

# MECANISMOS DE CONTROLE INTERNO NO DIÁLOGO COMPETITIVO

## *Internal Control Mechanisms in the Competitive Dialogue*

**Paula Cintra Fernandes**

Advogada (CE, Brasil), com atuação em Direito Administrativo em matérias de Licitações e Contratos, Concursos Públicos, Improbidade Administrativa, Tribunais de Contas e Direito Administrativo Sancionador, pós-graduada em Direito Administrativo.

**Vladia Pompeu**

Procuradora da Fazenda Nacional (CE, Brasil). Doutoranda em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub. Mestre em Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo pela Universidade Pablo de Olavide. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós-graduada em Direito e Processo Tributário pela UniFor.

## Resumo

O presente artigo visa uma análise a respeito do diálogo competitivo, nova modalidade licitatória introduzida pela Lei nº 14.133/2021. Seu objetivo é se aprofundar nos receios dos agentes públicos e econômicos na condução da primeira fase do diálogo, momento em que é necessária a comunicação entre os agentes para se definir o objeto da contratação futura. Tais receios vêm obstaculizando a utilização de tal modalidade e se dão em razão dos riscos que costumam circundar as comunicações público-privadas, e serão analisados à luz dos mecanismos de controle interno previstos na Lei. O cerne do artigo é avaliar se os mecanismos de controle são aptos a prestarem maior segurança ao procedimento e aos agentes que irão conduzi-lo. Concluiu-se que a eficácia de tais mecanismos depende não somente do estabelecimento de regras e procedimentos claros de controle e do acompanhamento contínuo e proativo pelos órgãos internos responsáveis, como também da efetiva regulamentação de determinadas previsões legais.

**Palavras-chave:** Licitação. Diálogo competitivo. Comunicação. Risco. Controle interno.

## Abstract

This article aims to analyze the competitive dialogue, a new procurement method introduced by Law No. 14,133/2021. The primary objective is to explore the concerns of both public and economic stakeholders during the initial phase of the dialogue, wherein effective communication is necessary to define the scope of future contracts. These apprehensions have impeded the widespread adoption of this method and are due to risks usually associated with public-private communications. The article aims to analyze these concerns in the context of the internal control mechanisms outlined in the Law. The core of the analysis revolves around evaluating whether these control mechanisms can provide security to the procedure benefiting the participating agents. The findings indicate that the effectiveness of such mechanisms depends not only on the establishment of clear control rules and procedures and on continuous and proactive oversight by the responsible internal bodies, but also on the effective regulation of certain legal provisions.

**Keywords:** Procurement process. Competitive dialogue. Communications. Risk. Internal control.

## Sumário:

1. Introdução; 2. Comunicações Público-Privadas e a Lei Nº 14.133/2021; 2.1. A Introdução do Diálogo Competitivo na Legislação Brasileira e as Comunicações Público-Privadas; 2.2. O Espaço para ocorrência de Fraudes na Primeira Fase do Diálogo Competitivo e o Risco Relacionado ao Exercício da Função Administrativa; 3. Prevenção a Fraudes e os Controles Previstos na Lei Nº 14.133/21; 3.1. Mecanismos de Controle Interno Previstos na Lei Nº 14.133/21; 3.2. Aplicação dos Mecanismos de Controle na Primeira Fase do Diálogo Competitivo Como Forma de Mitigação da Ocorrência de Fraudes; 4. Considerações finais; 5. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Uma das grandes novidades introduzidas ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos, ou “NLLC”) – e que vem sendo alvo de discussões desde sua promulgação – é o diálogo competitivo, modalidade licitatória não prevista na revogada Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. A ideia por trás do diálogo competitivo é a necessidade de uma cooperação entre a Administração e o particular no âmbito de contratações inovadoras.

Contudo, fato é que sempre houve significativas preocupações dos gestores públicos e econômicos em quaisquer assuntos relativos a comunicações público-privadas, sobretudo em razão da existência de um espaço – em tese – vulnerável e que possibilitaria a ocorrência de fraudes, irregularidades e acertos que frustram a competitividade das contratações administrativas. Esse receio vem sendo verificado quanto à utilização do diálogo competitivo, considerando a natureza de sua primeira fase fundada justamente na comunicação direta entre os agentes.

