

O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Christianne de Carvalho Stroppa¹

Resumo

O presente artigo analisa, ante a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) – Lei nº 14.133/2021, como se dará a atuação interna e externa dos órgãos de controle – Tribunal de Contas da União (TCU) – tendo como destaque a norma cujo eixo central se baseia na ideia de governança, como instrumento passível de corrigir os problemas relativos aos processos ineficientes de contratação pública e que acarretam irreparáveis danos ao erário público. Após explicar o significado do controle, analisa-se o arcabouço normativo, inclusive o constitucional, identificando-se, mesmo que de forma breve, o que é o Sistema de Controle, compreensivo do controle interno e do controle externo. Pela importância e referência expressa na Lei nº 14.133/2021, alguns apontamentos sobre o Modelo das Três Linhas de Defesa são desenvolvidos. Por fim, apontam-se os dispositivos que retratam e atribuem a ambos os controles atribuições uniformes, sugerindo-se soluções a serem adotadas para evitar sobreposição e conflito de atuação. Dentro do exposto neste artigo, conclui-se que o bom relacionamento entre os controles interno e externo é incentivado pela Constituição Federal (CF), não sendo outra a lição a ser extraída da Lei nº 14.133/2021.

Palavras-chave: Contratações Públicas. Governança. Controle interno. Tribunal de Contas.

Abstract

This article analyses how the performance of internal and external control bodies will take place under the new legislation on public procurement and contracts – Federal Law No. 14,133/2021 – highlighting that it is a law whose central axis is based on the idea of governance, as an instrument capable of correcting problems related to inefficient public contracting processes that can cause irreparable damage to the public treasure. After explaining the meaning of control, the normative framework is analysed alongside with the constitutional law, identifying, even if briefly, what the Control System is, encompassing internal control and external control. Due to the importance and reference expressed in Law nº 14,133/2021, some notes on the Three Defense Lines Model are developed. Finally, the legal provisions that portray and attribute uniform attributions to both controls are pointed out, suggesting solutions to be adopted to avoid overlapping and conflicting actions. Within what has been exposed in this article, we conclude that the good relationship between internal and external controls is encouraged by the Federal Constitution, and that is the lesson to be drawn from Law nº 14,133/2021.

Keywords: Public Procurement. Governance. Internal control. Court of Auditors.

¹ Doutora em Direito. Professora de Direito Administrativo na PUC/SP.

Introdução

Nos termos do art. 22, inciso XXVII, combinado com o art. 37, inciso XXI, ambos da CF de 1988, foi editada a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (com sucessivas alterações), com o intuito primeiro de disciplinar as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Após 28 anos de vigência, no dia 1º de abril de 2021, surpreendentemente houve a sanção da Lei nº 14.133, NLLC. Tramitando há mais de duas décadas – a iniciativa original data de 1995 – as mudanças extremas que o texto sofreu, ao longo do processo, sugeriam serem pequenas as chances de uma NLLC, projeção essa que, notadamente, não se confirmou.

Nos termos do art. 193, inciso II da lei, somente após o transcurso de dois anos da publicação oficial da Lei nº 14.133/2021, é que ocorrerá a revogação integral da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011. Durante esse período, muito embora tenha entrado em vigor na data de sua publicação, como previsto no art. 194, nos termos do contido nos arts. 190 e 191, verificam-se algumas regras de transição: (i) contratos firmados antes de 1º de abril de 2021 continuarão sendo regidos pela lei vigente no momento de suas formalizações; e (ii) até o dia 1º de abril de 2023 a administração pública poderá optar por licitar/contratar diretamente conforme o regime de legislação até então vigente ou a nova, cumprindo indicar, uma dessas duas opções, na instrução pertinente.

A NLLC não foi disruptiva como se pensava, pois, manteve a sistemática já existente, não obstante tenha inserido e tratado de outros temas direta e indiretamente relacionados às contratações públicas.

