema de garantias nas contratações públicas. A Lei nº 8.666, de 1993, de um lado, alocou grande parte dos riscos dos contratos para a Administração, e de outro, dispensou a participação de empresas atuantes no mercado de garantias contratuais, especialmente do mercado securitário no âmbito das contratações públicas.

Os debates realizados àquele momento possibilitaram amadurecer o tema e garantir a aprovação de um novo marco regulatório que incorporou a necessidade de realização de controle de riscos como condição de licitações mais eficientes e que não repassassem todos os riscos para a Administração Pública, podendo haver compartilhamento destes com o particular licitante, inclusive de forma antecipadamente pactuada, como definido em alguns dispositivos[2] da Lei nº 14.133/2021.

[2] "Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.
(...)
Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Se de um lado, politicamente, no Congresso Nacional, o presente tema de estudo foi intensamente debatido, de outro, ele se apresentou em diversos campos do conhecimento, nas últimas décadas, com contribuições de importantes autores, a exemplo de Anthony Giddens e Ulrich Beck, que refletiram as razões de não se poder conhecer a sociedade contemporânea sem a investigação dos riscos crescentes sofridos por ela, o que será demonstrado no próximo capítulo, na discussão sobre a sociedade global de riscos.

Posteriormente, serão destacadas as contribuições das organizações internacionais e dos tribunais de contas para o controle de riscos e o resultado de todo esse debate concentrado na Lei Licitatória agora em vigor, indicando o presente artigo, ao final, propostas de aprimoramento do sistema legislativo resultante dessa análise.

2 A sociedade global de riscos como cenário a ser desafiado pelos órgãos de controle no campo das licitações e contratos administrativos

Como antes demonstrado, o tema do controle de riscos ganhou centralidade, inclusive na nova lei de licitações e contratos administrativos, sendo importante o estudo de dois estudiosos da contemporaneidade para entender-se o tema do controle de riscos no Brasil e no mundo: Ulrich Beck e Anthony Giddens.

Conforme referidos autores é próprio da sociedade contemporânea o aumento da complexidade tecnológica, com impacto nas relações sociais e políticas, desafiando a construção de novas rotinas que pudessem lidar com os riscos em uma escala global nunca antes vista, o que passou a ser denominado por Ulrich Beck como sociedade de risco.[3]

A um só tempo a tecnologia exigiu mais exploração da natureza, bem como mais especialistas que pudessem lidar com a quantidade de novos padrões tecnológicos, sendo consequência dessa rapidez a verificação de que os riscos nem sempre são bem vindos e precisam de uma resposta, desde o plano jurídico até o político-econômico.

§1º A alocação de riscos de que trata o *caput* deste artigo considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo.

§2º Os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao contratado.

§3º A alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação.

§4º A matriz de alocação de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de eventuais pleitos das partes. (...)."

[3] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 96.

Beck alerta que correr riscos pode ser fundamental para o avanço tecnológico e é próprio da sociedade contemporânea, mas nem sempre os riscos podem ser considerados como benéficos, exigindo uma nova organização,[4] muitas vezes, em caráter global, a exemplo dos esforços ambientais das Nações Unidas no Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas da ONU apresentado na COP 20, o que inclusive foi incorporado como diretrizes na nova lei de licitações e contratos administrativos.

Como demonstrativo de como a sociedade vem se organizando para enfrentar riscos, no plano legislativo, a exemplo do tema ambiental, verifica-se no texto da Lei nº 14.133/2021 que, na construção do anteprojeto e projeto básico, deve haver parâmetros de adequação de impacto ambiental (art. 6º, XXIV, XXV). Ademais, a fase preparatória das licitações com estudo técnico preliminar deve observar possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos (art. 18, §1º, XII). De outro lado, o edital deve prever a responsabilidade pela obtenção do licenciamento ambiental e garantia de prioridade na tramitação do licenciamento ambiental para obras e serviços de engenharia licitados (art. 25).