Paralelamente, a nova Lei, ao mesmo tempo em que instituiu nova modalidade licitatória, trouxe em sua redação uma presença muito mais significativa de mecanismos de controle a serem aplicados no âmbito das contratações públicas, com o objetivo de mitigar riscos e garantir um ambiente íntegro e seguro de licitações. Para fins deste trabalho, deve-se entender como controle interno aquele exercido pelo próprio órgão que emitiu o ato para fins de acompanhamento de sua execução e fiscalização de sua regularidade, legalidade, e eficiência, seja em caráter preventivo ou corretivo, distinto do controle externo, exercido pelo Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

Assim, verifica-se que (i) há uma problemática relacionada à nova modalidade licitatória, ao passo em que (ii) há inovações legislativas em matéria de controle que poderão endereçar as preocupações concretas relativas ao seu uso, razão pela qual foi elaborado o presente artigo, cujo objetivo é justamente explorar tal receio que permeia a primeira fase do diálogo competitivo e avaliar se os mecanismos de controle interno previstos na própria Lei nº 14.133/2021 são suficientes para transferir maior segurança ao procedimento e, sobretudo, maior confiança aos agentes envolvidos em utilizarem o diálogo. A elaboração do artigo também está relacionada às constantes discussões a respeito do diálogo competitivo que, contudo, não exploram com a devida completude a problemática aqui delimitada, sendo certo que o primeiro passo para solução de um obstáculo é o seu estudo e discussão, de forma a garantir a clareza necessária ao problema existente.

A própria natureza do diálogo competitivo é evidência de sua relevância, e consequente necessidade de garantir que seja devidamente utilizado. O objetivo de tal modalidade é viabilizar a condução de contratações inovadoras pela Administração Pública, incluindo um facilitador para definição de objetos complexos, qual seja, o diálogo prévio.

Sendo assim, o artigo foi desenvolvido com base em uma metodologia qualitativa, que incluiu a análise dos dispositivos legais aplicáveis, constantes da Nova Lei de Licitações, e avaliação de doutrinas pertinentes aos temas de licitações, controle interno, e diálogo competitivo. De início foram analisados os institutos de comunicação público-privado.

vada na legislação brasileira para se melhor compreender o contexto nacional em que foi introduzido o diálogo competitivo, tendo em vista que a sua primeira fase pressupõe um momento de intensas comunicações junto ao mercado para se chegar à solução a ser posteriormente licitada.

Então, foram tecidas considerações acerca do risco (tal como o risco de responsabilização sancionatória) relacionado ao exercício da função administrativa nesse ambiente e como ele se manifesta nas contratações públicas. Ao final, foi feita uma análise acerca da letra da Lei para verificar os mecanismos de controle interno nela previstos e, então, avaliar como pode se dar a sua aplicação dentro da fase de comunicações do diálogo competitivo, para analisar se o dito risco pode ser mitigado a partir de tais instrumentos.

## 2. COMUNICAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS E A LEI Nº 14.133/2021

### 2.1 A INTRODUÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS COMUNICAÇÕES PÚBLICO-PRIVADAS

O diálogo competitivo foi introduzido na legislação brasileira como modalidade licitatória excepcional – contudo, não inovadora, como se exporá adiante –, cujo cabimento está relacionado sobretudo à contratação de soluções complexas e inovações tecnológicas. A modalidade é restrita a determinadas hipóteses listadas no artigo 32, I e II da Nova Lei de Licitações e Contratos:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato. (Brasil, 2021)

Trata-se, portanto, de instituto a ser utilizado em contratos cujo escopo seja dotado de complexidade técnica, jurídica ou financeira, fazendo surgir a necessidade de a Administração Pública, em um primeiro momento, dialogar junto ao mercado para definir qual a solução existente que melhor atende à sua demanda, para então iniciar a fase competitiva da contratação.

Assim, será publicado um primeiro Edital que, a partir de critérios estritamente objetivos, selecionará os candidatos aptos a participarem do certame, e discorrerá sobre as necessidades e exigências da administração, “a fim de que o mercado compreenda os termos do diálogo” (Amorim, 2021, p. 135), conforme o artigo 32, § 1º, I. Uma vez selecionados, dar-se-á início à fase de comunicações com os participantes, que persistirá até que o ente público identifique a solução que melhor atende às suas necessidades. Selecionada

a solução, será publicado segundo Edital, que marca o início da fase competitiva e apresentação de propostas.

Vale dizer, a ideia de uma comunicação prévia entre a Administração Pública e o mercado, para que se possa prosseguir com a contratação de um produto ou serviço, não é um instituto inusitado. Alguns países da União Europeia já adotavam institutos muito semelhantes em suas legislações internas há algumas décadas (a partir da Diretiva nº 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, sucedida pela Diretiva nº 2014/24/EU), bem como os Estados Unidos (Moreira Filho, 2023, p. 4-7). Mesmo na legislação interna já havia procedimentos formalizados de diálogo entre os agentes, dentro e fora do ambiente de contratações públicas. Nota-se, assim, que uma prática já existente e já institucionalizada se tornou modalidade licitatória a partir do advento da Lei nº 14.133/2021.