Entre as inúmeras novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021, destaca-se, com esteio no parágrafo único do art. 11, uma linha mestra baseada na Governança das Contratações, nos seguintes termos:

A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (BRASIL, 2021).

Com base no conceito macro de governança pública, o TCU elaborou a seguinte definição para a governança das aquisições:

Governança das aquisições compreende essencialmente o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão das aquisições, com objetivo de que as aquisições agreguem valor ao negócio da organização, com riscos aceitáveis. (Relatório da TC 025.068/2013-0 que deu origem ao Acórdão nº 2.622/2015 – Plenário) (BRASIL, 2015).

Trata-se de um conceito em construção, cujo escopo é delineado pelas boas práticas em planejamento e gestão e disseminado por meio de acórdãos e novos normativos infralegais. Em suma, governança nas aquisições se refere ao conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos

de controle que visam a assegurar que as decisões e as ações, relativas à gestão das compras e das contratações, estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das metas (art. 2º, II da Resolução TCU nº 247/2011).

Alinhada com a governança, há uma efetiva e real preocupação com o controle das contratações, merecendo, no entanto, ser criticada a falta de uniformidade e de tecnicidade no uso da expressão.

Uma simples pesquisa sobre a expressão “controle” na Lei nº 14.133/2021 indica 34 referências, entre as quais:

- a) 28 compreensivas do controle interno e controle externo; e
- b) nove específicas de controle interno.

Há, também, quatro referências expressas ao Tribunal de Contas.

Por outro lado, nos temas indicados no inciso I, art. 24 (orçamento não sigiloso); inciso IV, art. 60 (programa de integridade como critério de desempate); §§ 1º e 2º, art. 141 (descumprimento da ordem cronológica); inciso V, § 1º, art. 156 (programa de integridade para dosimetria na aplicação das sanções); § 2º, art. 169 (acesso a documentos e informações); § 3º, art. 169 (procedimento de controle); e § 4º (receber e julgar representação), há uma referência legal tanto ao controle interno quanto ao controle externo. Ademais, há também uma equiparação de atribuições entre o órgão de assessoria jurídica e o controle interno (§ 3º, art. 8º; inciso IV, art. 19; e § 3º, art. 117), o que também indica uma sensível ampliação das atribuições da assessoria jurídica no tocante ao controle de legalidade das contratações.

Nesse sentido, após identificar quem é o controle interno e quem é o controle externo, já que não será abordado o órgão de assessoramento jurídico, importante apontar como se dará o relacionamento entre esses controles no contexto da Lei nº 14.133/2021, bem como os papéis que deverão ser exercidos por cada um desses órgãos, em especial, respeitando-se o princípio da segregação de funções.

O controle da administração pública

O controle, previsto como princípio fundamental desde o inciso V, art. 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, pode ser entendido como o “poder de fiscalização e correção que sobre ela (administração pública) exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico” (DI PIETRO, 2021, p. 976).

Controlar pode também ser compreendido como adoção de “ações com o propósito de certificar-se de que algo seja cumprido de acordo com o planejado e em conformidade com o disciplinado no ordenamento jurídico”. (PELEGRINI, 2021, p. 706).

A administração pública, direta ou indireta, sujeita-se a controles interno e externo. O interno é o

controle exercido por órgãos da própria administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo – ou do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, quando eles estiverem agindo no exercício de função atípica administrativa –; por sua vez, o externo, é o efetuado por órgãos alheios à administração, tais como: Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Conforme estruturado pelo Constituinte Originário, nos termos dispostos nos arts. 70 e 71 da CF de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas é realizada conjuntamente pelo controle externo, titularizado pelo Poder Legislativo (Congresso Nacional no plano federal), e pelo sistema de controle interno de cada poder (FUSCO; FERRAZ, 2021, p. 59).

De maneira geral, a auditoria (como sinônimo de controle) realizada por órgãos e entidades públicas é denominado “auditoria governamental”. A denominada interna é aquela realizada dentro da própria organização ou dentro do mesmo poder; por sua vez, a auditoria externa é realizada basicamente pelos Tribunais de Contas (CARVALHO NETO *et al.*, 2019, p. 97-98).

