



**POR UMA ACCOUNTABILITY SOCIAL NAS LICITAÇÕES E NOS
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**FOR SOCIAL ACCOUNTABILITY IN BIDDING PROCESS AND
ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

DIONIS JANNER LEAL

Doutorando em Direitos Humanos pela Unijuí. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela ATITUS Educação de Passo Fundo – RS. Pós-graduado em Direito Público pela URI. Pós-Graduando em Licitações e Contratações Públicas pela Faculdade CERS. Membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual (GEDUPI). Advogado. E-mail: dionislealadv@gmail.com.

NEURO JOSÉ ZAMBAM

Possui estágio de Pós-Doutorado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da ATITUS Educação de Passo Fundo – RS. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da ATITUS Educação de Passo Fundo – RS. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia). Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: neuro.zambam@imed.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6893744456793355>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5960-4237>.

SALETE ORO BOFF

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Estágio Pós-Doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora Pq CNPq. Coordenadora e Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu em Direito da ATITUS-Educação (RS). Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Novas Tecnologias e Grupo de Estudos GEDIPI. Professora da UFFS. E-mail: salete.oro.boff@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9964386845761903>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7159-1878>.

RESUMO:

O objetivo desta investigação é demonstrar, a partir da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, a ideia de uma *accountability* do tipo social como um recurso atualizado e disponível de controle social das contratações públicas. A boa gestão da administração pública dá credibilidade ao gestor, fomenta a participação social, dinamiza as práticas democráticas e o esclarecimento do público. A conjugação da *accountability* do tipo vertical e do tipo horizontal conectam a ação do Estado, dos governos e das instituições





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

com a população, impactando o seu cotidiano, especialmente a eficácia das políticas públicas. O referencial de análise é Guilherme O'Donnell e Amartya Sen. A atuação preventiva por meio de controles internos otimiza o destino dos recursos públicos e qualifica a gestão pública com ferramentas democráticas legítimas e juridicamente consistentes. É essencial a construção de novas formas de fiscalização, controle e a lisura da administração pública.

Palavras-chave: *Accountability*. Contratação pública. Controle social. Democracia. Transparência administrativa.

ABSTRACT:

The objective of this investigation is to demonstrate, based on Law n. 14,133 of April 1, 2021, the idea of social accountability as an up-to-date and available resource for social control of public procurement. Good management of public administration gives credibility to the manager, encourages social participation, streamlines democratic practices and public awareness. The conjugation of vertical and horizontal accounting connects the action of the State, governments and institutions with the population, impacting their daily lives, especially the effectiveness of public policies. The analysis reference are Guilherme O'Donnell and Amartya Sen. Preventive action through internal controls optimizes the use of public resources and qualifies public management with legitimate and legally consistent democratic tools. It is essential to build new forms of supervision, control and fairness of public administration.

Keywords: Keywords: Accountability. Public Contracts. Social Control. Democracy. Administrative Transparency

1 INTRODUÇÃO

O controle dos gastos públicos sempre foi objeto de regulações expedidas pelo Estado a fim de que sejam cumpridas por seus próprios agentes e fiscalizadas por outras ramificações estatais e pelo povo. Com o advento da nova Lei de Licitações e Contratos (NLCC), Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, houve um reforço que contribuiu para a atividade-meio do Estado visando gerir os processos e procedimentos de contratação a partir da boa administração. Essa lei é uma referência para a modernização do Estado, a democratização das suas ações e o impulso para a participação concreta dos cidadãos por meio do controle da atividade pública, exercendo de forma efetiva a sua condição de agente ativo.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

A partir do novo texto legal, incorporaram-se alguns entendimentos doutrinários¹ e jurisprudenciais² – como a prova de qualidade de produtos por normas técnicas³ ou por meio de amostras⁴ – que visam otimizar a contratação pública e, com elas, a inserção de novos princípios, como o da probidade administrativa, da transparência, além do dever de adotar um modelo político de governança na contratação pública, gestão de riscos e submissão ao controle social.

O objetivo geral deste artigo é demonstrar, a partir da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, a existência de uma *accountability* do tipo social como um recurso atualizado para o controle social das contratações públicas. Como objetivos específicos, pretende: apresentar as ferramentas de controle preventivo, controle interno e gestão de riscos; conceituar *accountability* social; identificar a existência de elementos de *accountability* nas abordagens da Teoria de Guilherme O'Donnell e Amartya Sen na Lei nº 14.133/2021; defender a transparência dos processos de contratação como estratégia para efetivação do controle social nas contratações públicas e fomento da participação social.

1 Santana, Camarão e Chirspim já observavam a inexistência de regras específicas acerca das garantias de qualidade na contratação, como *amostras* e sujeição às normas técnicas da ABNT. SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 95 e 121.

2 Sobre a aceitabilidade de amostras e de normas técnicas da ABNT como critério de qualidade ver as decisões referenciais do TCU: [Acórdão 1667/2017-Plenário](#) e [Acórdão 1225/2014-Plenário](#), respectivamente.

3 Art. 42 da Lei nº 14.133/2021: A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; [...].

4 O § 3º do art. 42 da nova Lei de Licitações assim dispõe: § 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

A pesquisa que deu origem a este artigo se orienta pelo seguinte problema: a *accountability* social é uma ferramenta de controle contemplada pela Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, para a melhor fiscalização e transparência das contratações públicas? O método de abordagem é o dedutivo, tendo como premissa de análise a Lei nº 14.133, que orienta esta pesquisa. A técnica de investigação bibliográfica contempla os fundamentos das teorias de O'Donnell e Amartya Sen devido ao reconhecimento das suas contribuições para a temática da *accountability* e da organização eficaz, transparente e atualizada da gestão pública no atual período. Utiliza-se a análise documental indireta de comentadores sobre a legislação em tela e sua aplicação.

A arquitetura de apresentação fundamenta, primeiro, as concepções de controle preventivo, controle interno e a gestão de riscos como ferramentas do controle previsto nas contratações públicas na Lei nº 14.133/2021. Na segunda seção, prioriza-se o tema da *accountability* do tipo social por meio da provisão de novos instrumentos consagrados nos dispositivos legais da NLLC. Nas considerações finais, considerando o contexto de combate à corrupção na gestão pública e a eficiência e eficácia das políticas públicas, apresentam-se as avaliações da nova legislação que pretende atualizar a administração pública, assim como se analisa se há necessidade de outras medidas para o fortalecimento da rotina democrática por meio de atualizados meios de participação.