A contenção de riscos alcança também o momento da prova de qualidade de produto considerando o aspecto ambiental (art. 42), a disposição ambientalmente adequada dos resíduos (art. 45), o estabelecimento de remuneração variável mediante critérios de sustentabilidade ambiental (art. 144), bem como a decisão sobre nulidade de procedimentos e contratos considerando a repercussão ambiental (art. 147), todos artigos da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Esses riscos de caráter ambiental percebidos pelo legislador e outros riscos de natureza diversa dão a noção da complexidade da tarefa a ser exercida pelos órgãos de controle nas diversas linhas de defesa mencionadas pela Lei nº 14.133/2021.

Exercer o controle dos riscos, segundo Beck, é perceber que alguns destes riscos já são monitorados e que outros são imprevisíveis, mas que, em vários desses casos, acarretam o que chamou de "risco de destruição da vida na terra".[5]

---

[4] "(...) salto tecnológico de racionalização e da transformação do trabalho e da organização, englobando para, além disso, muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle das formas políticas de opressão e participação, das concepções da realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção sócio científica da modernização, indicadores visíveis de um processo mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, no qual se alteram (...) as fontes da certeza das quais se nutre a vida" (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 96).

[5] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 97.

voltar para o sumário

Nesses termos, o autor assim se manifesta:

> Mais urgente do que nunca, precisamos de esquemas de interpretação que nos façam (...) repensar a novidade que nos atropela e que nos permita viver e actuar com ela. Seguir as pistas dos novos conceitos, que já se mostram em meio aos cacos dos antigos, é empreendimento difícil.[6]

Giddens se alinha ao pensamento de Beck e demonstra que os riscos são próprios de uma sociedade que foi atingida pelo fenômeno da globalização, sendo necessário lidar com essa realidade a partir de sua complexidade com o maior número de peritos possíveis, reunindo-se diversas áreas do conhecimento. Não é mais possível tratar dos riscos na contemporaneidade sem o diálogo entre diversas áreas do conhecimento.[7]

O alerta dado por Beck sobre a questão dos riscos vem acompanhado da menção ao efeito bumerangue[8] segundo o qual os riscos causados se voltam contra todos, tanto contra os culpados quanto em relação às vítimas, o que demanda a necessidade de instrumentos legislativos que mitiguem ou previnam esse efeito, inclusive permitindo que todos os resultados danosos não sejam de responsabilidade apenas do Estado, mas compartilhado com os entes privados.

A nova Lei de Licitações se insere nesse contexto, já que, no texto legal aprovado, os riscos podem ser previamente compartilhados, assim como há necessidade de planejamento e projetos que os considerem, para garantir licitações e contratos com menos potencial de danos para todos.

O fenômeno da sociedade global de riscos foi igualmente percebido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que iniciou pesquisas para entender como as diversas instituições estavam se preparando para o aumento crescente dos riscos com efeito nos gastos públicos, sendo a contribuição da Corte de Contas da União fundamental para a construção do marco licitatório da presente década, como adiante demonstrado.

---

6 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 100.

7 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991. p. 59.

8 Contido na globalização e ao mesmo tempo distinto dela, há um padrão de distribuição de riscos no qual se encontra um material potencialmente explosivo: cedo ou tarde eles alcançam inclusive àqueles que os produziram ou que lucram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Os anteriormente 'latentes efeitos colaterais' rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com os quais lucram (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 40).

3 O Tribunal de Contas da União (TCU) como referencial de construção de licitações fundamentadas no controle de riscos

O sistema de controle brasileiro vem sendo responsável por repetidos estudos técnicos para verificar-se a qualidade dos processos e rotinas envolvendo a dinâmica quotidiana nas diversas tarefas do poder público, a exemplo da atividade licitatória e dos contratos administrativos, buscando-se aprimorar a eficiência em face dos diversos riscos constatados na contemporaneidade.