O sistema de controle interno

O Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536/1922) é considerado o embrião da criação do controle interno, ante a referência a um conjunto de estruturas responsáveis pela fiscalização, espalhadas por diversos órgãos, e a Contadoria-Geral da República (CGR), órgão de natureza contábil criado em 1921 e vinculado ao Ministério da Fazenda, atuando nos aspectos contábeis. Outras normas relevantes são:

- a) Lei nº 4.320/1964 – arts. 76 a 80: execução orçamentária (personalidade própria e distinta do controle externo);
- b) Decreto-Lei nº 200/1967 – Inspeção-Geral de Finanças (IGF);
- c) Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) – art. 59;
- d) Lei nº 10.180/2001 – formaliza o Sistema de Controle Interno (SCI).

A CF de 1988, por sua vez, nos arts. 31, 70 e 74, estipula a existência e o funcionamento de um sistema, responsável pelo controle interno, a ser mantido de forma integrada pelos três poderes estatais.

O controle interno não é tarefa exclusiva de um único órgão, nem pode ser desempenhada isoladamente. Entretanto, embora:

[a] Constituição de 1988 determine a existência e atuação do controle interno e tenha recepcionado preceitos anteriores relacionados às suas atribuições, tais como os dispositivos da Lei nº 4.320/64, especialmente seus artigos 76 a 80, percebe-se que, exclusivamente para o controle interno, não houve a fixação de um formato previamente definido nem um *modus operandi* específico para o seu exercício, diferentemente do que se deu com o controle externo, a cargo do Parlamento e de um órgão singularmente delineado para a tarefa – o Tribunal de Contas. (UNGARO; SANTOS, 2021, p. 36)

É, portanto, um processo integrado e projetado nas unidades administrativas do Estado, revelado por normas, rotinas e procedimentos, que busca examinar a adequação de um dado comportamento à lei e ao Direito, contribuindo para a melhoria da qualidade do serviço público (MESSA; MESSA, 2021, p. 463).

Em geral, as macrofunções de controle interno compreendem a execução integrada e transversal das seguintes atividades: auditoria, corregedoria, ouvidoria e transparência e combate à corrupção.

O sistema de controle externo

O Sistema de Controle Externo (SCE) pode ser conceituado como o “conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando à fiscalização, verificação e correção dos atos” (JACOBY FERNANDES, 2003, p. 24), compreende:

- a) o controle parlamentar direto;
- b) o controle exercido pelo Tribunal de Contas; e
- c) o controle jurisdicional².

Nesses termos, os Tribunais de Contas são órgãos constitucionais aos quais compete o exercício do controle externo em auxílio ao Poder Legislativo, nos termos dos arts. 70 a 75 da CF de 1988.

Mas, como corolário do *princípio republicano*, a própria CF também se encarrega de fixar mecanismos de controle dos poderes, uns sobre os outros, dando concreção à teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*). E, assim, estabelece como uma das funções típicas do Poder Legislativo o *controle externo* da administração pública sob os *critérios político e financeiro* (CARVALHO FILHO, 2021, p. 1085) – este último exercido com o auxílio do TCU, nos termos do art. 71 da CF de 1988.

A toda prova, portanto, para que haja equilíbrio entre os poderes – no exercício do *controle do poder pelo poder* e sem prejuízo da separação harmônica e da independência recíproca que constituem *princípio estruturante* da República Federativa do Brasil – faz-se imprescindível reconhecer a existência de *núcleos fundamentais e intangíveis* nas funções estatais cominadas aos ditos poderes. Daí porque a mesma proteção que confere a inalterabilidade da *coisa julgada* que é fruto da *função típica* do Poder Judiciário, e que torna defeso restringir a decisão do Poder Legislativo acerca da conveniência da *edição de novas leis*, também obsta a incursão no *mérito do ato administrativo*³ senão pela própria administração pública.

