

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO,
JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO**

**PROPOSTA DE DIRETRIZES PARA O AVANÇO DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-
PRIVADOS NA LEI 14.133/21**

Lucas Dos Santos Pavione

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira

São Paulo

2022

LUCAS DOS SANTOS PAVIONE

**PROPOSTA DE DIRETRIZES PARA O AVANÇO DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-
PRIVADOS NA LEI 14.133/21**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Direito, Desenvolvimento e Justiça pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende
Silveira

São Paulo

2022

LUCAS DOS SANTOS PAVIONE

**PROPOSTA DE DIRETRIZES PARA O AVANÇO DOS DIÁLOGOS PÚBLICO-
PRIVADOS NA LEI 14.133/21**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre em Direito, Desenvolvimento e Justiça pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

São Paulo, 29 de novembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ricardo Geral Rezende Silveira
Orientador - IDP

Prof. Dr. Flávio Henrique Unes Pereira
Avaliador 1

Prof. Dr. Marcel Edvar Simões
Avaliador 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa Damares e aos meus filhos André, Marcos e Levi, por todo amor, carinho, paciência e apoio durante esta caminhada. Todos eles sacrificaram do tempo de convivência familiar para que eu pudesse realizar o sonho de cursar o mestrado.

Aos meus pais, que um dia abdicaram os próprios sonhos para que seus filhos pudessem realizar os seus.

Ao Professor Ricardo pelo apoio durante a orientação e para o amadurecimento das ideias que inspiraram este trabalho, e aos Professores Flávio e Marcel pela valorosa contribuição no processo de qualificação.

Aos colegas Adriano, Maria Tereza e Simone pela amizade, boa conversa e experiências trocadas durante o curso.

Ao amigo David, que compreendeu a importância do mestrado para a qualificação no desempenho das funções de Procurador Federal e incentivou a pesquisa realizada, e à Advocacia-Geral da União, por fomentar a excelência na formação de seus membros.

Por fim e acima de tudo, minha gratidão eterna ao que é Eterno! *“E tudo o que fizerdes, seja em palavra, seja em ação, fazei-o em nome do Senhor Jesus, dando por ele graças a Deus Pai”* (Colossenses 3: 17). *Soli Deo Gloria!*

RESUMO

A teoria dos contratos administrativos historicamente se construiu em torno de um regime jurídico especial em favor do Poder Público, como reflexo do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que é um dos eixos principais do chamado regime jurídico-administrativo. Todavia, o regime de exorbitância vem se apresentando ineficiente ao longo dos anos, especialmente a partir da tendência de avanço da consensualidade administrativa e da perspectiva de administração pública gerencial, o que influencia o regime de contratações. Por meio dos métodos de pesquisa bibliográfico, dialético e sistemático, o presente trabalho traz novamente à tona essa discussão, agora sob a perspectiva da Lei 14.133/21 e tendo por base a nova modalidade licitatória do diálogo competitivo, propondo diretrizes para o incremento dos diálogos público-privados, visando a uma maior consensualidade nas contratações públicas.

Palavras-chave: Contrato. Flexibilidade. Interesse público. Regime jurídico.

ABSTRACT

The theory of administrative contracts has historically been built around a special legal regime in favor of the State, as a reflection of the principle of supremacy of the public interest over the private, which is one of the main axes of the so-called legal-administrative regime. However, the exorbitant regime has been inefficient over the years, especially from the trend of advancing administrative consensus and the perspective of managerial public administration, which influences the hiring regime. Through bibliographic, dialectical and systematic research methods, this work brings this discussion back to the fore, now from the perspective of Law 14.133/21 and based on the new bidding modality of competitive dialogue, proposing guidelines for the increase of dialogues- private public sector, aiming at greater consensuality in public contracting.