A boa governança pública clama por mecanismos aptos para otimizar o trato da coisa pública e subsidiar o gestor público com instrumentos capazes de conseguir construir níveis compatíveis de efetividade do interesse público. Todavia, é insuficiente exigir eficiência estatal em nível constitucional se não há, em contrapartida, mecanismos de controle e responsabilização dos atos de gestão dos agentes públicos, cujo dever é atuar com responsabilidade pública, compromisso de Estado e atuar com eficiência no uso de suas atribuições legais nos ambientes de serviços públicos que lhes são confiados.

Para além da arquitetura jurídica e de atualizados mecanismos de *accountability*, a qualificação da gestão pública supõe a transparência administrativa e os meios de divulgação e participação acessíveis e conhecidos pelo público.





2 DISPOSITIVOS LEGAIS DE CONTROLE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A nova lei de licitações promoveu a inserção de princípios e regras que o gestor público deve adotar na condução dos processos de contratação pública, como a implementação da governança, da gestão de riscos e de medidas de controle preventivo. No artigo 169, estabeleceu os fundamentos do controle nas contratações públicas, em que a alta administração do órgão adotará as práticas permanentes de controle. Destaca-se a necessária subordinação ao controle social, objeto de seção específica.

2.1 GESTÃO DE RISCOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Apesar de a gestão de riscos no ordenamento jurídico brasileiro ser considerada uma “novidade” para muitos entes federados, em especial nos procedimentos de contratação pública, sua existência precede ao novo diploma das licitações. Por exemplo, na esfera do governo federal, a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº1/2016, o Decreto Federal nº 9.307/2017 e a Instrução Normativa nº 05/2017.

Apesar disso, os limites estabelecidos pela Lei de Licitações acerca da gestão de riscos merecem esta atenção, seja em razão da sua iniciação para muitos agentes públicos, seja pela ausência de definição no próprio diploma legal das contratações. Há necessidade de outros instrumentos e normativas legais, assim como da doutrina especializada, da sua compreensão para fins de adoção e aplicação no cenário das novas contratações públicas que se avizinham. Obtempere-se, esta pesquisa dispensará apresentação de modelos de mapas de riscos ou de procedimentos para confecção de uma gestão de riscos.

Entende-se risco, numa aplicação na esfera administrativa, como tudo que é passível de causar prejuízo a um determinado processo administrativo (interrupção, suspensão, anulação, revogação)⁵. A nova lei de licitações dispensou a definição de

5 Leal considera risco aplicável a processo administrativo como “tudo aquilo que tem potencial, maior ou menor, de determinado evento prejudicial e futuro possa ocorrer em um processo definido”.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

riscos, análise de riscos, gestão de riscos, mas o fez para matriz de riscos em seu inciso XXVII⁶, do artigo 6º, vinculando à execução do contrato.

Viabiliza-se ao gestor público perquirir, para fins de regulamentar o artigo 169 da Lei de Licitações no âmbito de sua entidade ou órgão público, adotando definições e conceitos de normativas federais a fim de subsidiar a elaboração de sua gestão de riscos. Assim como existem normativas legais expedidas pelo governo federal – contempladas a seguir – é salutar advertir a existência de outras normativas, comumente conhecidas como normas técnicas⁷, as quais, muito embora adotadas em vários procedimentos

Compartilhamento de dados pessoais na Administração Pública: Accountability e compliance como instrumentos de controle e gestão (p. 90). Habitus. Edição do Kindle.

6 Art. 6º, inc. XXVII: matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência; b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico; c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

7 Para aprofundamento desta temática sugere-se: BOFF, Salete Oro; LEAL, Dionis Janner. Exigibilidade Constitucional da Sustentabilidade nas Contratações Públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública**, 6 (1), 98-118, 2020.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

licitatórios⁸, passam despercebidas pelo gestor público quanto a sua aplicação ao processo de contratação em si.

Um exemplo é a norma técnica ISO 31000:2018, a qual define o risco como o “efeito da incerteza nos objetivos”, e o processo de gestão de riscos como um “processo holístico de gestão que se aplica a todos os tipos de organização, em todos os níveis (ABNT/ISO 2018, p. 5). Ainda, segundo essa norma técnica, há benefícios da gestão de riscos que incluem a redução de eventos surpresos, o aproveitamento de oportunidades, a melhoria de informações para tomada de decisão, a melhoria do planejamento, desempenho e eficácia, a economia e eficiência, a melhoria da reputação da instituição, dentre outros (ABNT/ISO 2018, p. 9).

Outrossim, para adotar uma metodologia ou processo de gestão de riscos nos processos de contratação pública, o agente público poderá fazer uso de alguns *standards* (condutas, padrões) ou normas técnicas que tratam de gestão de riscos, como a mencionada norma ISO 31000/2018, assim como o ERM COSO (Enterprise Risk Management), que é uma metodologia criada para identificar riscos gerais da organização (GIOVANINI, 2014, p. 62).

Analisando os instrumentos normativos de gestão de riscos disponíveis no âmbito federal, temos a Instrução Normativa Conjunta MP/CGU nº1/2016 que estabeleceu a obrigatoriedade da implementação da gestão de riscos nos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal (art. 13), e a definiu em seu art. 2º, inc. VII, como o “processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização” (BRASIL, 2016).

Por sua vez, outra norma federal, o Decreto nº 9.203/2017, ao estabelecer a política de governança na Administração Pública federal, exigiu de forma compulsória a instituição da gestão de riscos, cuja competência fica ao encargo da alta administração

8 É comum encontrar editais de contratação pública utilizando-se de normas técnicas para mensurar objetivamente a qualidade de produtos e serviços a serem adquiridos pelo Poder Público.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

do órgão ou entidade, nos termos do seu artigo 17. É como está previsto no §1º do artigo 169 e no parágrafo único do artigo 11, ambos da nova lei de licitações. Eis aqui um exemplo claro das inserções de boas práticas nas contratações produzidas por outras esferas de governo, que poderá ser objeto de adoção

É necessário compreender que a adoção da gestão de riscos nos processos licitatórios tem caráter compulsório, a cargo da alta administração do órgão ou entidade pública, o que exigirá medidas a serem tomadas por todos os gestores públicos a partir dos novos contratos administrativos, ao adotar a nova lei desde a sua promulgação e dispensar a *vacatio legis* (art. 193, inc. II), como faculta o seu artigo 191⁹.

Portanto, obriga-se a autoridade máxima de cada órgão ou entidade de todas as esferas governamentais à implementação compulsória da gestão de riscos, partindo-se do uso espelhado de instrumentos legais existentes em outras esferas de governo, como as normativas federais mencionadas, ou adotando-se normas técnicas setoriais divulgadas pela ABNT, por exemplo, podendo se valer de técnicas de compilação, uma vez que há responsabilização pela não adoção dessas medidas de governança em contratação pública. Esse é o caso da gestão de riscos, evidente e notória, passível de caracterizar uma responsabilização administrativa, cível e criminal por omissão.