² Odete Medauar (2012, p. 43) destaca que “desprovido de um ou mais elementos caracterizadores do controle em sentido restrito, poder-se-ia cogitar do chamado controle extraorgânico ou controle social, inserido dentre os controles em sentido amplo, realizado, por exemplo, pelo povo, imprensa etc.”

³ “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada” (MELLO, 2021, p. 918). O mesmo não se diga quanto à discricionariedade, porquanto, enquanto exercício de competência administrativa se sujeita à sindicabilidade.

É bem verdade, porém, que a intangibilidade do mérito do ato administrativo não é, por assim dizer, absoluta. A proteção não afasta de toda e qualquer sorte o exame do juízo de conveniência e de oportunidade, pois há muito já se reconhece que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, bem como o “controle exercido pelos Tribunais de Contas, com fundamento na própria Constituição e sem qualquer tipo de subordinação ao Legislativo” (MOTTA; NAVES, 2021, p. 709), pode se dar tanto sob o aspecto de legalidade quanto de legitimidade⁴ e de economicidade⁵, que, a rigor, abarcam em certa medida o mérito do ato.

No que diz respeito à *atuação dos Tribunais de Contas no exercício do controle externo* ou, em outras palavras, às competências de controle dos Tribunais de Contas, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 182) destacam que é preciso considerar três noções bastante simples:

- a) objeto da fiscalização – como o conjunto de fatos, atos e procedimentos da administração pública ou de terceiros que o Tribunal examina e, a seguir, avalia, positiva ou negativamente;
- b) parâmetro de fiscalização – referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto;
- c) produto da fiscalização – os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza.

Os autores concluem, então, que a fiscalização do Tribunal de Contas é *bem ampla* no que se refere a seu *objeto e parâmetro*, mas, de outra sorte, *muito condicionada* quanto a seu *produto*, ou seja, quanto ao seu *poder de comandar*. Por suas palavras:

[...] a fiscalização do Tribunal pode ter por objeto quase tudo que se relaciona à Administração Pública. É que, além da fiscalização financeira, orçamentária, contábil e patrimonial – matérias sob a jurisdição específica do Tribunal de Contas –, cabe-lhe, no exercício da fiscalização operacional, um exame do todo, do conjunto da atuação administrativa (CF, art. 70, *caput*).

Os parâmetros que o Tribunal pode usar em sua avaliação também são muito variados, não se restringindo à legalidade, pois se estendem também, como dita o art. 70, *caput*, da CF, à economicidade e à legitimidade (ou, para usar fórmula mais consagrada no debate internacional, à economicidade, à eficiência e à efetividade). (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p.182, grifos nossos).

No mesmo diapasão, Helio Saul Mileski (2003, p. 249) assevera que o controle com base na *legitimidade* pressupõe uma fiscalização pautada não só pelas normas legais, porquanto estruturada na *moralidade*. A legitimidade identificar-se-ia com os valores, princípios e fins que regem a ação administrativa, enfim, com o interesse público. Desse modo, aproxima-se do sentido de justiça, de racionalidade no exercício da atividade financeira.

⁴ “Legitimidade. Quando se distingue legitimidade de legalidade, é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato o ato legítimo não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos princípios não-jurídicos da boa administração” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 125).

⁵ “Economicidade. Aqui se autoriza a apreciação se o ato foi realizado de modo a obter o resultado a custo adequado, razoável, não necessariamente ao menor custo possível” (FERREIRA FILHO, 1992, p. 125).

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara (2013, p. 183-184) defendem, ainda, que

[...] os atos de comando que o Tribunal pode produzir são a aplicação de sanções (CF, art. 71, VIII), a sustação de atos (CF, art. 71, X, e §1º) e o registro de certos atos de pessoal (CF, art. 71, III). Não lhe cabe dar ordens cogentes em geral às autoridades administrativas, anular diretamente atos ou contratos, nem suspender ou sustar contratos (pois isto é tarefa do Legislativo – CF, art. 71, §1º)⁶. E “esses atos de comando só podem ser editados para correção ou punição de irregularidades (‘ilegalidades’), em virtude da avaliação do Tribunal de que uma violação de norma jurídica está em curso ou foi cometida (CF, art. 71, VIII e IX).