O PMI (Procedimento de Manifestação de Interesse) é exemplo disso, e que em muito se assemelha aos objetivos almejados pelo diálogo competitivo. O PMI é instituto que permite que a Administração Pública oportunize a participação de particulares interessados em contribuir com estudos e projetos que antecedem uma futura licitação, previsto, por exemplo, no Decreto Federal nº 8.428/2015, no artigo 21 da Lei n. 8.987/1995 – Lei das Concessões –, artigo 2º da Lei nº 11.922/2009 – e artigo 31, §§4º e 5º da Lei 13.303/2016 – Lei das Estatais (Schiefler, 2016, p. 251-253).

Doutro lado, a audiência pública em licitação se aproxima ainda mais do diálogo competitivo, na medida em que consistia em etapa prévia e obrigatória nas hipóteses de licitações simultâneas ou sucessivas cujo valor fosse superior a cem vezes o equivalente a Cr\$ 1 bilhão. O Tribunal de Contas da União, inclusive, já havia se manifestado a respeito da imprescindibilidade de realização da audiência ainda que a contratação fosse dotada de baixa complexidade, de modo que a sua ausência consistiria em vício insanável apto a resultar na anulação do certame (Brasil, 2016). Essa era a previsão do artigo 39 da Lei nº 8.666/1993, contudo, a partir da NLLC, a audiência pública passou a ser ato discricionário da Administração.

Há também inúmeros outros exemplos de interações e cooperação público-privadas que transcendem o ambiente licitatório, a exemplo da negociação de acordos de leniência e a mediação junto à Administração Pública.

Todos esses momentos de comunicação entre agentes públicos e privados são necessários, seja por interesse econômico ou social. No âmbito das contratações, há a necessidade de compartilhamento de informações para melhor adequar e identificar o objeto da contratação, e mesmo para viabilizar a elaboração do instrumento convocatório.

Ocorre que em muitos desses cenários deu-se espaço para um ambiente nebuloso, que permitiu a realização de acordos informais às margens da legalidade, ou mesmo para grandes casos de corrupção e improbidade administrativa, e, paralelamente, passou a existir um risco quase inerente ao exercício da função administrativa, como se analisará adiante. E é em meio a esse histórico que foi introduzido o diálogo competitivo na legislação brasileira.

## 2.2 O ESPAÇO PARA OCORRÊNCIA DE FRAUDES NA PRIMEIRA FASE DO DIÁLOGO COMPETITIVO E O RISCO RELACIONADO AO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

No contexto das contratações públicas, os diálogos entre particulares e o Estado estiveram muitas vezes permeados por um ambiente propício à ocorrência de ilícitudes, fraudes à competitividade e atos de corrupção. A falta de transparência e, por vezes, a ausência de mecanismos robustos de controle foram catalisadores para tais práticas, favorecendo acordos informais e acertos obscuros em detrimento da lisura do processo licitatório.

Houve ocasiões em que essa relação estreita entre os setores resultou em uma conivência que comprometeu a integridade das contratações. Os interesses comerciais e políticos se entrelaçaram, distorcendo os objetivos das licitações em assegurar a contratação de proposta mais vantajosa, o tratamento isonômico entre os licitantes e o incentivo à inovação e desenvolvimento (artigo 11 da NLLC). Evidência disso foram os índices de pessoas jurídicas declaradas inidôneas pelo TCU para licitar com a União nos anos de 2015 a 2018 – 74 pessoas jurídicas em 2015, 115 em 2016, 80 em 2017 e expressivamente 149 em 2018 (TCU, 2020).

Isso precedeu um aumento nos mecanismos de controle e na quantidade de processos administrativos e judiciais que buscam analisar a validade de atos administrativos, o que gerou um ambiente de insegurança e justificados receios quanto ao exercício da atividade administrativa (Justen Filho, 2024, p. 739).

Com efeito, diante da natureza da primeira fase dessa modalidade licitatória, surgiram discussões e preocupações quanto à condução do processo. Inserido em um contexto temporal e geográfico em que se debate o “Direito Administrativo do medo”, o diálogo competitivo veio permeado por um sentimento de apreensão, trazendo consigo reflexões, não somente acerca da segurança e lisura das interações entre os setores, mas também a respeito dos riscos aos agentes públicos investidos de competências decisórias.

No momento que segue a publicação do primeiro Edital e a pré-seleção dos participantes é que há a efetiva comunicação direta entre os agentes, fazendo surgir receios dos envolvidos de que sejam inseridos em um ambiente propício à eventual responsabilização, em atenção a um risco muitas vezes considerado como inerente ao exercício da função administrativa.