Palavras-chave: Contract. Flexibility. Public interest. Legal regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A CONSTRUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO	18
1.1 A influência do regime jurídico-administrativo na concepção da teoria dos contratos administrativos	18
1.2 As dificuldades de ajuste do regime jurídico das múltiplas espécies de contratações públicas	24
1.3 Algumas disfunções práticas geradas pela aplicação de um regime de prerrogativas aos contratos administrativos.....	33
2 A GESTÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DOS MOVIMENTOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA	39
2.1 A influência da dicotomia público <i>versus</i> privado na concepção dos modelos de gestão pública.....	39
2.2 O surgimento da consensualidade administrativa e a adoção dos novos acordos celebrados pela Administração Pública.....	48
2.3 As salvaguardas para o gestor público trazidas pela Lei 13.655/18.....	54
3 O ABRANDAMENTO DA DICOTOMIA PÚBLICO VERSUS PRIVADO NA LEI 14.133/21.....	61
3.1 O desafio de se (re)construir um relacionamento de confiança e segurança nas contratações públicas	61
3.2 A amenização do regime das cláusulas exorbitantes.....	65
3.3 O redimensionamento da função de controle e o consequencialismo jurídico	69
3.4 Maior abertura para diálogos público-privados: a construção conjunta do melhor modelo contratual.....	73
4 DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE APRIMORAMENTO DA CONSENSUALIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS.....	77
4.1 A evolução da tradição dialógica nas contratações europeias.....	77
4.2. Os diálogos na prática: um enfoque na experiência francesa	83
4.3 O diálogo competitivo como nova modalidade licitatória e os desafios para sua implementação	88
4.4 Proposta de diretrizes para o avanço da consensualidade nas contratações públicas.....	94
4.4.1 <i>Necessidade de planejamento adequado</i>	94

<i>4.4.2</i>	<i>Possibilidade de flexibilização do regime jurídico aplicável à contratação</i>	<i>100</i>
<i>4.4.3</i>	<i>Conciliação entre a confidencialidade, não-discriminação e a transparência dos diálogos</i>	<i>105</i>
	CONCLUSÃO.....	108
	REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Remonta ao Direito Romano a classificação dicotômica entre os ramos do Direito em público e privado.¹ A tradição romanística foi absorvida pelo meio acadêmico e remanesce até os dias atuais no conteúdo programático ministrado nos cursos de Direito do Brasil.

Não se pode desconsiderar que a natureza do regime jurídico aplicável a um determinado ramo do Direito – e, conseqüentemente, aos seus institutos – traz alguma serventia ao operador, na medida em que identifica o feixe de normas que o regula, sua estrutura normativa, a posição que ocupa no ordenamento jurídico e a forma como se concebe sua concreção aos variados casos concretos. Conforme ensinamentos de Ferraz Júnior, “[...] a dicotomia ainda preserva, pelo menos por sua operacionalidade pragmática. Enraizada em quase todo o mundo, serve ao jurista, inobstante a falta óbvia de rigor, como instrumento sistematizador do universo normativo para efeitos de decidibilidade”.²

De fato, a complexidade das relações humanas nem sempre permite uma categorização fidedigna dos ramos do Direito e seus institutos, desafiando o intérprete em sua integração ao ordenamento jurídico, como um todo.

No caso do Direito Administrativo, ensina Cassese³ que a disciplina nasceu no início do século XIX, a partir de uma estrutura estatal consolidada na França e na Prússia, caracterizado por ser um ramo especial do Direito. Segundo o mesmo autor, o Direito Administrativo replicou alguns institutos do Direito privado ou estabeleceu para estas normas específicas e derogatórias do regime privatístico. O evento ocorreu quase que concomitantemente com a evolução do próprio Estado de Direito, em um período pós-absolutista e coincidente com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789.⁴

¹ Extrai-se do Digesto I do jurisconsulto romano Ulpiano (1.1.1.2) o brocardo “*Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, priuatum quod a singulorum utilitatem* (Direito público é o que diz respeito ao interesse do Estado Romano; Direito privado o que se refere ao interesse dos particulares). Segundo Moreira Alves, o critério distintivo entre público e privado seria o do interesse discutido. Todavia, suscita o autor uma objeção irrespondível: “o que interessa ao Estado também é do interesse de seus cidadãos, e a recíproca é verdadeira”. O raciocínio é concluído da seguinte forma: “Em vista disso, admite-se que Ulpiano, em verdade, pretendesse estabelecer a divisão com base na função imediata das normas jurídicas: as que interessam imediatamente ao Estado e apenas mediatamente aos cidadãos se enquadram no *ius publicum*; caso contrário, no *ius priuatum*. (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 103).

² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 135.

³ CASSESE, Sabino. **Lo stato introvabile**: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane. Roma: Donzelli, 1998. p. 48. O autor distingue a concepção francesa da tradição inglesa, que nega a existência de um Direito Administrativo separado, uma vez que organicamente não se justificaria uma Administração distinta, com qualidades que compõem normas, institutos e procedimentos especiais e tribunais separados dos ordinários.