Em complemento, vale registrar o que adverte Guilherme Corona Rodrigues Lima (LIMA, 2018, p. 52), para quem, o § 2º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993,

[...] traz a previsão legal acerca da possibilidade de controle ou exame prévio de editais de licitações, por parte dos Tribunais de Contas, bem como a possibilidade de tais órgãos de controle imponham medidas corretivas ao órgão licitante, que está obrigado, nos limites que se demonstrará, a observá-los na condução do certame.

Assim, embora discutida na doutrina⁷, compartilha-se do entendimento de que a missão constitucional dos Tribunais de Contas:

[...] abarca o controle da licitação porque esta culmina em um contrato administrativo e gera despesa. A dicção constitucional ‘contratos’ deve ser lida com toda a força normativa que a Constituição reservou à função fiscalizatória dos tribunais de contas, devendo abarcar a fase prévia que antecede a conclusão do contrato, as licitações, mormente seu edital, um dos maiores responsáveis pelos desvios administrativos na realização da despesa pública. Não pode controlar a juridicidade de um contrato administrativo se não se puder controlar os atos que o originam (BIM, 2006, p. 363-386).

Por outro lado, destaca-se que o TCU (e as Cortes de Contas num geral) possui grande atuação *a posteriori* no controle dos atos e contratos, por meio de prestações e tomadas de contas dos administradores, em especial, assim como em outros mecanismos elencados na Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) e em seu Regimento Interno (RI), como levantamentos, auditorias e monitoramentos (visto que os três procuram fiscalizar os atos já emitidos e a gestão sendo realizada, então, por esse motivo, pode-se considerá-los também como uma espécie de controle concomitante ao ato).

Contudo, o interesse está no controle feito antes da atuação administrativa. Em outras palavras, antes da publicação do ato ou, em alguns casos, antes que ele irradie todos os seus efeitos. Portanto, tem-se por controle preventivo aquele com vistas em garantir a lisura do ato ou contrato administrativo tanto pela legitimidade quanto pela economicidade e operacionalidade, para que se evite, dessa forma, desvios de finalidade e danos ao erário.

⁶ André Luiz Freire ressalta que, embora o “Tribunal de Contas da União possa declarar a ilegalidade de atos administrativos unilaterais e sustar a sua execução, a Constituição de 1988 estabeleceu que, em relação aos contratos administrativos, ‘o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis’” (FREIRE, 2008, p. 167).

⁷ “O exame dos editais pelo Tribunal de Contas tem sido objeto de inúmeros questionamentos. Alguns entendem que, por se tratar de fiscalização *a priori*, não deveria ser realizada, pois o Tribunal de Contas realizaria, apenas, fiscalização *a posteriori* – quando as despesas já ocorreram – ou, no máximo, de maneira concomitante, nos casos de inspeções ou auditorias.” (BARROS, 2005, p. 542).

Em que pese, até a CF de 1967,

[...] o controle prévio correspondeu ao núcleo do sistema de fiscalização dos atos e contratos [...]. Este se baseava no chamado sistema de registro prévio, com base no qual a administração, antes de celebrar atos e contratos, os submetia ao Tribunal de Contas, para que este apreciasse sua legalidade, com especial ênfase na verificação de sua adequação com a lei orçamentária. Como desdobramento desse controle, o ato/contrato poderia ser simplesmente registrado, vetado de forma absoluta, ou registrado sob protesto. (MAGALHÃES JUNIOR⁸ apud DAL POZZO, 2008, p. 55-56)

Com o advento do regime militar, todo esse controle passou a ser posterior e somente para os atos que eram submetidos ao TCU.