Na doutrina, o gerenciamento de riscos é “a capacidade de uma organização de gerenciar incertezas”, positiva ou negativa, que “consegue antecipar o maior número de eventos incertos [...] é entender como identificar o risco, priorizar e tratar os eventos encontrados” (CASTRO; GONÇALVES, 2018, p. 48). Como exemplo, pode-se citar o

9 Dispõe a nova Lei de Licitações, Art. 191: Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

risco (previsível) de contratar uma empresa incapaz de atender às especificações do objeto licitado ou ainda com condições econômico-financeiras duvidosas, motivo pelo qual a lei de licitações permite certa discricionariedade ao gestor público. Ou seja, na fase preparatória do processo de contratação (estudo técnico preliminar, termo de referência), permite abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão e a motivação circunstanciada das condições do edital¹⁰, como a qualificação econômico-financeira da futura contratada, limitando-se à documentação autorizada na lei, assim como permite ao gestor optar por estabelecer a exigência mínima de capital ou patrimônio líquido para determinadas aquisições¹¹.

No controle externo, a título referencial, o Tribunal de Contas da União (TCU) lançou, em 2018, o guia de referência de gestão de riscos, no qual consta que “persiste a necessidade não apenas de estruturas e processos, mas também de uma cultura de gerenciamento de riscos, a fim de contribuir para que a organização obtenha resultados com desempenho otimizado (TCU, 2018, s.p.).

Anteriormente, como recorda Silva (2018, p. 397), a Corte de Contas da União se referia à gestão de riscos como “indispensável na governança da Administração Pública”. Isto porque, em algumas decisões, o TCU manifestou-se no sentido de recomendar a adoção da gestão de riscos pela Administração Pública e a implantação

10 Dispõe o art. 18, inc. IX da Lei de Licitações: A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o [inciso VII do caput do art. 12 desta Lei](#), sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...] IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio; [...].

11 Dispõe o art. 69, § 4º da Lei nº14.133/2021: A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

[...] § 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

de controles para mitigar riscos, como nas contratações emergenciais¹², em desacordo com o dispositivo legal, e como medida para o aperfeiçoamento das compras centralizadas¹³, que, ao ganhar em escala, poderia frustrar a participação de empresas que possuem baixa expertise.

Nesse último exemplo, outra boa prática recomendada pelo Tribunal de Contas da União foi incorporada ao texto do novo diploma legal de licitações, que, em seu inciso I, do artigo 19, obrigou os órgãos da Administração Pública instituir instrumentos que permitam a centralização das aquisições de bens e serviços.

Ao que tudo indica, uma das maiores dificuldades a serem observadas de imediato pelos gestores públicos, em especial nas entidades em que pouco se sabe ou nunca foi abordado o tema acerca de riscos, será a ausência de cultura de gerenciamento de riscos. Assim, acabará oportunizando e mantendo a ocorrência de falhas e erros graves praticadas por agentes públicos que podem caminhar para um dano ao erário, além do uso inadequado de recursos públicos e, via de consequência, a imputação de responsabilidade aquele que, por ação ou omissão, contribuiu para o evento do ato lesivo.

12 Acórdão 1796/2018 – Plenário TCU. É recomendável à Administração Pública a implantação de controles para mitigar riscos que possam resultar na realização de contratações emergenciais que afrontem o art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, a exemplo de medição do nível mínimo de estoque para itens essenciais e de alerta sobre a necessidade de tomada de decisão quanto à prorrogação de contrato de serviço de duração continuada ou à realização de nova licitação. Boletim de Jurisprudência 230/2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/gest%25C3%25A3o%2520de%2520riscos/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25A3ncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/1/%2520>. Acesso em: 20 mar 2021.

13 Acórdão 2348/2017 – Plenário TCU. Com vistas ao aperfeiçoamento de aquisições centralizadas, é recomendável que a Administração Pública realize a *gestão de risco* de suas compras, principalmente quanto à sustentabilidade do fornecimento, de modo a evitar a monopolização do mercado e a imposição de barreiras à entrada de empresas que não possuam expertise no fornecimento de grandes quantidades de bens e serviços. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/gest%25C3%25A3o%2520de%2520riscos/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25A3ncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/2/%2520>. Acesso em: 20 mar 2021.





2.2 CONTROLE PREVENTIVO E CONTROLE INTERNO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Ao lado da gestão de riscos, a adoção de controles internos e preventivos, conceitos também indefinidos na nova lei de licitações, formam o conjunto de controle das contratações públicas no novo diploma legal. Essa percepção retrata a necessidade de combate permanente e com meios eficientes e efetivos de práticas de corrupção ou ineficiência que inviabilizam o funcionamento da administração pública de forma transparente e eficaz por meios da boa prestação de serviços e políticas públicas direcionadas para a qualidade de vida das pessoas, especialmente aquelas em situação de vulnerabilidade social.

Nesse contexto, Sen (2015, p. 114) afirma que “a corrupção é promovida e alimentada pela ausência de sistemas de *accountability*, que não podem ser promovidos pelos meios grosseiros de punição de uma justiça sumária”. Portanto, uma legislação atualizada, funcional e que fomente a transparência dos controles é essencial para a vitalidade da administração pública e a prestação de serviços, especialmente, com a utilização dos modernos recursos das novas tecnologias e formas inovadoras de participação social cada vez mais ao alcance de todos.

O controle, ao lado da liderança e da estratégia, é um dos mecanismos de execução da governança pública, nos termos do artigo 5º do Decreto Federal nº 9.203/2017, que “compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais”, ao mesmo tempo em que visa “garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos”.

O aludido diploma legal prescreve, em seu artigo 2º, inciso I, a definição de governança, como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”, que, para



QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Altounian, Souza e Lapa, é um plexo de instrumentos que potencializam a viabilidade da conduta do agente público “ocorrer de acordo com os interesses do principal (sociedade), e que ocorra a correção tempestiva dos problemas no caso de isso não acontecer” (2020, p. 276).

As estratégias de governança contemplam, portanto, o fato de criar diretrizes ou estabelecer uma política ou exercer o controle sobre a gestão. De acordo com Fenili (2018, p. 23), “estabelecer regras ou estruturas para o planejamento, organização, direção e controle são incumbências próprias da governança”. Na mesma linha, Altounian, Souza e Lapa (2020, p. 276) contribuem quando afirmam que a governança corresponde a uma pomposidade de ferramentas “para que as pessoas que detêm o poder (‘principal’), mas não o controle sobre a execução, possam direcionar as ações do agente, monitorá-las e avaliá-las”.