Assim, o TCU, em 2012, realizou estudo com entidades da Administração Pública Federal focando o controle de riscos em diversas organizações públicas, inclusive verificando a necessidade de aperfeiçoamento, o que culminou com o Acórdão nº 2.467/2013 (Plenário), de relatoria da ministra Ana Arraes.

Como conclusões desse estudo, alguns pontos ficaram patentes naquele momento histórico. Identificaram-se os responsáveis pelo levantamento, à época do estudo, que ainda não havia um referencial que orientasse a estruturação da gestão de riscos na Administração Pública Federal.

Ainda foi constatado que 2/3 das organizações estão nos níveis básico e intermediário, e apenas 9% da amostra alcançou o estágio avançado no que se refere a esse controle.

Para cada setor avaliado, o trabalho apontou medidas que podem ser adotadas pelas entidades públicas com o fim de institucionalizar ou melhorar esse controle, o que deve ser aplicado às licitações e contratos administrativos: implantação de planejamento estratégico em que esse processo não existe, busca pelo envolvimento ativo da alta Administração com a implantação da gestão de riscos e capacitação regular de gestores e servidores na temática.

Posteriormente, uma auditoria realizada pelo TCU em 2018 avaliou o controle de riscos, tendo chegado a uma conclusão parecida com aquela da primeira pesquisa, ou seja, identificando que as instituições possuem diversas limitações nos seus mecanismos de controle. Destacou o levantamento que, nas 38 unidades da Administração Pública, com alto poder econômico, foram constatadas fragilidades altas ou muito altas nos seus sistemas de controle preventivo e detectivo de fraude e corrupção. Juntas, essas unidades gerenciavam orçamento anual superior a 216 bilhões de reais.

Como ponto de atenção do estudo, foi destacada a ausência de critérios objetivos para ocupação de cargos/funções comissionados, o que aumenta a exposição das instituições à fraude e à corrupção, e recomendou-se que fossem estipulados critérios mínimos para ocupação de cargos e funções comissionados no Poder Executivo Federal.

Referido estudo, mencionado no Acórdão nº 2.604/2018 (TCU, Plenário, relatora ministra Ana Arraes, TC nº 010.348/2018-2), concluiu ser desejável que as

instituições tenham critérios objetivos para a ocupação de cargos/funções comissionados, que desenvolvam seus programas de integridade e que haja monitoramento e acompanhamento da gestão da ética, medida indispensável para avaliar se as ações voltadas à promoção de valores essenciais em organizações públicas estão atingindo os objetivos esperados.

A preocupação contida nos estudos do TCU se alinha à lógica da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) para controle das rotinas que conduzem aos gastos públicos segundo a lógica da eficiência. No Processo nº 044.446/2012-8 do TCU, que cuidou das diretrizes para elaboração do relatório sobre as contas do governo da República referentes ao exercício de 2013, foi mencionado estudo comparativo produzido pela OCDE, em acordo firmado com o TCU, que apontou o papel central das entidades de fiscalização superiores no apoio à boa governança pública, ao assegurar *accountability* do uso dos recursos públicos e do desempenho dos serviços prestados pelo Estado.

Essa série de estudos permite identificar a importância de que a Administração Pública, gradualmente, exerça o controle sobre as rotinas e processos na Administração Pública para evitar situações de fraude, corrupção, desperdício de dinheiro público, incluindo as licitações públicas e contratos administrativos, sendo central nesse esforço a estruturação de diploma legislativo que coíba os diversos riscos aqui referidos, o que foi satisfatoriamente abordado pela Lei nº 14.133/2021, a ser demonstrado em capítulo posterior.

Na edificação desse novo momento de controle de riscos, importante a menção às organizações internacionais, importantes sujeitos que contribuíram com a construção de uma Administração Pública mais eficiente nesse assunto.

4 As organizações internacionais como importantes sujeitos na construção do controle de riscos

Além da OCDE, no plano internacional, o foco no controle dos recursos públicos é verificado a partir da análise da Convenção Mundial de Combate à Corrupção da Organização das Nações Unidas (ONU),[9] que define a necessidade de que os Estados-parte realizem a devida gestão dos recursos e bens públicos, com integridade, transparência e pautados pela obrigação de prestar contas, avaliando periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção.