⁴ Segundo Clarich, a expressão “direito administrativo” passou a ser utilizada na época napoleônica e o primeiro tratado de Direito Administrativo foi publicado por Gian Domenico Romagnosi, em 1.814. Mas ressalta que

Indica-se, como importante marco do Direito Administrativo, a publicação da Lei de 28 Pluviose, do ano VIII, publicada em 1.800, que organizou juridicamente a Administração Pública francesa. Concebeu-se a estruturação de um regime jurídico especial para reger as relações do então recente Estado Francês que, nessa fase inicial, acabou por legitimar a transferência ao Ente Público de prerrogativas análogas as dos monarcas dos antigos regimes absolutistas.⁵

A estruturação do aludido regime jurídico, todavia, não se consolidou a partir de normas organizadas em um documento positivado único ou principal – como se sucedeu com o Código Civil Francês de 1804 –, mas sim a partir de concepções mais principiológicas e abstratas, fundadas especialmente nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, designados por Bandeira de Mello⁶ como “pedras angulares” do Direito Administrativo. Em outras palavras, referidos princípios servem como eixo hermenêutico em torno do qual se constrói o regime jurídico-administrativo, servindo como uma espécie de filtro das proposições que aspiram integrar o plexo de normas tendentes a regular a atuação da Administração Pública.

Os princípios em questão acabam se entrelaçando ou se tornando “duas faces da mesma moeda”, tendo como elemento em comum a busca do *interesse público*. Se, por um lado, se apregoa que o administrador público tem uma posição de privilégio com relação ao particular (supremacia), tendo em vista os interesses coletivos materializados em sua atuação, por outro, existe uma limitação (indisponibilidade), uma vez que sua atuação não deve se afastar do

apenas no final do século XIX é que a disciplina logrou sua consolidação. (CLARICH, Marcello. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 3. ed. Bologna: Pandora Campus, 2017. p. 25).

⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2, p. 193-216). Conforme será discutido mais à frente, a criação na França de uma jurisdição específica para analisar demandas envolvendo a Administração Pública (Conselho de Estado Francês) – e que permanece em exercício até os dias atuais – influenciou decisivamente o desenvolvimento do regime jurídico-administrativo, uma vez que a jurisprudência do Órgão Jurisdicional trouxe elementos epistemológicos para a estruturação da legislação que se seguiu, assim como para as discussões doutrinárias que levaram ao amadurecimento do novel ramo jurídico.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54. Não se pode deixar de mencionar o conhecido conceito de princípio elaborado pelo eminente administrativista: “[...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tónica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. O autor arremata o raciocínio da seguinte maneira: “[...] violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (*Ibidem*, p. 54).

interesse público, que é objetivo último da atuação administrativa. Di Pietro⁷ designa esse cenário de prerrogativas e sujeições de *bipolaridade do Direito Administrativo*, na medida em que se busca conjugar a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração.

Se, de um lado, se importou as prerrogativas do *Ancien Régime*, rompeu-se, neste ponto, com a lógica do Estado absolutista, em que a Administração era vista unicamente como um processo de gestão de negócios públicos, sem que se lhe pudesse opor direitos subjetivos dos administrados.⁸

Uma grande conquista da Revolução Francesa de 1.789 foi a submissão do Estado ao império da lei. Remonta a período não muito distante ao aludido evento, a frase supostamente dita pelo Rei Luís XVI e que expressa a ideologia então vigente: “*l’État c’est moi*” (“o Estado sou eu”). Sob outro aspecto, no qual se associava a soberania do Rei com a outorga divina, justificava-se a irresponsabilidade estatal por danos cometidos contra particulares. Afinal aquele que era a fonte do Direito (o monarca) não poderia errar, daí se popularizando as expressões “*the king do not wrong*” ou “*le roi ne peut mal faire*”, cuja tradução comum seria “o rei não pode errar”.⁹

Em um contexto de legalidade, o administrador se submete à vontade geral, representada pelo processo legislativo. Assim, visando à tutela da liberdade do administrado, estabeleceu-se um rigoroso sistema de controle da atuação estatal, fundado no princípio da legalidade.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 61.