Esse risco foi bem-conceituado por Rodrigo Valgas dos Santos (2023, p. 359) como “toda incerteza que pode implicar a responsabilização administrativa, civil, penal ou política dos agentes públicos pelo exercício de suas funções, especialmente decorrentes da atividade decisória”, e é o que em alguns casos vem a ser chamado de Direito Administrativo do medo. Exemplo extremo desse contexto é o caso do Prefeito de Capela do Alto Alegre/BA, que viu Ação de Improbidade Administrativa ajuizada contra si em razão de ter comparecido no palco de Festa Junina patrocinada pelo Ministério do Turismo (Santos, 2023, p. 203).

Nesse meio, fato é que em muitos momentos observam-se receios de agentes envolvidos no processo licitatório quanto à tomada de decisões ou mesmo, por exemplo, ao

comparecimento em reuniões com potenciais participantes da licitação de forma a evitar “acusações de favorecimento” (Ribeiro, 2010, p. 58).

Outras razões que contribuíram para a formação desse cenário são o decurso de tempo entre o momento de tomada de decisão e a auditoria e fiscalização sobre a respectiva contratação, que pode eventualmente resultar em aplicação sancionatória anos após a execução do contrato (Dantas, 2020, p. 274), regras jurídicas eventualmente amplas e genéricas, e a própria insegurança jurídica em relação a um procedimento novo e ainda pouco explorado na prática, a despeito de a nova legislação estar em vigência há mais de três anos.

Há alguns possíveis produtos que surgem para contrapor tais riscos, (i) o já mencionado receio quanto à tomada de decisões ou processos que impliquem necessariamente diretas comunicações do agente público com o econômico, (ii) a adoção de mecanismos de controle interno e de gestão de riscos, e (iii) o controle externo exercido pelos órgãos responsáveis.

Sobre isso, em pesquisa conduzida pelo Laboratório de Inovação do Tribunal de Contas da União, o “TCU-coLAB-i”, em 2019, acerca do tema “contratação de soluções inovadoras pela administração pública”, 56% dos respondentes afirmaram que concordam ou concordam totalmente com a afirmativa de que “o medo do controle é um empecilho para o gestor público contratar soluções inovadoras”<sup>1</sup> (TCU, 2019).

Em contrapartida, verificou-se que isso não se traduz em uma visão de oposição à atuação do controle, uma vez que a maior parte dos respondentes afirmou discordar da afirmativa de que a atuação do controle externo atrapalha a contratação de soluções inovadoras para a administração pública, por exemplo. Participaram da pesquisa servidores, empregados, particulares em colaboração com o Poder Público, e outros, da Advocacia-Geral da União, Ministérios, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas da União, Agências Reguladoras, Autarquias, dentre outros, abrangendo indivíduos que atuam ou não com controle.

Os controles externo e interno, aliados aos mecanismos de gestão de riscos, operam em sinergia na fiscalização dos atos e contratos administrativos, visando primordialmente assegurar a integridade dos procedimentos e garantir a responsabilização em caso de irregularidades. No âmbito do controle interno, a Nova Lei de Licitações e Contratos introduziu inovações significativas, sobretudo em comparação com a legislação anterior, que podem se prestar para atender as expectativas dos gestores quanto ao diálogo.

### **3. PREVENÇÃO A FRAUDES E OS CONTROLES PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/21**

#### **3.1 MECANISMOS DE CONTROLE INTERNO PREVISTOS NA LEI Nº 14.133/21**

Em um Estado democrático, os controles – sejam eles internos ou externos – prestam-se para verificar a conformidade e racionalidade dos atos praticados pela Administração, bem como garantir a devida prestação de contas por todos os entes que gerem recursos públicos (Giamundo Neto, 2019, p. 27).

O controle interno traduz-se na fiscalização exercida “pela própria estrutura organizacional que pratica os atos objeto da fiscalização” (Justen Filho, 2023, p. 1735), e inserem-se em um conceito amplo de um programa de governança e cultura organizacional (Santos, 2023, p. 364), distinto do controle externo, exercido por um órgão apartado da estrutura na qual se insere o controlado, a cargo do Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas.

A Lei nº 14.133/2021 ampliou significativamente a matéria do controle interno, pouco explorada pela legislação anterior, sendo que sua “mais significativa inovação é a proposta de constituição de um ambiente de integridade no relacionamento entre a Administração Pública e particular” (Justen Filho, 2023). Houve um reconhecimento de que tais controles são fundamentais para a obtenção dos resultados almejados pela contratação (SCGE, 2023), sendo inserido na lei, inclusive, Capítulo inteiramente dedicado à atuação do controle (Título IV - Das Irregularidades - Capítulo III - Do Controle das Contratações).