[9] BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 2 set. 2024.

Especialmente quanto às medidas de controle no campo das licitações e contratos administrativos, a referida convenção da ONU dedicou toda uma seção para garantir que haja rigor com o gasto público decorrente de licitações e contratos administrativos.

Dispõe o artigo 9º da convenção que devem ser adotados sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas devem conter normas de publicidade, inclusive prévia quanto a condições de participação, incluídos critérios de seleção e adjudicação e regras de licitação, assim como sua publicação.

A convenção ainda define a necessidade de aplicação de critérios objetivos e predeterminados para a adoção de decisões sobre a contratação pública a fim de facilitar a posterior verificação da aplicação correta das regras ou procedimentos, bem como mecanismos eficazes de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos, regras de pré-seleção e requisitos de capacitação.

No campo do controle das licitações e contratos a convenção traz diretrizes marcantes para caracterizar a eficiente gestão de riscos em relação às licitações e contratos: apresentação oportuna de informação sobre gastos e ingressos; sistema de normas de contabilidade e auditoria, assim como a supervisão correspondente; sistemas eficazes e eficientes de gestão de riscos e controle interno.

Vê-se, portanto, nos planos internacional e nacional, a partir das menções aqui realizadas, que quanto aos procedimentos administrativos, englobando o campo licitatório, a gestão dos diversos riscos ganha centralidade, demandando normas que garantam controle interno, com transparência e integridade.

Diante desse cenário, capitaneado pelo TCU e a partir de debate realizado no meio jurídico e político, como antes demonstrado, foi sendo construído campo propício para que houvesse aprimoramento de normas legislativas, bem como estruturação de rotinas para garantir o aperfeiçoamento do controle pelos órgãos do poder público, como antes demonstrado.

Assim, como decorrência desse panorama, verificou-se como resposta dos poderes públicos a edição de uma nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), que teve como uma de suas preocupações centrais a lógica do controle administrativo dos procedimentos envolvendo a dinâmica licitatória no Brasil, o que pode ser percebido em diversos momentos do certame e da contratação decorrente, conforme detalhado a seguir.

5 Das premissas jurídicas adotadas para o controle de riscos na Lei nº 14.133/2021

Diante das constatações aqui apresentadas, importante a identificação de como foi construída a Lei nº 14.133/2021, centrando-se a análise sobre o Capítulo III do controle das contratações baseado na gestão de riscos.

O legislador federal identificou que os riscos são próprios da era contemporânea então o mais importante a se fazer é realizar um controle eficiente de modo a trazer para o contrato menos chance de interrupções, bem como menores danos para o conjunto da sociedade global.

Para tanto, ainda com base nas constatações de Ulrich Beck antes referidas, que definiu a necessidade de vários atores com conhecimentos de diversas áreas para controle de riscos, foram estruturadas três linhas de defesa na lei, envolvendo o maior número de sujeitos possíveis, seja aqueles mais próximos do quotidiano da licitação e posterior contratação como agentes de contratação, seja aqueles que fazem parte do assessoramento jurídico e das cortes de contas, tudo baseado na prevenção e no uso eficiente da tecnologia e transparência. Assim, vejamos como está a redação do controle das contratações e gestão de riscos, analisando o artigo 169 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

> DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES
>
> Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:
>
> I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
>
> II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
>
> III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.
>
> §1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta Administração do órgão ou entidade e levará 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, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

> §2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.
>
> §3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do *caput* deste artigo observarão o seguinte:
>
> I – quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;
>
> II – quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste §3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Apostou o legislador em um controle administrativo que contasse com o maior número de instituições, representativas de diversas áreas do conhecimento relacionado ao controle de riscos. Assim, garantir o controle de riscos apenas com os componentes do assessoramento jurídico, ou apenas com aqueles ligados à governança, poderia significar menor possibilidade de controle eficiente. Foram estruturadas três linhas de defesa, conforme a transcrição da lei, envolvendo: servidores e empregados públicos e agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou da entidade; assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou da entidade; órgão central de controle interno da Administração e tribunal de contas.