Os incisos do artigo 169 estabeleceram as linhas de defesa do controle das contratações, sendo que na primeira (inc. I), é integrada por agentes públicos que atuam no âmbito dos setores de licitações e da estrutura de governança do órgão licitante. A segunda linha (inc. II) é composta por agentes da assessoria jurídica e o controle interno do próprio órgão licitante. Por fim, a terceira linha de defesa (inc. III) compreende o controle interno central da Administração (se for o caso) e pelo controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas respectivo.

No referencial básico de governança do TCU¹⁴, o controle interno relacionado à gestão de riscos e controle é “um processo integrado e dinâmico efetuado pela direção e pelo corpo de colaboradores, estruturado para enfrentar riscos e fornecer razoável segurança [...], na consecução da missão da entidade”, serão alcançados objetivos gerais, como a execução ordenada, eficiente e eficaz das operações, o cumprimento das leis e dos regulamentos e o cumprimento dos deveres de *accountability* (BRASIL, 2014, p. 58). Ao se compararem os incisos do artigo 169 da nova lei com o eixo de controle

14 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/referencial-basico-de-governanca-2a-versao-8A81881F747473CC0174785B56452FD5.htm>. Acesso em 20 mar. 2021.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

estabelecido como mecanismos e componentes de governança pelo referencial do TCU, percebe-se que são similares¹⁵.

Quando o artigo 169, *caput*, da nova lei de licitações versa acerca de práticas contínuas de controle preventivo, ele não diz respeito ao controle interno em si, que pertence à segunda linha de defesa do controle das contratações. Essa conclusão se extrai da definição da Cartilha de governança municipal¹⁶ de que o Controle Interno é uma instituição de cunho preventivo, que oferece ao gestor público informações acerca de legalidade, diretrizes, metas ou riscos dos atos da administração (TCU, 2019, p. 50). Na prática, os integrantes das linhas de defesas – o que inclui o controle interno – deverão observar o disposto no § 3º do dispositivo legal em comento, tomando frente na constatação de irregularidades ou impropriedades nas contratações públicas.

A concepção de controle interno, para Medauar (2020, p. 57), corresponde a “vários tipos de fiscalização existentes no interior da própria Administração Pública”, ou seja, vários órgãos e funções internas que exercem o poder de fiscalização na própria organização administrativa do Poder Público a que está inserido. Logo, o controle preventivo – que se distingue do controle interno – previsto no *caput* do artigo 169 da lei de licitações será exercido pelos agentes de contratação pública (inciso I), auxiliado pela equipe de apoio (art. 8º, § 1º), sem descuidar do apoio do controle interno e da assessoria jurídica (art. 8º, § 3º)¹⁷.

15 Ver página 39 do mencionado referencial do TCU.

16 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/governanca-publica-municipal-transformando-sua-administracao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2021.

17 Art. 8º. A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação. § 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe. [...] § 3º As regras



QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Essa é a inteligência extraída do artigo 169 e seus incisos¹⁸ da lei de licitações, caracterizando a existência de vários tipos de controles, exercidos por agentes diversos, os quais podem atuar de forma prévia e autônoma, ou concomitante, ou ainda *a posteriori*. Essa possibilidade de atuação de vários controles (prévio, concomitante e posterior) tipificado na lei é corroborada pela doutrina de Medauar (2020, p. 59), ao afirmar que “o controle interno pode ocorrer antes da existência ou eficácia de uma atuação (controle prévio), simultaneamente à realização do ato (controle concomitante) ou após a atividade (controle sucessivo ou *a posteriori*)”.

Na realidade, trouxe-se o controle interno e a assessoria jurídica de forma mais clara, uma vez que trata dos papéis a serem desempenhados no controle das contratações públicas, desde o seu planejamento – minutas de editais e demais documentos – (inc. IV, art. 19) até a sua execução contratual do objeto licitado (§ 3º, art. 117), no suporte a dirimir dúvidas ou no subsídio do fiscal do contrato.

Um exemplo de controle prévio é o desempenhado pela assessoria jurídica do órgão, à qual, nos termos do artigo 53 da NLLC, competirá a análise de legalidade do

relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

18 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.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

processo licitatório, já na fase preparatória (antes da divulgação e publicação do edital). Apesar de a assessoria jurídica estar presente na segunda linha de defesa do controle das contratações, na fase inicial do processo, ela exerce um controle preventivo (de legalidade), ao passo que nos termos do artigo 169 poderá desempenhar papel secundário, de controle concomitante ou posterior. Dito de outro modo, a assessoria jurídica manifestar-se-á mais de uma vez nos autos da contratação, sempre quando requerido, inexistindo margem de discricionariedade em emitir parecer ou não quando requisitado.

Mesmo que essa nova realidade seja muito bem-vinda e esperada pelos gestores públicos, uma vez que lhe trará mais subsídios e corresponsabilidade (§ 2º, art. 169), observa-se que o controle das contratações públicas estará também subjugado ao controle social, o qual se apresenta com maiores detalhes neste estudo, apesar da sua citação no texto da lei ser residual, o que não descaracteriza sua importante inserção.

3 DO CONTROLE SOCIAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

O artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, se comparado à Lei nº 8.666/1993, que findou sua vigência em 31 de março de 2023, incorporou novos princípios expressos, dentre os quais destacamos o da transparência. Essa é uma dimensão fundamental para a Administração Pública considerando o impacto do correto uso dos recursos, consequência da contribuição dos cidadãos, sobre o cotidiano da população por meio das políticas públicas. Sen (2015, p. 100), em contexto diverso, assevera:

[...] é particularmente importante perguntar como a *accountability* no setor público deve ser desenvolvida e fortalecida. A triste verdade é o debate 'público versus privado' até gora concentrou-se de maneira esmagadora na 'necessidade' de um setor público bem conduzido, e não em como as instituições públicas que se supõe necessárias devem ser geridas, ou o que exatamente tornaria os tomadores de decisão e operadores envolvidos sujeitos à *accountability*.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Os atos administrativos praticados nos certames públicos, assim como outros, são objeto de tratamento¹⁹ pela Lei de Acesso à Informação (LAI) – Lei nº 12.527/2011 –, que regulou o direito fundamental de acesso a informações²⁰, que, dentre suas diretrizes, tem como objetivo assegurar o desenvolvimento do controle social da Administração Pública (art. 3º, inc. V, LAI), atendendo aos princípios transparência da Administração Pública.

O controle social visa as decisões já tomadas ou as que estão em vias de adoção com o “intuito de verificar ou provocar a verificação da sua legalidade, moralidade, impessoalidade, economicidade, conveniência e oportunidade” (MEDAUAR, 2020, p. 195), que se refere a verificações diretas de pessoas naturais ou associações civis, a fim de permitir que a Administração utilize a autotutela, corrigindo inadequações de seus atos ou omissões, bem como oportunizam a atuação de órgãos de controle. Essa forma de atuação visa superar uma visão limitada de participação, debate público e interação da população com os governantes. Nesse sentido, esclarece Medauar (2020), que meras manifestações reivindicatórias – protestos ou passeatas – não representam controle social sobre o Poder Público, uma vez que devem respeitar diretrizes indicadas na legislação.