Com a promulgação da CF/1988, o TCU voltou à posição de órgão constitucional de relevância para a democracia e para a boa gestão pública. Foi aumentado o rol de atribuições e o escopo de suas fiscalizações, bem como seus deveres-poderes. O controle preventivo voltou a constar no bojo dessas atribuições, permitindo uma atuação mais incisiva por parte da Corte de Contas frente a administração pública.

Considerando os procedimentos descritos no item anterior, cabe agora saber quais deles são utilizáveis em sede de controle preventivo e como se dará o seu processamento e resultado, bem como as discussões acerca da atuação do TCU nessa espécie de controle.

O modelo das linhas de defesa

O art. 169 da Lei nº 14.133/2021, reforçando o contido no parágrafo único do art. 11, indica que as contratações públicas deverão se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação. Além de subordinadas ao controle social, as contratações públicas sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

- a) 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 – tem como função supervisionar as atividades relacionadas com as licitações e contratações;
- b) segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade – vai supervisionar a conformidade e colaborar no desenvolvimento e monitoramento dos controles da primeira linha;
- c) terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da administração e pelo Tribunal de Contas – tem uma atuação voltada para a avaliação e adequação dos sistemas de controle interno, visando ao permanente aperfeiçoamento.

Inicialmente idealizado como Modelo das Três Linhas de Defesa, atualizado em 2020 para o Modelo das Três Linhas, pelo *Instituto of Internal Auditors* (IIA), é uma parte importante do gerenciamento

⁸ MAGALHÃES JUNIOR, 2005.

de riscos e controle da organização⁹.

Tem como principal premissa que “o órgão de governança, a gestão e a auditoria interna têm responsabilidades distintas, mas todas as atividades precisam estar alinhadas com os objetivos da organização. A base para uma coerência bem-sucedida é a coordenação, colaboração e comunicação regulares e eficazes” (IIA, [2020]).

De acordo com o Referencial Básico de Gestão de Riscos do TCU:

A abordagem das Três Linhas de Defesa, embora não seja um modelo de gestão de riscos, é uma forma simples e eficaz para melhorar a comunicação e a conscientização sobre os papéis e as responsabilidades essenciais de gestão de riscos e controles, aplicável a qualquer organização – não importando o seu tamanho ou a sua complexidade – ainda que não exista uma estrutura ou sistema formal de gestão de riscos. (BRASIL, 2018, p. 58).

Mesmo que a função da referência às linhas de defesa tenha sido organizar e orientar a atividade de controle, não se pode olvidar que o Tribunal de Contas não se encontra ao lado da unidade central de controle interno, porquanto, por expressa disposição constitucional, apresenta-se como não integrado às rotinas da administração, com independência para o exercício de suas próprias competências. (MOTTA; NAVES, 2021, 709).

Ao que parece, referida inclusão busca atribuir ao Tribunal de Contas uma postura também orientadora em relação à administração pública, para além de uma atuação exclusivamente corretiva e punitiva (NOHARA, 2021, p.543).

O papel dos órgãos de controle na Lei nº 14.133/2021

Sempre reforçando a falta de tecnicidade na referência aos controles interno e externo, é certo que somente uma estreita cooperação e a prossecução de um diálogo construtivo, entre eles, pode promover a gestão eficaz dos recursos do orçamento.

Por outro lado, a preocupação efetiva com a atuação do controle na Lei nº 14.133/2021, a ponto, aliás, de disciplinar o rito processual, bem como o prazo para concessão de cautelares pelos Tribunais de Contas, se pauta pela cultura do “medo” de eventuais excessos do controle.

Sobre essa cultura do medo, em especial do controle tardio, feito pelos Tribunais de Contas:

Ao recentemente apreciar ações diretas de inconstitucionalidade que pediam a suspensão da MP nº 966/20, no entanto, o Ministro Luís Roberto Barroso chamou atenção para uma grave dificuldade envolvida nesse necessário esforço retrospectivo. Utilizando-se de metáfora que inspira o título deste artigo, destacou que a demora na apreciação das decisões administrativas torna inviável a reconstrução das circunstâncias enfrentadas pelo gestor e coloca seus julgadores em um papel de comentaristas de videoteipe.