A Lei Licitatória em vigor se alinha com os ensinamentos de Ulrich Beck[10] dispostos ao longo deste artigo, que definem ser importante, no cenário da sociedade global de riscos, que se estruture um controle a partir de diversas áreas do conhecimento.

Entretanto, já na obra de Beck havia a advertência contra a supremacia de uma área do conhecimento, e a recomendação de que deveria haver uma ponte entre os diversos saberes, em uma construção constante de alternativas aos riscos encontrados.

[10] BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 97.

Nesse ponto, o presente texto defende que poderia ter restado mais explícito na Lei de Licitações e Contratos Administrativos o diálogo entre as diversas linhas de defesa. Assim, sugere-se, em regulamentos, tanto no plano federal como nos outros entes federativos, a estruturação de mecanismo, que pode ser comitê ou rede composto por representantes de todas as linhas de defesa, para discutir como garantir melhorias contínuas em relação aos riscos enfrentados nas licitações e contratos administrativos.

Nessa linha, confira-se a advertência de Flávio Cabral para que não se sobreponha apenas um tipo de conhecimento ou de controle na gestão dos riscos aos demais, para que haja atenção às demais linhas de saber, de forma que os processos licitatórios tenham garantida a sua eficiência:

> Contudo, deve-se avaliar a intensidade e a preferência quase que absoluta pelo controle preventivo. Embora ele seja um eficaz mecanismo de controle, conforme exposto acima, razão pela qual o legislador lhe conferiu maior destaque, o seu funcionamento adequado depende de uma correta interação com formas de controle repressivo, bem como uma análise proporcional sobre sua utilização. Órgãos de controle que atuam com controles preventivos de maneira excessiva acabam inviabilizando o exercício da função administrativa, substituindo (de maneira indevida), muitas vezes, a atividade do gestor público.[11]

Prosseguindo-se na análise dos dispositivos legais, passa-se ao estudo do artigo 170 da Lei nº 14.133/2021,[12] em cuja leitura se observa que não existe uma receita única para controle de riscos, visto que estes são variáveis e dependem de cada organização e contexto histórico. Isso torna obrigatório, segundo a lei, que sejam ouvidos os diversos sujeitos que compõem os órgãos da Administração Pública, para um mapeamento dos riscos o mais fidedigno possível.

[11] CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (dispensa) e 169 a 173 (controle). *In:* SARAI, Leandro (org.). *Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 1422.

[12] "Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no §3º do art. 169 desta Lei.
§1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.
§2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação
§3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos
§4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei."

Essa tomada de posição na lei se alinha àquela aconselhada pelo TCU nos acórdãos nº 2.467/2013 (Plenário) e nº 2.604/2018 (Plenário), que identifica, no Reino Unido, prática análoga como a mais adequada para a avaliação da maturidade em gestão de riscos, por ser um modelo abrangente, já adaptado para o setor público. Este é derivado de um modelo maduro de excelência de gestão (EFQM, 2012), utilizado por mais de 30 mil organizações, principalmente da Europa, com referencial flexível que pode ser adaptado pelas organizações segundo suas necessidades.

Aponta o TCU nos mesmos acórdãos que referido modelo, adotado na lei, destaca a dimensão pessoal, de forma que deve ser o controle de riscos um processo conduzido em diversos setores da instituição, aplicado no estabelecimento de estratégias formuladas para identificar, em toda a organização, eventos em potencial capazes de afetá-la, e para administrar os riscos de modo a garantir o razoável cumprimento dos seus objetivos.