A nova Lei trouxe a ideia de que o controle é algo dinâmico e constante, que deve estar naturalmente inserido durante a condução de uma contratação administrativa. Uma novidade de relevo é a expressa previsão de que o agente de contratação, e a comissão de contratação quando for o caso, contará com apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e controle interno quando da condução do processo licitatório (artigo 8º, § 3º).

Outro tema sem correspondência na Lei anterior é aquele introduzido pelo artigo 11, parágrafo único. A sua redação ampla abarca o contexto da governança pública nas contratações, impondo à alta administração do órgão ou entidade responsável o dever de implementar procedimentos aptos a promoverem um meio íntegro, seguro e eficiente. Note-se que esse ambiente deverá corresponder a uma cultura geral de integridade dentro do órgão ou entidade, e não a imposição de determinadas regras a um procedimento licitatório específico (Justen Filho, 2023, p. 1735).

O conceito amplo de “alta administração” do órgão ou entidade foi explorado pela Portaria SEGES/ME nº 8.678 de 2021 – que dispõe sobre a governança das contratações públicas –, a qual definiu o termo como “gestores que integram o nível executivo do órgão ou da entidade, com poderes para estabelecer as políticas, os objetivos e conduzir a implementação da estratégia para cumprir a missão da organização”.

Esse dispositivo visa coibir não somente a criação de um espaço que permita o cometimento de atos ímprobos ou corruptos, mas garantir a própria eficiência na atuação administrativa e gestão de recursos públicos.

Em linha semelhante é a previsão do artigo 169, inserido no Capítulo específico que trata da atuação do controle. Em seu *caput*, o artigo impõe à alta administração o dever de adoção de práticas contínuas de gestão de riscos e controle preventivo. Em seus incisos são introduzidas as chamadas “três linhas de defesa”, sendo elas as autoridades que possuem atuação no processo de licitações e contratações públicas do órgão ou entidade (inciso I), as unidades setoriais de assessoramento jurídico e controle interno de cada órgão (inciso II), e o órgão de controle interno da Administração Pública e o Tribunal de Contas (inciso III).

Os integrantes das três linhas de defesa terão a obrigação de adotar medidas para o saneamento e mitigação de riscos oriundos de impropriedades formais, bem como providências para apuração de infrações que configurem dano à Administração, inclusive com a remessa de documentos ao Ministério Público competente (§ 3º).

No mesmo capítulo, o artigo 170 prevê que os órgãos de controle deverão adotar critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco quando da fiscalização dos atos previstos na lei, além de considerar “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação”. Aqui nota-se a preservação do mérito dos atos administrativos praticados pelos controlados e a proteção do exercício da discricionariedade, pois, caso assim não fosse, estar-se-ia diante de um risco de assunção da decisão pelo órgão controlador (Justen Filho, 2023, p. 1743).

Por fim, também se verifica a atuação do controle no exame de legalidade e análise jurídica prévia realizada pelo órgão de assessoramento da Administração ao final da fase preparatória (artigo 53) e a própria fiscalização da execução do contrato (artigo 117).

Vale salientar que os mecanismos explorados terão, necessariamente, aplicações distintas em cada ente federativo, a depender do grau de complexidade da contratação. Aquilo que é suficiente no âmbito de um pequeno Município, por exemplo, não será adequado para um órgão ou ente sediado em uma grande capital e dotado de expressivos recursos econômicos e materiais (Justen Filho, 2023, p. 269).

Veja-se que os mecanismos percorridos até o momento são previstos para os processos licitatórios e de contratações públicas em geral. Há, contudo, ferramenta prevista pela legislação aplicável especificamente ao procedimento do diálogo competitivo, qual seja, a gravação das reuniões com os licitantes pré-selecionados em que serão discutidas as propostas e soluções (art. 32, § 1º, VI), que serão juntadas aos autos do processo licitatório (art. 32, § 1º, VIII). Tal previsão pode ser também traduzida na vedação à realização de reuniões informais.

Havia, originalmente, a previsão de um controle externo a ser especificamente aplicado ao diálogo competitivo, incerto no inciso XII, do § 1º do art. 32 da Lei, que foi vetado. Sua redação era a seguinte: “o órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade, antes da celebração do contrato”. Em razão do veto, a análise do órgão de controle externo não se tornou requisito à assinatura do contrato.

Por fim, cabe pontuar a título exemplificativo o Decreto Distrital nº 44.330 de 16 de março de 2023, que regulamenta a Lei nº 14.133/2021 no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Distrito Federal, que trouxe também previsões interessantes acerca do controle interno nas contratações.