⁹ O TCU, no Acórdão nº 1.171/2017 – Plenário, indica que o SCI é formado pelas Três Linhas de Defesa; todas elas estão dentro da organização.

De fato, o controle das decisões administrativas costuma ocorrer tempos depois de a decisão ser tomada. Não raro, passam-se anos entre o momento da escolha administrativa e a sua análise pelos órgãos competentes.

[...] Ao analisarmos o passado, além disso, costumamos nele projetar percepções e valores da atualidade. Olhamos o passado com as lentes do presente (2). Assim, o controle público pode eventualmente desconsiderar incertezas na interpretação do direito existentes à época da decisão frente a uma posterior pacificação da questão. Corre-se o risco, ainda, de decisões administrativas tomadas em cenários de emergência serem analisadas a partir de um contexto futuro de normalidade institucional, existente quando da apuração da responsabilidade pessoal. (DIONÍSIO, 2020).

Também denominado de apagão das canetas¹⁰, o medo da atuação das Cortes de Contas foi objeto de análise de Rodrigo Valgas dos Santos, no sentido de que:

[a] postura dos tribunais de contas é de orientar o gestor e, a despeito do rigor desmedido do controle externo brasileiro, as cortes de contas por vezes colocam-se no lugar do gestor ao decidir, de certa forma antecipando o que foi consagrado e tornado cogente pelo art. 22, caput e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

[...] Nos últimos anos assistimos a uma crescente interferência dos tribunais de contas no exercício de função administrativa, especialmente com a expansão de seu poder geral de cautela, o que passa a gerar considerável risco e medo no gestor público [...] (SANTOS, 2020, p. 197-200).

Assim, especialmente quando a Lei nº 14.133/2021 coloca esses órgãos de controle interno e externo em situação de paridade, ou seja, quando indica que a competência poderá ser exercida por ambos os órgãos, deve haver uma garantia de que não serão contraditórias as orientações/determinações por eles exaradas.

Nesse contexto:

- a) a orientação a ser exarada pelos órgãos de controle para o fito atende o inciso IV, art. 60, isto é, desenvolvimento de um programa de integridade pelo licitante como critério de desempate, deve ser decorrente de uma atuação conjunta de ambos os controles, evitando-se orientações conflitantes. No mesmo sentido, a orientação e as normas que servirão como norte para a implementação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade (inciso V, § 1º, art. 156), quando da dosimetria na aplicação de sanções por parte da administração pública contratante;
- b) as medidas a serem tomadas, quando comunicados de que a ordem cronológica dos pagamentos, nos termos do §§ 1º e 2º, art. 141, não foi observada não podem ser contraditórias;
- c) quanto ao julgamento das representações contra irregularidades na aplicação da lei, nos termos do § 4º, art. 170, atentar não existir a necessidade de esgotamento do controle

¹⁰ Expressão utilizada no debate da interpretação do direito público, conforme alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), feitas pela Lei nº 13.655/2018, em que há a paralisação de decisões por causa do temor da responsabilização.

interno para provocação do controle externo, cabendo ao interessado a escolha do órgão a ser provocado. Entretanto, uma vez que ambos sejam demandados, é importante que haja um diálogo interorgânico que possibilite as decisões no mesmo sentido.

Pertinente, por fim, que ambos os controles fixem, conjuntamente, como se dará a atuação de cada um deles, mantendo-se, assim, íntegra a competência de cada um e evitando repetição e sobreposição de atuações.

Conclusão

Com esteio na implementação da Governança das Contratações, a Lei nº 14.133/2021 comunica seu propósito de afastar a ineficiência e o descontrole por meio da previsão de vários mecanismos e instrumentos, que evidenciam a preocupação com uma estrutura procedimental adequada, baseada no planejamento, na gestão de riscos e nos controles.

Para tanto, coloca os órgãos de controle interno e externo como atores importantes e relevantes na busca de contratações íntegras e confiáveis. Aliás, merece aplausos a importância dada ao controle interno.