A prática disposta no artigo 170 concretiza conceito recente de Administração Pública denominado de Administração Dialógica, que, de acordo com Rafael Maffini, é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal, o que, por sua vez, contribuirá com o controle de riscos.[13]

Segundo Juarez Freitas,[14] o direito à Administração Pública Dialógica compreenderia as garantias do contraditório e da ampla defesa, isto é, o respeito ao devido processo, inclusive com duração razoável, bem como o dever de motivação consistente. Tal direito, entre outros, significa a participação dos diversos setores da instituição pública e da sociedade no controle de riscos e nas providências decorrentes desse trabalho.

Portanto, o campo do controle administrativo de riscos deve estar pautado na Administração Dialógica e estabelecer fluxo interno nas diversas instituições públicas para a oitiva dos diversos atores envolvidos, demanda disposta também no plano internacional no seio de direito relacionado à prática do artigo 170 da Lei de Licitações.

A Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 171, também se assenta em outra premissa fundamental quanto ao controle de riscos: o princípio do consequencialismo.[15]

---

[13] MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, p. 161, jan./abr. 2010.

[14] FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

[15] Nas palavras de Ricardo Lobo Torres (O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 24, p. 17, 2009), "o argumento de consequência (...) consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático" bem como em que "efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais

Define o artigo 171 que, diante de riscos constatados, não cabe aos órgãos de controle apenas a suspensão dos procedimentos ou contratos; também deve ser definido, de forma objetiva, o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência. Além disso, a decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o §1º do artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

Assim como na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o princípio do consequencialismo já havia sido adotado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O consequencialismo procura evitar decisões injustas e desequilibradas, estimulando uma ponderação das consequências práticas da decisão, exigindo que a motivação de uma decisão de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indique, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

Assim, estabelece o artigo 21 da LINDB que a decisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, que decretar invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

O parágrafo único do artigo 21 acrescenta, ainda, que a decisão a que se refere o *caput* deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, sem que se possa impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A modulação de efeitos é desdobrada de forma mais particularizada nos parágrafos 3º e 4º do artigo 4º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a LINDB, o qual estabelece que, quando cabível, a decisão indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízos aos interesses gerais. O §4º dispõe que, na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas, restringir os efeitos da declaração ou decidir que sua eficácia incidirá em momento posteriormente definido, para gerar uma situação mais equilibrada e que provoque menos prejuízos.[16]

ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias".

[16] MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 120.

Entende-se que, em razão desse princípio, o gestor ou sujeito das diversas frentes de defesa no controle de risco das licitações deve ficar atento ao artigo 171 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como ao artigo 21 da LINDB, podendo não apenas anular ou suspender procedimentos, mas também definir de forma prática quais as atitudes a serem tomadas para que o interesse público seja atendido e para que a população interessada não seja prejudicada.

6 Considerações finais

Como definido ao longo deste texto, a abrangência do controle de riscos alcançou ápice na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que não era preocupação do diploma licitatório revogado, a despeito de advertências continuadas do TCU, diploma que, ao longo de uma década, acumulou estudos e pesquisas, definindo a necessidade urgente de melhoria das rotinas de controle de riscos.

A Corte de Contas definiu que um controle de riscos de excelência, incluindo o campo das licitações e contratos, deveria ter institucionalizadas a implantação de planejamento estratégico em que esse processo não existe e a busca pelo envolvimento ativo da alta Administração, com implantação da gestão de riscos e a capacitação regular de gestores e servidores para lidar com riscos.

Aliado a isso, o TCU definiu como primordial no controle de riscos que fossem definidos critérios objetivos para ocupação de cargos/funções comissionados, bem como o desenvolvimento dos seus programas de integridade, com monitoramento e acompanhamento da gestão da ética, medida indispensável para avaliar se as ações voltadas à promoção de valores essenciais em organizações públicas estão atingindo os objetivos esperados.

O tema também foi debatido intensamente no Congresso Nacional, que definiu ser fundamental a edição de uma lei de licitações e contratos administrativos mais eficiente, célere e transparente como condição para modernizar obras e compras públicas, conferindo mais confiança àqueles que se relacionam com a Administração Pública.