Percebe-se que o controle social exige a presença de um rito procedimental para angariar êxito, sem o qual a burocracia estatal deixa de exprimir e captar os vícios ou insuficiências na prestação de serviços públicos reclamadas pela população usuária. Como exemplo prático de um mecanismo de controle social “legalizado”²¹ na temática

19 Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: [...] VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos;

20 Art. 5º, CF: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

21 Diz-se legalizado por dizer respeito à legitimidade de atuação conferida por lei.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

das contratações públicas é o disposto no artigo art. 170, §4^o²², da Lei nº 14.133/2021, em que qualquer cidadão ou licitante – qualidade de participante –, tem a possibilidade de representar a órgãos de controle interno ou externo, como o Tribunal de Contas, em face de irregularidades na aplicação da aludida Lei.

A LAI, ao lado do controle social, estabelece como diretriz o fomento ao desenvolvimento da transparência no Poder Público. É insuficiente a mera publicação de atos finalísticos ou não (edital/ata/homologação) ou extratos de contratos administrativos em portais de transparência sem o acesso aos demais conteúdos do processo, como pareceres, despachos ou orçamentos a fim de oportunizar ao cidadão uma melhor transparência.

Conforme Sen (2015, p. 118), em ampla abordagem sobre esta problemática, afirma que um dos maiores entraves para a mudança positiva e progressiva da Administração Pública, especificamente a implementação de sistemas de controles preventivos, punitivos e educativos, está na resistência impregnada na população e seus líderes de que “nada vai mudar”. Tal convicção gera uma atitude de impotência.

De outra perspectiva, também destaca alguns indicativos que podem contribuir para estes objetivos: investimentos em educação para que a população recupere a autoestima e autoconfiança; mudança na legislação em geral e no funcionamento das instituições; utilização dos recursos das novas tecnologias para a transparência da gestão pública e como recurso preventivo; descentralização do poder das tomadas de decisão; implantação de sistemas democráticos de *accountability* como estratégia rotineira do serviço público; e fomento de formas de participação popular juntamente com a cooperação entre as diferentes forças políticas em torno de temas relevantes como a própria implantação de sistemas de *accountability* e outras formas de prevenção e combate à corrupção e irregularidades.

22 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](#). [...] § 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.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Nesse ambiente complexo, importante destacar a distinção entre o princípio da publicidade ao do princípio da transparência. A publicidade refere-se a atos administrativos em que “apenas as decisões finais tornaram-se públicas”, ao passo que, na transparência os atos, são acompanhados “ao tempo em que se processa sua confecção”, surgindo um novo paradigma na apresentação dos atos administrativos (STAFFEN; OLIVIERO, 2015, p. 81).

Portanto, é salutar mencionar que a simples aplicação do princípio da transparência é insuficiente para que os atos administrativos internos venham à luz, mas permite conhecimento de que eles existem e podem ser acessados oportunamente. É em relação a esse aspecto que o controle social das contratações públicas pode servir para a efetividade da *accountability* social.

3.1 REFERÊNCIAS GERAIS SOBRE A *ACCOUNTABILITY*

A *accountability* na dinâmica do setor público é uma dimensão cara à democracia considerando a necessidade de transparência e participação do público. A divulgação, o acesso e o direito de “saber mais”, questionar e esperar do gestor público esclarecimentos, explicações ou correções de rumo a qualificam como mecanismo indispensável para uma organização social segura e legítima. Ou seja, preenche de forma concreta a condição de agente ativo do cidadão²³ ou de sujeito de direitos como prevê a Constituição Federal.

Nesse sentido, O'Donnell destaca a *accountability* como é naturalmente vinculada à democracia e ao Estado (2017, p. 13). Contrariamente, constata-se que, em

23 A compreensão de agente ativo segundo Sen (2000, p. 221) é: “Ver os indivíduos com entidades que sentem e têm bem-estar é um reconhecimento importante, mas ficar só nisso implica uma concepção muito restrita da mulher como pessoa. Portanto, compreender o papel da condição de agente é essencial para reconhecer os indivíduos como pessoas responsáveis: nós não estamos apenas sãos ou enfermos, mas também agimos ou nos recusamos a agir, e podemos optar por agir de um modo ou de outro”.



QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

regimes não democráticos, esses mecanismos de controle do Estado e seus agentes políticos deixam de existir ou são mitigados.

Nessa prerrogativa de análise, é essencial a conexão entre comportamento social, existência de legislação atualizada, resposta aos incentivos e repercussão sobre o moral da população, destacados por Sen (2015, p. 122; 124), respectivamente:

Não se pode negar que alterar a maneira como as pessoas se comportam é algo bastante difícil de conseguir apenas por meio de decisões políticas ou campanhas públicas”; “Os seres humanos respondem a incentivos”; e “os incentivos incluem não apenas ganhos públicos e lucros, mas também admiração e louvor público como uma influência positiva, e a denúncia e a execração pública como um impedimento potencial.

A dimensão da *accountability* do tipo vertical destaca-se – mas não se limita – no âmbito eleitoral em que cidadãos podem, a partir do voto, manter ou sancionar seus governantes. E pode contemplar outras manifestações, a exemplo das liberdades de associação e de acesso a outras fontes de informações ou a partir de proposição de demandas sociais sem que haja coerção estatal – o que pode ser reconhecido como uma dimensão social da *accountability* –, iniciativas realizadas por ato individual ou coletivo em relação aqueles providos de cargos públicos, de caráter efetivo ou provisório, de cargos eletivos ou não, e compreende também a possibilidade de interpelar os atos das autoridades públicas (O’DONNELL, 2017, p. 100).

Por outro lado, a dimensão horizontal da *accountability* contempla a ideia da existência de órgãos ou entidades do Estado que possuem a prerrogativa institucional de agir em face de outros órgãos e entidades públicos, como a supervisão e a aplicação de sanções de caráter legal quando praticam atos delituosos, contra ações ou omissões de outros agentes (O’DONNELL, 1998). Tais órgãos podem pertencer à mesma estrutura administrativa do ente público, a exemplo de uma Secretaria supervisionar atividades de outra ou ter certa autonomia administrativa ou natureza autárquica. Outrossim, podem pertencer a organismos externos, como o Tribunal de Contas.