⁸ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 232, p. 53-58, abr./jun. 2003. Cirne Lima, quando discute e afirma a existência de direitos públicos subjetivos, tece as seguintes considerações sobre a aludida bipolaridade: “De acordo com a opinião do Robert Alexy, a dogmática dos direitos fundamentais ainda segue o ‘espírito do status’ de Jellinek.” (LIMA, Ruy Cirne. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Giuffrè, 2002. p. 25). De modo que, a teoria desenvolvida por Georg Jellinek, sobre os diferentes *status*, ainda hoje norteia os estudos sobre os direitos fundamentais e o direito subjetivo público decorrente. Vinculado ao Estado, o indivíduo se encontra em diversas relações, que se consubstanciam em diferentes *status*. O primeiro desses *status* é o chamado *status passivus*, também denominado de *status subjectionis*, em que o indivíduo vê excluída sua autodeterminação e está situado na situação de sujeição diante do Estado. Esse *status* consagra os deveres do cidadão para com o Estado, como o dever de prestar serviço militar obrigatório (hodiernamente com a possibilidade de objeção de consciência, CF, art. 143, § 1.º), o dever de pagar impostos, o dever de prestar serviços públicos honorários, como o de mesário nas eleições e o de jurado. Em contraposição a esse, há um segundo *status*, chamado de *status negativus*, ou de *status libertatis*, em que a situação se inverte, passando o cidadão de súdito a senhor absoluto de sua liberdade, em que toda a atividade do Estado passa a ser exercida no interesse do súdito. Esse *status* caracteriza uma situação peculiar do Estado de Direito, em que os direitos individuais são considerados como anteriores à existência do próprio Estado. Segundo Carl Schmitt, “a esfera de liberdade dos indivíduos é concebida como algo dado anteriormente ao Estado, e na verdade a liberdade dos indivíduos é, em princípio, ilimitada, enquanto que é limitado, em princípio, o poder do Estado de invadir essa esfera de liberdade” (SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin, 1.957, § 2.º, n. 3, p. 126. *Apud* LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 114).

⁹ O contexto de totalitarismo representado pelo absolutismo monárquico fragilizava qualquer tentativa de se salvaguardar direitos aos cidadãos, posto que a verticalização excetuada entre o monarca e a sociedade (tratados por súditos) e a falta de garantias de que o próprio produtor da norma a fosse cumprir, traziam grande insegurança jurídica.

O princípio da legalidade, por certo, não é exclusivo do Direito Administrativo, mas sim, um preceito comum a todos os ramos do Direito. Todavia, é inegável que tenha assumido uma feição peculiar no contexto do regime jurídico-administrativo. Renato Alessi ensina que o princípio da legalidade é “[...] a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, por conseguinte, a atividade administrativa é a atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.¹⁰

Em uma concepção mais ampla e tradicional, a legalidade confundiu-se com a ideia de aplicação das normas positivadas, a ponto de Seabra Fagundes concluir que administrar é aplicar a lei de ofício.¹¹ Logo, a Administração estaria, segundo o entendimento clássico, restrita à *legalidade positiva*, o que significa dizer que o administrador somente pode exercer sua atuação no limite do que a lei autoriza. Nesse sentido, a doutrina de Araújo:

Este desdobramento do princípio da legalidade é conhecido, em Direito Administrativo, como **princípio da legalidade estrita**, ou **princípio da restritividade**: as leis administrativas são de ordem pública, contendo “*poderes-deveres*” irrelegáveis pelos agentes públicos, que não as podem, portanto, descumprir.

[...]

Na verdade, o princípio da legalidade estrita significa que a Administração não pode **innovar** na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode **conceder** direitos, **criar** obrigações, **impor** vedações, **compelir** comportamentos: para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário respaldo da lei, e mesmo que em certos casos a atividade administrativa pareça realizar-se sem essa particularidade, só será legítima se houver lastro em determinação ou autorização legal.¹²

Uma vez que a legalidade deve pautar os atos dos agentes públicos, tem-se considerado que o aludido princípio precede todos os demais, por se tratar de um pressuposto de validade da atuação administrativa.

Nesse cenário clássico, o Direito Administrativo foi categorizado no campo do Direito público¹³, possuindo como ponto de regência de seus institutos o chamado regime jurídico-administrativo, que consiste no conjunto normativo, principiológico ou positivado, que visa conferir à Administração Pública determinadas prerrogativas e privilégios nas relações jurídicas

¹⁰ Renato Alessi *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 103.