No Decreto também consta previsão de auxílio da unidade de controle interno ao agente de contratação, definido tanto pela Lei como pelo Decreto como o indivíduo responsável pela tomada de decisões em prol da melhor condução da licitação, acompanhamento dos trâmites, impulsionamento do procedimento, dentre outras funções. Nesse contexto,

a unidade de controle interno deverá observar as normas emitidas pelo órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, e se manifestará sobre aspectos de governança, gerenciamento de riscos e controles internos (artigo 17, § 3º).

O mesmo auxílio da unidade deverá ser fornecido à equipe de apoio do agente de contratação (artigo 18, parágrafo único), à comissão de contratação (artigo 20), ao gestor do contrato e aos fiscais técnicos, administrativos e setoriais (artigo 29).

Foram, ainda, elencadas as competências afetas à primeira e à segunda linhas de defesa, cabendo à primeira linha, não exaustivamente, o aperfeiçoamento dos sistemas de controle interno e a mitigação de riscos à integridade; e à segunda linha, funções como o monitoramento das atividades realizadas pela primeira linha e proposição de melhorias aos processos de gestão de riscos e controle interno por ela utilizados (artigo 35, §§ 1º e 2º). O Decreto também trouxe como objetivo do Plano de Contratações Anual do Distrito Federal a garantia da transparência e controle das contratações (artigo 40, inciso VIII).

Diante de uma pluralidade de novas disposições a serem aplicadas com objetivo de atuação do controle interno nas contratações públicas, se faz necessário avaliar se os mecanismos detêm aptidão para criarem um ambiente mais seguro dentro do diálogo competitivo.

### **3.2 APLICAÇÃO DOS MECANISMOS DE CONTROLE NA PRIMEIRA FASE DO DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE FRAUDES**

Foram notórias as novidades introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 em matérias de controle interno, o que, por si só, cria um ambiente de expectativas otimistas quanto à segurança do procedimento, inclusive quanto à confiança dos próprios gestores em conduzirem o diálogo. A partir da nova legislação foi finalmente instituída nas contratações públicas a ideia de que o controle é algo intrínseco, que deve ser realizado de forma permanente e contínua, não sendo algo a ser interpretado como uma dinâmica distante da atividade administrativa (Justen Filho, 2023, p. 1735). Contudo, isso pressupõe a adequada e completa aplicação dos mecanismos e procedimentos.

A implementação efetiva dos novos instrumentos será fundamental para garantir a integridade, transparência e eficiência do procedimento, possibilitando sejam alcançados os reais objetivos da licitação. Apesar da crença de que o modelo brasileiro de controle não é apto a produzir resultados eficazes em razão da existência de um relevante número de instrumentos e profusão de processos administrativos (Justen Filho, 2024, p. 733), os novos mecanismos dispostos na NLLC aparentam trazer um ambiente de maior segurança e conformidade, contanto que diante do imperativo de que os órgãos responsáveis adotem medidas concretas para promover a sua implementação e o fortalecimento do controle.

A previsão do artigo 8º, § 3º se prestará para orientar a atuação administrativa do agente ou comissão de contratação, garantindo um cumprimento mais claro das “exigências normativas e satisfação das necessidades coletivas”, uma das funções primordiais do controle (Justen Filho, 2023, p. 741), e tem o condão de dar-lhe mais segurança e confiança dentro do exercício de suas funções.

No diálogo competitivo, o processo será conduzido pela Comissão de Contratação, composta por ao menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão (art. 32, § 1º, XI). Dessa forma, a comissão poderá contar com o apoio previsto no art. 8º, §3º, de forma que o órgão de controle interno poderá avaliar a regularidade e identificar falhas no processo – respeitada a autonomia da comissão – inclusive de forma a “prevenir providências mais severas por parte dos órgãos de controle externo” (Justen Filho, 2023, p. 226).

Nesse ponto, relevante a disposição do artigo 7º, § 1º, que prevê a necessidade de segregação de funções, na medida em que a autoridade a quem compete a promoção da gestão competências e designação de agentes públicos para o desempenho de funções necessárias à execução da lei não poderá designar o mesmo agente para atuação simultânea em diferentes funções suscetíveis a risco, justamente para reduzir a possibilidade de ocultação de erros e ocorrência de fraudes na contratação.

A disposição do artigo 8º é relevante e tem aptidão – em tese – para conferir maior segurança aos agentes que conduzirão a primeira fase do diálogo competitivo. Contudo, a aplicação da norma depende de regulamentação, o que obsta parcialmente o seu efetivo cumprimento, uma vez que há muitos entes que ainda não emitiram seus respectivos decretos regulamentadores. Assim, podem ser conduzidos diálogos competitivos sem que a Comissão de Contratação detenha normas claras acerca de como se prestará o seu assessoramento, o que contribui para o cenário de insegurança no contexto da primeira fase do diálogo.