Os órgãos de controle interno – de natureza autárquica ou sem personalidade jurídica – devem possuir prerrogativa legal na sua criação para supervisionar, controlar e sancionar outros órgãos e entidades públicas e, para serem efetivas, essas prerrogativas





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

legais devem ensejar autonomia suficiente para aplicar suas atribuições e operar de forma conjunta. Nesse contexto, seria temerário a existência de órgãos internos – como às vezes ocorre com as auditorias ou controladorias internas – sem autonomia administrativa, técnica e financeira que sejam garantidos por lei. A violação das prerrogativas de uma instituição de *accountability* do tipo horizontal é possível a partir do momento em que uma passa a invadir a autoridade de outra – o que O'Donnell chama de transgressão – ou por recebimento de vantagens ilícitas que um agente público responsável pela condução da instituição de *accountability*, a que o autor denomina corrupção (2017).

Por sua vez, Sen destaca a *accountability* a partir de um prisma mais amplo, não adentrando em seus tipos específicos. Boa parte de seu argumento é de que os governantes, políticos e gestores devem insistir em formas de *accountability* no funcionamento do setor público, isto é, as instituições públicas devem ser geridas a ponto de identificar, orientar e controlar os agentes tomadores de decisões e agentes administrativos sujeitos a mecanismos de controle. Ademais, alude à necessidade de um sistema de *accountability* ser associado aos objetivos institucionais e do interesse público para o qual as entidades foram concebidas, ao mesmo tempo que se deve refutar a fantasia de que, num mundo imaginário de agentes públicos dedicados e cumpridores de deveres sociais, se dispensa um sistema de controle e responsabilização. O vigor da democracia é dependente da efetivação desses processos internos em vista do bem comum, o que requer ampla participação e acesso universal à informações.

A exigência de prestar contas e de assumir responsabilidades pelos atos praticados está relacionada à Lei de Acesso à Informação, como sendo uma medida jurídica concreta destinada a assegurar a *accountability*. A norma de acesso à informação corrobora o dever de prestar contas dos agentes públicos à sociedade, uma vez que disponibiliza a qualquer pessoa o acesso a documentos e o direito de pedidos de esclarecimentos e informações relativas aos atos e procedimentos que são executados pelo Poder Público. Tal mecanismo – o direito de acesso à informação²⁴ – é um meio

24 De acordo com a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação): Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

privilegiado de controle social, instituto o qual também previsto na nova lei de licitações (art. 169, *caput*) como controle das contratações públicas.

A ausência de um sistema de *accountability* promove e alimenta a corrupção, pois um sistema defeituoso dá aos agentes públicos uma visão deturpada de incentivos porque pode ensejar práticas de atos negligentes nos serviços públicos por inexistir penalidades sistemáticas, sem supervisão e fiscalização sobre os atos praticados. Assim, “qualquer sistema que deixa funcionários públicos efetivamente no comando [...] sem supervisão e fiscalização, pode se tornar um campo minado de práticas corruptas” (SEN, 2015, p. 157). Logo, é imperioso verificar como os dispositivos na nova lei de licitações ensejam um sistema de *accountability* minimamente suficiente ou não deficiente a ponto de permitir práticas ilícitas²⁵ que contribuam para burlar a contratação pública ou deixar de responsabilizar a autoridade competente.

Os requisitos de *accountability* horizontal são supervisão, responsabilidade, controle e sanção e, no seu papel no âmbito das instituições públicas, destacam-se os mecanismos de controle e responsabilização²⁶ existentes na nova lei de licitações.

2.2 ACCOUNTABILITY SOCIAL NA PERSPECTIVA DE O'DONNELL

A compreensão de O'Donnell (2017) sobre *accountability* social foi construída a partir da compreensão de Peruzzotti e Smulovitz (2002), que versa sobre a importância de existir um mecanismo de controle vertical dos agentes políticos, a partir de ações de

em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: [...] V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

25 É oportuno destacar que não se está a defender a implementação de um sistema totalmente eficaz e pleno ou verificar se a lei atende a todos as lacunas possíveis para interromper práticas ilícitas, até porque tal possibilidade inexistente e não é da natureza das normas jurídicas atentar para todos os atos e fatos possíveis da conduta humana.

26 A ideia de controle e responsabilização envolve a *accountability*, para não se tornar repetitivo, mas sabe-se que a *accountability* representa também outros elementos como já mencionado.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

associações, movimentos sociais e da mídia, cujo objetivo é monitorar as condutas dos agentes públicos e ativar ações de agências de controle – *accountability* horizontal.

O'Donnell (2017) adverte que há dois aspectos da *accountability* social que foram negligenciados pelos seus predecessores. Primeiro, que seu conceito deixa de apontar a satisfação de interesse material (palpável), isto é, que certas questões de interesse geral sejam consideradas pelo Estado e/ou uma instituição pública atue conforme os preceitos legais estabelecidos ou que seja punida por sua não conformidade legal, e que os agentes de AS não são originários de grupos de pressão ou grupos de interesse. E o segundo aspecto é que as demandas de AS são formuladas em geral a partir de direitos e legalidade.

A *accountability* social representa a voz da sociedade para o Estado, que aguarda ser ouvida e espera que a instituição pública demandada adote as decisões às quais foi requerida (O'DONNELL, 2017). Para que prosperem as ações de *accountability* social é imprescindível recursos humanos e organizacionais suficientes, acesso à mídia – escrita ou falada –, comunicação pública satisfatória e recursos financeiros. O carecimento de combinações desses recursos a enfraquece. Tais recursos tendem a se apresentar desproporcionais em entes públicos desprovidos de recursos humanos (ou qualificados), financeiros e de senso organizacional apurado (governança), o que reflete numa *accountability* social frágil (O'DONNELL, 2017).

Diz-se frágil, pois ela pode existir minimamente com os insumos desproporcionais uma vez que sua aniquilação ou supressão total corresponderia apenas em estados antidemocráticos ou tiranos. Um exemplo é o de se permitir verificar empiricamente, no âmbito de entes municipais de pequeno porte, se adotaram um setor (órgão interno) com estrutura organizacional com certa autonomia decisória e técnica, capital humano capacitado e efetivo e/ou com dedicação exclusiva e um orçamento próprio ou suficiente para a criação de serviço de informações ao cidadão nos termos assegurados pela LAI (art. 9, inc. I). Sabe-se que existe o serviço e que se supõe estar representado por agente designado, num pequeno espaço vinculado a um setor correlacionado e que talvez o serviço nem esteja contemplado no organograma institucional e legal do ente público. Porventura seja essa a realidade de muitos





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

municípios brasileiros, o que vem corroborar a tese de O'Donnell quanto às fragilidades da *accountability* social (2017).