Mesmo que sejam muitas as críticas e as discussões relacionadas à falta de tecnicidade da Lei nº 14.133/2021, é possível extrair dela a relevância que os controles interno e externo desempenham em um processo de contratação.

A previsão de competências, a ambos os controles, apenas reforça a necessidade da ampliação do diálogo entre eles, com o fito de produção de normativos que possibilitem uma atuação independente, em obediência ao princípio da segregação de funções.

O bom relacionamento entre os controles interno e externo é incentivado pela CF, não sendo outra a lição a ser extraída da Lei nº 14.133/2021.

Referências

BARROS, Márcio dos Santos. **502 comentários sobre licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: NDJ, 2005.

BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas nas licitações e nos contratos administrativos. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 36, p. 363-386, mar./abr. 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

- BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de abril de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.171/2017**. Plenário. Relator: Walton Alencar. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscalizacoes-incluidas-no-relatorio-de-politicas-e-programas-2017.htm>. Acesso em: 13 abr. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº TC 025.068/2013-0**. Deu origem ao Acórdão nº 2.622/2015 – Plenário. Brasília, DF: TCU, 2013.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de gestão de riscos**. Brasília, DF: TCU, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- CARVALHO NETO, Antonio Alves de *et al.* **Sistema de controle interno da administração pública na União Europeia e no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Gonçalves. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O controle público de olho no videoteipe: os desafios da análise retrospectiva dos erros de gestores públicos. Coluna. **Direito do Estado**, Ano 2020, n. 465, 25 jun. 2020. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/pedro-de-hollanda-dionisio/o-controle-publico-de-olho-no-videoteipe-os-desafios-da-analise-retrospectiva-dos-erros-de-gestores-publicos>. Acesso em: 19 nov. 2021.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v.II.
- FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008. (Temas de Direito Administrativo, 20).
- FUSCO, Cláudia Costa de Araújo; FERRAZ, Leonardo de Araújo. Apontamentos sobre as Unidades Centrais de Controle Interno e seu mosaico estrutural no Brasil: a experiência da Controladoria-Geral do Município de Belo Horizonte. In: FERRAZ, Leonardo de Araújo. LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). **Controle interno contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS. **Modelo das três linhas do IIA 2020**: uma atualização das três linhas de defesa. São Paulo: IIA, [2020?]. Disponível em: <https://iiabrasil.org.br/korbilload/upl/editorHTML/uploadDireto/20200758glob-th-editorHTML-00000013-20082020141130.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

LEI nº 14.133/21: a nova Lei de Licitações está vigente e é aplicável. **Blog Zênite**, Curitiba, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/lei-no-14-133-21-a-nova-lei-de-licitacoes-esta-vigente-e-e-aplicavel/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAGALHÃES JUNIOR, Antônio Silvío. **O Controle Externo da Administração Pública pelo Tribunal de Contas**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MESSA, Alcione Aparecida; MESSA, Ana Flávia. Fundamentos da transparência no controle interno. *In*: FERRAZ, Leonardo de Araújo; LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). **Controle interno contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MOTTA, Fabrício; NAVES, Fernanda de Moura Ribeiro. Artigos 169 a 173. *In*: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). **Lei de licitações e contratos administrativos comentada**: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOHARA, Irene Patricia Diom. **Nova lei de licitações e contratos**: comparada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PELEGRINI, Marcia. Artigos 169 a 173. *In*: DAL POZZO, Augusto; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord.). **Lei de licitações e contratos administrativos comentada**: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas – possibilidades e limites. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. cap. 7.

UNGARO, Gustavo; SANTOS, Ludinaura Regina Souza dos. Redes de conhecimento e controle interno da administração pública no Brasil: análise teórico-prática a partir da atuação do CONACI e do Banco Mundial. *In*: FERRAZ, Leonardo de Araújo; LOBO, Luciana Mendes; MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. (coord.). **Controle interno contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 27-50.