¹¹ Seabra Fagundes *Apud* MELLO, *op. cit.* p. 79.

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

¹³ Edmir Netto de Araújo assim define **Direito público**: “[...] refere-se às relações em que predominam os interesses de ordem pública, das quais o Estado participa usando de suas prerrogativas de autoridade e soberania. As regras, nesse campo, disciplinam a vida da comunidade como tal considerada, o relacionamento dos particulares com a entidade que os congrega em coletividade (“Estado”), ou mesmo entre esta e os indivíduos que para ela trabalham, ou ainda as relações entre Estados distintos, regulando, portanto, os interesses estatais e sociais, mas só reflexamente os individuais.” (*Ibidem*, p. 25).

estabelecidas com os administrados, no exercício da função administrativa, assim como para imprimir limitações à atuação do administrador no exercício de suas funções, que sempre deve se orientar pela busca do *interesse público* e se pautar pela *legalidade positiva*.

A concepção teórica do regime jurídico-administrativo, todavia, não encontrou êximos na sua aplicação prática.

Um sistema concebido a partir de preceitos mais abstratos, de fato, tenderia a ter uma plasticidade e uma capacidade adaptativa maior à evolução das relações sociais, consentânea aos valores vigentes em determinada época e lugar. Ao contrário do que se imaginou, todavia, essa maior abstração conduziu a certa insegurança na compreensão do papel do Direito Administrativo no cenário jurídico. Um exemplo é a própria ideia de *interesse público*, que se apresenta como um conceito jurídico indeterminado e que, ao longo dos anos e até os dias de hoje, ainda desperta debates doutrinários quanto à sua concepção e alcance.

Logo, certo dogmatismo tomou conta do Direito Administrativo ao se buscar o enquadramento de toda a atuação administrativa no âmbito regime jurídico-administrativo e, mais precisamente, à submissão da supremacia do interesse público sobre o privado, cada vez mais amplificado e cuja concepção acabou se corrompendo, a ponto de não se admitir qualquer transigência quando tais valores estivessem em conflito.¹⁴

As positivações que se sucederam, que, de algum modo, regravam a atuação da Administração Pública, foram decisivamente influenciadas por tal tendência, o que levou à segregação cada vez maior entre *interesse público* e *interesse privado*. Decerto, a posição estatal privilegiada levou a alguns exageros na construção do princípio em comento, conforme ponderado por Almeida:

Esse viés de autoridade reforçada por poderes especiais – *puissance publique*, na feliz expressão francesa, porém de difícil tradução – marcou diversas construções teóricas do Direito Administrativo do Século XIX e primeira metade do século XX. Assim, por exemplo, as ideias de irresponsabilidade do Estado, dos atos de império, da supremacia do interesse público (em muitos momentos confundidos com o interesse do Estado) e também a ideia de que o Estado não poderia subordinar-se a uma espécie de acordo de vontades com particulares, ou seja, não poderia celebrar contratos.¹⁵

¹⁴ Conquanto as críticas que se fazem quanto à indefinição objetiva do princípio da supremacia do interesse público, salienta Edmir Netto de Araújo que foi somente a partir da consolidação deste princípio que o próprio direito público - e, por consequência, o Direito Administrativo - passou a se desenvolver de modo consistente (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72).

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2, p. 194.

Da mesma forma, evoluiu uma interpretação mais rigorosa quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o que foi sentido na prática, uma vez que se trata do fundamento basilar do princípio da exigibilidade dos atos administrativos¹⁶. Referido princípio assegura ao Estado, no exercício da função administrativa, a possibilidade de exigir dos administrados o cumprimento das obrigações que lhes são criadas. O preceito traz consigo a ideia de que, uma vez evidenciado o interesse público, não pode o administrador dele dispor, não cabendo sequer transação a respeito.

Nessa mesma perspectiva, observou-se o enraizamento de uma concepção bastante severa de legalidade, o que acabou acompanhando a construção da disciplina jurídica por longos anos. A ideia do controle da atuação do administrador por meio da legalidade, desde o início, voltava-se para um maior regramento, visando evitar-se que o exercício das funções públicas se tornasse um campo propício para a obtenção de vantagens pessoais, bem como para o cometimento de abusos pautados por excessivo subjetivismo.