Por sua vez, o advento da nova Lei de Licitações também trouxe contribuições para reforçar – e de forma contundente – a estrutura organizacional da contratação pública – como o fez na LAI –, ao exigir a adoção obrigatória de boas práticas de governança corporativa, o que exigirá reformas estruturantes, regulamentares e o dispêndio de recursos financeiros e humanos, e sua capacitação,²⁷ suficientes nas instituições públicas de todos os níveis e entes federativos que estejam subordinados à Lei nº 14.133/2021.

Em relação à LAI, a NLLC estabeleceu regras mais claras e diretas ao gestor público, obrigando-o implementar processos e procedimentos de governança pública nas contratações, o que pode contribuir para a possível efetividade da norma a partir da transparência legal em que os órgãos de controle interno e externo, assim como o controle social, poderão exigir a adequação do órgão público às disposições normativas como um direito público subjetivo das instituições de *accountability*.

Ocorre que a efetividade no atendimento do novel diploma dependerá inicialmente de instituições de *accountability* horizontal externo (Tribunal de Contas) e interno (controle interno, auditoria, controladoria) do que de agentes da *accountability* social. Isso não significa, todavia, que esses agentes deixam de ter a prerrogativa para contribuir com o chamado controle social nas contratações públicas ao lado de outros agentes.

2.3 MECANISMO DE ACCOUNTABILITY SOCIAL NA LEI Nº 14.133/2021 E AS NECESSÁRIAS INTER-RELAÇÕES NORMATIVAS

Conhecidas as ferramentas de *accountability* existentes (controle, supervisão, monitoramento, responsabilização e sanção), ressalta-se que elas se relacionam às

27 A Lei 14.133/2021 passou a exigir capacitação dos agentes públicos envolvidos no processo de contratação. Ver arts: 7º, inc. II; 18, § 1º, inc. X.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

instituições de *accountability*, ou seja, aos órgãos públicos. Elas se aplicam à *accountability* social, cujo destino são instituições de *accountability*.

Esse instituto inexistente em um dispositivo legal ou lei específica. Ele está presente nas instituições públicas²⁸ a partir de disposições normativas do direito. Tal percepção confirma a teoria de O'Donnell de que o tipo social é verticalizado por ter como destino ser horizontalizado (2017), ou seja, parte da fiscalização da população e se direciona aos órgãos e às instituições que tenham a prerrogativa de exigir contas e sancionar daqueles agentes e órgãos sujeitos à *accountability*.

No que concerne à transparência das contratações públicas, Sen contribui no sentido de afirmar que, na América Latina, há demasiada demanda social a fim de eliminar todas as formas de corrupção, o que “exige informações contínuas e prestação de contas, demanda que deve ser atendida por meio de instrumentos gerenciais adequados e fazendo com que se instituem formas ativas de controle social” (2010, s.p.). Nessa esteira é que o controle das contratações públicas se legitima a partir dos instrumentos gerenciais disponíveis nos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, muito embora houvesse ausência expressa de mecanismos de controle na própria Lei nº 8.666/1993, os quais dependiam de instituições de *accountability* horizontal – a exemplo do Tribunal de Contas – para exigir prestação de contas e responsabilização.

A NLLC estabelece, em seu parágrafo único do artigo 11, que compete à alta administração do órgão ou entidade a responsabilidade pela implementação da governança nas contratações, o que inclui os controles internos. Contudo, a lei apenas alude que as contratações estão submetidas ao controle social sem deixar expressa ou determinado quais as formas para sua efetividade. Acredita-se que o legislador deixou a discricionariedade ao gestor de cada órgão público definir o *modus operandi* da verticalização com destino horizontalizado da *accountability* social, ou seja, deixou livre, mas não desonerado de criar as diretrizes e os trâmites para o atendimento das demandas oriundas das instituições que exercem esse controle.

28 Para aprofundar essa abordagem, ver: LEAL, Dionis Janner. *Accountability* no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. In: LUCAS, Douglas Cesar *et al.* (org.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise**: a proteção jurídica das minorias. Vol. 2. p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Nessa linha, há menção expressa no § 1º do artigo 169, que incumbe à alta administração, na forma de regulamento, implementar as políticas de governança, incluindo a aludida observância de subordinação ao controle social. Pode-se extrair o entendimento de que quando o dispositivo legal exige a implementação dessas práticas o faz também quanto à criação de uma instituição de *accountability* horizontal (órgão interno), que servirá de elo do controle social, concebendo-se, pois, a *accountability* social forte e efetiva.

De forma análoga, o artigo 9º da LAI prescreve que o acesso às informações públicas é assegurado pela criação de um serviço de informações nos órgãos. O artigo 45 da mesma lei especifica que cabe aos entes federados definir regras quanto ao aludido artigo 9º e à Seção II do Capítulo III, ambos do mesmo diploma legal, que concerne ao julgamento e recebimento de recursos administrativos quando houver indeferimento de acesso à informação. O serviço de informações ao cidadão poderá ser concebido a partir da concepção de um órgão público ou uma entidade pública dotada de personalidade jurídica, a critério do gestor público, uma vez que a lei foi omissa quanto à natureza jurídica desse serviço. Aquele setor, órgão ou entidade incumbido de ensejar acesso às informações terá natureza de instituição de *accountability* horizontal a partir de agentes de *accountability* vertical/social, por ser ele o representante do cidadão no âmbito interno do Poder Público. A *accountability* social por natureza não tem competência sancionatória²⁹.

29 O'Donnell, em uma passagem acerca da *accountability* horizontal, afirma que a sua efetividade dar-se-á a partir de instituições autorizadas a propensar, a controlar, supervisionar, retificar e/ou sancionar outras instituições públicas em face de atos ilícitos praticados (2017, p. 119). Ao que parece, para a *accountability* vertical, a natureza sancionatória não é imprescindível para sua caracterização enquanto tal. **Em sentido contrário:** MAINWARING, Scott. *Introducion: Democratic Accountability in Latin America*. In: MAINWARING, Scott; WELNA, C. ***Democratic Accountability in Latin America***. Oxford: Oxford University Press, 2003.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

Em verdade, a afirmação da existência de uma instituição de *accountability* no âmbito das contratações públicas dar-se-á, no âmbito externo, pelo Tribunal de Contas, e, no âmbito interno, por corregedorias, controladoria e/ou auditoria internas (ou órgão central de controle interno), mas estes por ato da autoridade máxima do órgão que regulamentará *novas* atribuições para essas funções ao pormenorizá-las.