Por outro lado, a disposição do artigo 11, parágrafo único, é mais ampla, e objetiva a criação de um meio geral de governança corporativa e conformidade. Em que pese as suas disposições já estarem contidas em outros normativos,<sup>2</sup> sendo em tese exigências que já deveriam estar vigentes e sendo aplicadas no ambiente licitatório, verifica-se que boas práticas de governança e a gestão de riscos relativos a contratações públicas não vinham sendo integralmente aplicadas na maior parte das organizações.<sup>3</sup>

Dessa forma, apesar de a generalidade da determinação de que a Alta Administração deverá implementar “processos e estruturas” (art. 11, parágrafo único) possa ser vista como fator que obstaculiza a sua devida execução, além de a sua redação ser importante no sentido de engajar a administração do ente na “implementação de uma rota de governança” (Luvizotto, 2022, p. 2), cada ente, diante de suas características e peculiaridades, terá necessidades distintas em termos de controle e gestão de riscos, o que justifica a redação tal como incluída na legislação. A sua aplicabilidade na primeira fase do diálogo competitivo é motivada por uma expectativa de que a governança seja implantada de maneira suficiente a garantir a segurança e integridade dos procedimentos de contratações administrativas.

Em sentido semelhante, o artigo 169 é fundado em uma premissa segundo a qual a existência de um ambiente de controle estabelece a cultura da organização e de seus colaboradores (Luvizotto, 2022, p. 5) – o que caminha em total consonância com o objetivo da Lei de um controle continuado –, e poderá permitir a identificação de vulnerabilidades du-

rante o curso dos procedimentos de diálogo e do estabelecimento da solução a ser licitada, lidando com as incertezas que permearão o caminho.

A implementação das práticas relativas às três linhas de defesa previstas no art. 169 será de responsabilidade da alta administração, na forma de regulamento específico, que deverá considerar quais medidas promovem relações íntegras, seguras e confiáveis, bem como aquelas que trazem o melhor resultado à Administração Pública, nos termos do § 1º.

Com efeito, é notório que a lisura e legalidade do procedimento, inclusive no que toca à primeira fase do diálogo competitivo, está intrinsecamente ligada ao esforço dos entes federativos em devidamente regulamentar as disposições legais, de ações promovidas pela alta administração e do estabelecimento de uma cultura organizacional de integridade e controle contínuo. A criação desse ambiente, inclusive, é fator que serve para reforçar a confiança dos participantes públicos e privados.

Vale dizer, a lisura da primeira fase depende também de outras condutas para além das expressas previsões de controle nas licitações, como a definição de critérios razoáveis de seleção dos participantes (que deverão ser estritamente objetivos), temas a serem abordados nas reuniões e qual o procedimento mais adequado para o registro e documentação das discussões, por exemplo.

Também devem ser elencados profissionais capacitados pela condução e supervisão do processo, dotados da expertise técnica necessária, em especial considerando que o diálogo competitivo objetiva justamente a contratação de soluções inovadoras, além de garantir o acompanhamento e supervisão contínuos pelas unidades de controle competentes.

Em suma, a aplicação efetiva dos mecanismos de controle na primeira fase do diálogo competitivo depende de uma abordagem abrangente e proativa, envolvendo o estabelecimento não somente de diretrizes claras, mas de efetivas ações em prol de sua implementação. Tudo isso deve ser analisado em conjunto com outras medidas, como a designação de responsáveis qualificados, registro e documentação adequados das atividades, o controle de acesso às informações e o acompanhamento contínuo por órgãos internos de controle. Essas medidas são essenciais para promover a transparência, integridade e eficiência desse novo instrumento de contratação, viabilizando a sua adequada utilização.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto, a implementação efetiva do diálogo competitivo requer uma análise cuidadosa dos mecanismos de controle interno previstos na legislação, de forma a garantir aos agentes privados e econômicos maior segurança na condução e participação do procedimento, receio que vem, justificadamente, obstaculizando a utilização do diálogo.

A nova Lei introduziu uma série de mecanismos de controle interno destinados a garantir a integridade, transparência e eficiência das contratações públicas, tal como a exigência de uma Comissão de Contratação para conduzir o diálogo competitivo e a criação de um ambiente de governança corporativa e conformidade. Esse controle possibilita a verificação de conformidade dos atos do ente em um momento anterior ao exercício do controle externo e seus efeitos fiscalizadores e eventualmente sancionatórios (França, 2016, p. 105).