A tendência de submeter a atuação estatal a um regime jurídico específico de atuação, composto de prerrogativas e sujeições, avançou às contratações públicas, que, nos primórdios do Direito Administrativo, eram realizadas sob a regência de normas de Direito privado. Todavia, a assunção de um regime específico para as contratações realizadas pela Administração, espelhando o regime jurídico-administrativo, nunca foi um tema pacífico na doutrina, desde sua concepção.

A separação dicotômica entre público e privado acaba por se tornar um fator de divergência nas contratações públicas, especialmente porque os contratos celebrados pela Administração Pública possuem, na maioria das vezes, um correspondente de Direito privado, do qual extrai sua estruturação jurídica básica. Outrossim, a dinâmica contratual dos particulares não apenas promove melhorias nos arranjos já existentes, como ainda fomenta o surgimento de toda sorte de contratos atípicos fundados na autonomia privada e na liberdade de contratar.

Diferentemente do regime que rege os atos administrativos, nos quais a Administração pode-se valer da imperatividade para impor suas decisões ao particular, os contratos administrativos demandam, em sua estrutura, o consenso para sua perfectibilização, o que faz com que a aplicação de um regime de superioridade ao Poder Público traga efeitos práticos na decisão do particular de contratar ou não com o Estado. Assim, existe uma dinâmica de mercado

¹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 68.

que se apresenta com uma realidade ao Poder Público e que definirá os custos de transação de se submeter as contratações a um regime jurídico único.

A doutrina administrativista brasileira ainda se expressa de modo conservador quanto ao tema. Decerto, as contratações públicas são enxergadas como uma seara em que as prerrogativas estatais se fazem presentes e necessárias, e, não raro, a prática administrativa revela a incorporação ao contrato de cláusulas que dificilmente seriam exercidas, mas que são apostas no instrumento de ajuste como que em uma demonstração de poderio estatal.

Todavia, uma mudança de paradigmas tem sido vivenciada pelo Direito Administrativo, que caminha para uma ética de consensualidade, assim como o direcionamento das contratações públicas, que passam a ser vista em seu aspecto instrumental e com foco na busca dos resultados almejados, de modo que é possível se pensar em pontos de contato mais intenso entre interesses públicos e privados.

Nessa toada, diante de tal mudança de paradigmas, o presente trabalho se propõe a responder à seguinte questão: Quais seriam as diretrizes necessárias para a adoção de um modelo de contratações públicas mais propício à consensualidade e aos diálogos público-privados?

A análise proposta possui como pano de fundo a relativamente recente Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, que trouxe uma nova disciplina jurídica para as licitações e contratos.

Considerando-se o contexto de uma cultura jurídica de pouca assertividade aos diálogos público-privados no campo das contratações públicas, o trabalho de pesquisa parte das seguintes hipóteses ou questões norteadoras:

- a) a incursão das prerrogativas estatais no campo das contratações públicas se deu na medida em que se estruturou o regime jurídico-administrativo. Assim, a busca pelo atingimento do *interesse público* justificou durante os anos a posição de supremacia da Administração em relação ao particular;
- b) consolidou-se, ao longo dos anos, um regime jurídico único para os contratos administrativos, fundado em uma lógica burocrática de controle do procedimento, que conferiria pouca ou nenhuma flexibilidade para a modelagem contratual e para a realização de diálogos público-privados;
- c) a evolução do Direito Administrativo fez surgir a perspectiva de maior consensualidade administrativa, ao mesmo tempo em que a Administração Pública evoluiu de uma lógica burocrática para uma perspectiva gerencial, implicando para o gestor a necessidade de enfoque no resultado de sua atuação;

- d) o gestor, historicamente, se mostrou reticente em sua busca por soluções inovadoras em gestão pública, em razão de uma atuação excessivamente regradora dos órgãos de controle. A Lei 13.655/18 alterou esse cenário conferindo maior segurança ao exercício da função administrativa;
- e) a Lei 14.133/21 busca repaginar as contratações públicas, inserindo mecanismos de maior consensualidade e de fomento de diálogos público-privados em seu bojo;
- f) a modalidade do diálogo competitivo, inspirado no modelo europeu, foi integrado ao ordenamento brasileiro, a fim de permitir uma intensificação maior de construção consensual de soluções para as demandas administrativas;
- g) trata-se, todavia, de modalidade de uso restrito a poucas hipóteses, de modo que a nova modalidade serve de arquétipo para a extração de diretrizes para o avanço da consensualidade no campo das contratações públicas.