As contratações públicas, a partir do controle interno central, possuem as condições jurídicas necessárias para contemplar a natureza de uma instituição de *accountability* horizontal apta a receber informações de irregularidades a partir do controle social, pelos cidadãos e organizações civis, o que constitui uma *accountability* social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas são o instrumento privilegiado do Estado e dos governos para atender as necessidades da população, especialmente os extratos que são vítimas de desigualdades injustas. A boa gestão dos recursos públicos, quando orientados por legislações atualizadas e com ampla transparência da gestão, retrata a vitalidade da democracia, amplia o debate público e atinge efetivamente os objetivos propostos. A Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, cria um modelo de *accountability* social atualizada para o atual contexto histórico formado por novos atores políticos, especialmente a ampla facilidade de comunicação e manifestação da vontade. Embora as sociedades sejam mais dinâmicas e interconectadas, não significa a diminuição dos problemas que impedem a lisura da administração pública e a equidade social, tais como a corrupção e a malversação das estruturas e dos recursos públicos disponíveis.

Diante dos desafios existentes no atual período, dentre os quais, as novas formas de corrupção e as deficiências de efetiva participação da população na rotina da administração pública, esta investigação demonstrou a relevância da legislação em tela, como instrumento atualizado, necessário e eficaz de transparência e publicidade das contratações públicas. Este é um instrumento de controle jurídico que privilegia os





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

agentes com maior responsabilidade política e administrativa. Contudo, a repercussão da sua efetivação beneficia o conjunto da população na medida em que são atendidas as suas necessidades e as políticas públicas são bem conduzidas.

Nesse ambiente complexo, diverso e plural, as abordagens de Sen e O'Donnel figuram como referências para o fortalecimento e a renovação das práticas democráticas, a necessidade de planejar o Estado e sua estrutura sem o peso da burocracia excessiva ou da sobreposição de legislações inócuas e a inegável força da transparência dos atos administrativos visando ao exercício do debate público. Afirma-se que estas dimensões são essenciais para a compreensão do alcance da legislação em vigor, uma vez que oferecem critérios da avaliação da execução das políticas públicas, esclarecem os seus limites e indicam caminhos de atualização.

A implementação de mecanismos de governança conectados com a necessária transparência das decisões na estrutura da gestão pública contribui para a eficiência e eficácia administrativa. Por sua vez, o agente público que não age com má-fé, desonestidade, erro grosseiro ou culpa grave teria melhores condições e subsídios, como informações claras e precisas de práticas e processos para tomar as melhores decisões, não se sujeitando a imputações sancionatórias.

A vitalidade da democracia tem, entre suas referências fundamentais, as condições para o debate público permanente, que é fomentado pelo dinamismo da transparência política e administrativa, especialmente dos gestores públicos. A Lei nº 14.133/2021 é uma ferramenta básica de fomento à prática da democracia no cotidiano da sociedade, que se torna mais eficaz quanto mais a população tem amplo acesso às informações. Sendo o processo de decisão de responsabilidade dos gestores e técnicos estruturados na hierarquia administrativa, o direito à informação ou o acesso aos dados e às decisões tomadas deve ser garantido universalmente. A lei objeto desta abordagem demonstra como isso é possível, salutar e contribui eficazmente para que a democracia alcance os cidadãos mais distantes dos centros de decisão com a mesma intensidade daqueles mais próximos. Contudo, a lei apenas alude que as contratações estão submetidas ao controle social sem deixar expressas ou determinadas quais as formas para sua efetividade.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

A relevância das contribuições de Sen e O'Donnel, seja pelo seu reconhecimento internacional sobre a temática em tela, seja pelo aporte técnico, situa-se no irrenunciável compromisso com a democracia, o reconhecimento das suas contribuições na correção das desigualdades injustas e a necessidade de políticas públicas bem conduzidas para a evolução humana e social. Existem, ainda, graves deficiências que não são corrigidas pela legislação e demandam novos atores, abordagens e métodos de controle e administração, das quais se destacam: as deficiências de compreensão e transparência dos processos e estratégias políticas, administrativas e burocráticas; a estrutura e o funcionamento de controle e responsabilização dos agentes públicos quanto ao cometimento de delitos; o cuidado com a rotina administrativa que fomenta o exercício da democracia no dia a dia; a vontade política e administrativa para atualizar a legislação e seus meios de efetivação em vista das políticas públicas eficazes em vista do bem de todos.

O processo em curso é salutar para a necessária modernização dos sistemas de gestão pública que, quando descuidados, servem ao autointeresse, dominado por autoridades individualistas e corporações guiadas pelo desejo de apropriação econômica. Neste ambiente, as novas tecnologias de informação e comunicação são recursos ativos para a publicidade do que é público, os processos de participação e o essencial debate público.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de; LAPA, Leonard Renne Guimarães. **Gestão e governança pública para resultados**: uma visão prática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **Gestão de Riscos**. Disponível em: <http://www.abnt.org.br/imprensa/releases/5753-lancada-a-nova-versao-da-norma-iso-31000-gestao-de-riscos>. Acesso em: 14 set. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR ISO 31000:2009**. Gestão de riscos: princípios e diretrizes. Rio de Janeiro: 2009.





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

BRASIL. **Lei nº 14.133/2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527/2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.203/2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **Instrução normativa nº 05, de 26 de maio de 2017**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Instrução normativa conjunta nº 1, de 10 de maio de 2016**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21519355/do1-2016-05-11-instrucao-normativa-conjunta-n-1-de-10-de-maio-de-2016-21519197. Acesso em: 12 set. 2020.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; GONÇALVES, Francine Silva Pacheco. **Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FENILI, Renato. **Governança em aquisições públicas: teoria e prática à luz da realidade sociológica**. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance: a excelência na prática**. São Paulo: [s.e], 2014.

LEAL, Dionis Janner. **Compartilhamento de Dados Pessoais na Administração Pública: Accountability e compliance** como instrumentos de controle e gestão. Habitus. Edição do Kindle.

LEAL, Dionis Janner. *Accountability* no setor público sobre a perspectiva de Amartya Sen: do estado eficiente ao estado de controle e gestão de riscos. *In*: LUCAS, Douglas Cesar *et al.* (org.). **Direitos Humanos e Democracia em tempos de crise: a proteção jurídica das minorias**. Vol. 2, p. 544-558. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. Disponível em: <https://3c290742-53df-4d6f-b12f->





QUANDO COMPROMISSOS SÃO PROBLEMAS...

6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_2da4445f97c94b8b9f8074df4630c076.pdf.

Acesso em: 08 abr. 2021.

O'DONNELL, Guilherme A. **Dissonâncias**: crítica democráticas à democracia. Tradução de Marta Maria Assumpção Rodrigues. Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. **Glória incerta**: a Índia e suas contradições. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**. A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Felipe Bezerra. Considerações a respeito da ABNT NBR ISO 31000:2009 (gestão de riscos) e sua aplicabilidade na Administração Pública direta e indireta. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti de (coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; OLIVIERO, Maurizio. Transparência enquanto pretensão jurídica global. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 61, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=238032>. Acesso em: 10 abr. 2021.