Uma vez publicada a Lei nº 14.133/2021, como fruto desse cenário, verifica-se que boa parte do que foi reclamado pela Corte de Contas da União, bem como do que foi debatido no Congresso Nacional, acabou servindo para a construção do sistema de controle administrativo de riscos de licitações e contratos no Brasil, disposto na nova Lei Licitatória, que pode ser considerada como instrumento avançado e de boas práticas para mitigar riscos na gestão pública brasileira.

O controle de riscos passa a ser função não só de um setor do órgão público, mas também deve envolver todos os ramos do conhecimento e todos os setores

das instituições, desde a fase de planejamento, o que indica a sua natureza preventiva, sem esquecer-se que ele deve ser realizado periodicamente e em todas as fases do processo.

Por outro lado, o sistema de controle de riscos não pode ser petrificado; ao contrário, deve ser aberto às mudanças constatadas em sociedade, devendo-se garantir periodicidade na avaliação das rotinas internas das instituições.

A partir das lições dispostas no presente artigo, o controle de riscos de excelência, reunindo as boas práticas aqui dispostas, é aquele que não se conforma com o que já foi construído; é aquele que é decorrente de diálogo constante com os diversos setores das instituições, bem como em face do público atendido pelos órgãos públicos, visto que a realidade em que está inserido se apresenta cada vez mais complexa. O desafio do controle administrativo, assim, é estar cada vez mais atento a esse cenário global complexo, seja no campo dos recursos humanos, seja na questão tecnológica e ambiental.

Como sugestões para o aprimoramento do controle administrativo de riscos, aponta-se a necessidade de instituição de rede ou comitê, para garantir-se a interdisciplinaridade na gestão dos riscos, com a interlocução entre as diversas linhas de defesa (agentes de contratação, alta Administração, assessoramento técnico, assessoria jurídica, controle interno e externo), sob o fundamento de que a realidade da sociedade global de risco oferece cenário desafiador e complexo, que necessita da junção dos diversos setores de controle para garantir a excelência na gestão dos riscos.

Indica-se ainda a necessidade de que, no exercício do controle, o gestor ou sujeito das diversas frentes de defesa no controle de risco das licitações fique atento ao artigo 171 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como ao artigo 21 da LINDB, não podendo apenas anular ou suspender procedimentos, mas também definir de forma prática quais as atitudes a serem tomadas para que o interesse público seja atendido e para que a população interessada não seja prejudicada.

Por fim, entende-se que o campo do controle administrativo de riscos deve estar pautado na Administração Dialógica e estabelecer fluxo interno nas diversas instituições públicas para a oitiva dos diversos atores envolvidos, bem como da sociedade civil organizada, como um dever que se relaciona ao princípio da boa Administração Pública. Para alcançar-se esse objetivo fundamental, deve haver o fortalecimento das carreiras de servidores públicos efetivos voltadas para as linhas de defesa e de controle de riscos mencionadas na Lei Licitatória, conforme já preconizado pela Corte de Contas da União em precedentes mencionados neste artigo, que alertam não ser suficiente a utilização de cargos comissionados para a tarefa de controle de riscos, por serem mais sujeitos a ingerências políticas.

Referências

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete do Senador Fernando Bezerra Coelho. *Parecer da Comissão de Serviços de Infraestrutura, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Brasília, DF: Senado Federal, 2013.

CABRAL, Flávio Garcia. Comentários aos artigos 75 (dispensa) e 169 a 173 (controle). *In:* SARAI, Leandro (org.). *Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. Salvador: Juspodivm, 2021.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991

MAFFINI, Rafael. Administração Pública dialógica (proteção procedimental da confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 253, jan./abr. 2010.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre; Sulina, 2005.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 24. 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Miguel Ribeiro. O sistema de controle das licitações e contratos administrativos no Brasil diante da sociedade global de riscos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 31-48, maio/out. 2024. DOI: 10.52028/tce-sc.v02.i03.ART02.MA