Nota-se que, para que esses mecanismos sejam eficazes, é crucial que sejam adequadamente implementados e regulamentados pelos órgãos responsáveis, não bastando tão somente a existência de previsão legal. A falta de regulamentação pode levar à manutenção das incertezas e inseguranças na condução do diálogo competitivo, prejudicando a própria utilização da modalidade de forma adequada. A eficácia destes mecanismos também depende do estabelecimento de regras e procedimentos claros de controle, além do acompanhamento – não somente contínuo, como efetivamente proativo – pelos órgãos internos responsáveis. Em suma, é imprescindível que seja adotada uma abordagem abrangente, proativa e um esforço conjunto de estruturação interna, envolvendo não apenas a criação de diretrizes claras, mas também a implementação de ações concretas para garantir a transparência, integridade e eficiência do processo.

## 5. NOTAS

1. Mais precisamente, 54,8% dos profissionais caracterizados como “controle” concordam ou concordam totalmente e 57,2% dos profissionais caracterizados como “não controle” concordam ou concordam totalmente.
2. Como por exemplo o próprio Decreto nº 9.203 de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política e governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
3. Conforme levantamento realizado pelo TCU, que avaliou mais de 500 órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. Senado Federal, Brasília, 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, Extra F, p. 2, 1 abril 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.397. Plenário. SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUE RESTRINGIRIAM O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA PREVISTA NO ART. 39 DA LEI 8.666/1993. Relator Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 21 de outubro de 2017. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A2397%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2397%2520ANOACORDAO%253A2017%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 588. Plenário. LEVANTAMENTO EM 581 ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL SOBRE GOVERNANÇA E GESTÃO EM 2017. ÍNDICE INTEGRADO DE GOVERNANÇA E GESTÃO (IGG). ÍNDICES DE GOVERNANÇA E GESTÃO DE PESSOAS (iGovPessoas), DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (iGovTI) E DE CONTRATAÇÕES (iGovContratações). DETERMINAÇÃO, RECOMENDAÇÕES E DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília, 21 de março de 2018. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo\\*/NUMACORDAO%253A588%2520ANOACORDAO%253A2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A588%2520ANOACORDAO%253A2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0). Acesso em: 08 abr. 2021.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22 n. 127 Jun/Set. 2020 p. 261-280. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2304/1339>. Acesso em: 24 abr. 2024.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GIAMUNDO NETO, Giuseppe. **As Garantias do Processo no Tribunal de Contas da União: princípios constitucionais, Código de Processo Civil/2015, e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Vídeo 2: Eficácia da Lei 14.133/2021**. Livro **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 31 de março de 2023. 3min.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. A governança e as linhas de defesa na nova Lei de Licitações e Contratos. **Revista do Advogado**, n. 153, mar/2022.

MOREIRA FILHO, Getúlio Velasco. Como as Experiências Europeia e Estadunidense Podem Contribuir com o Diálogo Competitivo Brasileiro. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 10, 2023. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/199158/191702>. Acesso em: 28 abr. 2024.

RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. 2023. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/download/concessoes-e-ppps-melhores-praticas-em-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

Secretaria da Controladoria Geral do Estado (SCGE). **O Papel da Unidade de Controle Interno nas Contratações Públicas: Lei Federal nº 14.133/2021**. 2023. Disponível em: [https://www.scge.pe.gov.br/wp-content/uploads/2023/03/Palestra\\_-O-Papel-das-UCIs-nas-Contratações-Públicas-SCGE.pdf](https://www.scge.pe.gov.br/wp-content/uploads/2023/03/Palestra_-O-Papel-das-UCIs-nas-Contratações-Públicas-SCGE.pdf). Acesso em: 20 abr. 2024.

SHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Diálogos público-privados: da opacidade à visibilidade na administração pública**. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2016. 377 p.

Tribunal de Contas da União. **Contratações de Soluções Inovadoras pela Administração Pública**. Brasília: Centro de Promoção de Cultura e Inovação Laboratório de Inovação, 2019. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/CB/E6/9C/EB/7300371055EB6E27E18818A8/Relatorio\\_pesquisa\\_contratacao\\_solucoes\\_inovadoras\\_administracao\\_publica.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/CB/E6/9C/EB/7300371055EB6E27E18818A8/Relatorio_pesquisa_contratacao_solucoes_inovadoras_administracao_publica.pdf). Acesso em: 15 maio 2024.

Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU**. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/94/21/77/67/7800371055EB6E27E18818A8/Relatorio\\_anual\\_atividades\\_TCU\\_2019.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/94/21/77/67/7800371055EB6E27E18818A8/Relatorio_anual_atividades_TCU_2019.pdf) Acesso em: 26 jun. 2024.

Recebido em: 17/10/2024

Aceito em: 03/12/2024