Relativamente ao referencial teórico, o presente trabalho se debruça sobre as seguintes linhas:

- a) a desnecessidade de submissão das contratações públicas a um regime jurídico único;
- b) a dificuldade teórica e prática de separação entre interesses públicos e privados nas contratações públicas;
- c) a evolução do Direito Administrativo na trilha da consensualidade e a irradiação de tal tendência para os contratos administrativos;
- d) o modelo de Administração Pública gerencial e desburocratizada e o avanço da inovação administrativa, que objetivam a obtenção de resultados na atuação administrativa;
- e) o engessamento da atuação dos gestores públicos em face da exacerbação da função de controle, no que vem sendo conhecido por “apagão das canetas”;
- f) o contrato assumindo o protagonismo como centro irradiador das obrigações entre as partes, nas contratações públicas;
- g) a experiência europeia, notadamente francesa, na mutação de um modelo de contratações dicotômico (público *versus* privado) para outro de maior assertividade e convergência dos parceiros contratuais, e a extração de diretrizes para o aperfeiçoamento das contratações públicas brasileiras.

Nessa trilha, o capítulo primeiro promoverá uma análise crítica da teoria dos contratos administrativos a partir das tentativas de se construir um regime jurídico específico, garantidor das prerrogativas estatais. Outrossim, trará à tona as dificuldades de submissão das contratações públicas a um regime jurídico único, o que se revela, na prática, com a divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, classificação dual que é insuficiente para o enquadramento da multiplicidade de contratos que o Poder Público celebra. Por fim, apresentará um quadro de problemas práticos gerados pela aposição de um regime de prerrogativas nos contratos administrativos.

A evolução das relações sociais impactou o Direito Administrativo, que vem passando por uma reestruturação na compreensão de seus principais pilares para melhor adequação à uma sociedade pós-moderna. A dicotomia público *versus* privado passa a ser fragilizada na perspectiva de uma sociedade democrática, que não concebe mais a relação súdito e senhor, como a que espelhava a velha relação entre a Administração e o administrado.

Dessa forma, o capítulo segundo buscará apresentar a tendência de contratualização da gestão pública, expondo a evolução da Administração Pública da perspectiva burocrática para a gerencial, assim como analisará o avanço da consensualidade administrativa e as modificações legislativas recentes para salvaguardar o gestor público e assegurar a inovação no campo da governança pública. A temática tem influência na concepção das contratações públicas, que procuram se modernizar na busca de melhores resultados, práticas inovadoras de gestão e no sentido de maior consensualidade.

Por seu turno, o capítulo terceiro trará a perspectiva de diálogos públicos-privados incentivados pela Lei 14.133/21, a partir da diminuição da assimetria nos contratos administrativos e o restabelecimento da confiança entre as partes, e lançará as bases para a discussão quanto à possibilidade de flexibilização do regime jurídico contratual da Administração Pública.

Por fim, o capítulo quarto será reservado à análise da nova modalidade de licitação designada por diálogo competitivo, inspirada no Direito europeu, que representa um avanço significativo na maior aproximação entre o público e o privado, visando à construção da melhor solução para a demanda administrativa, inclusive na modelagem jurídica e financeira do contrato resultante do procedimento de seleção. A partir da análise específica da nova modalidade, pretende-se extrair diretrizes para a condução de diálogos público-privados que possam ser aplicadas a outros pontos de maior convergência entre os contratantes previstos na Lei 14.133/21.

O objetivo geral do presente trabalho é, assim, demonstrar a superação da teoria clássica que submete o contrato administrativo a um regime jurídico único, baseado na posição de preponderância do Poder Público sobre o particular, para sustentar uma maior flexibilidade para que o gestor construa a melhor modelagem jurídica para os contratos administrativos, promovendo maior convergente entre os interesses envolvidos.

O objetivo específico é demonstrar a possibilidade de avanço de diálogos público-privados na seara das contratações públicas, em uma ética de consensualidade, apontando as condições necessárias para tanto.

O desafio de superação de uma concepção – e não apenas de uma legislação – foi reconhecido pelo próprio legislador, que estabeleceu prazo de vacância de dois anos, no qual a Lei 14.133/21 vigorará em conjunto com as leis que serão substituídas. Trata-se de um importante período, não apenas para a adaptação dos procedimentos e práticas administrativas, mas também para reflexão aprofundada da contratação pública em sintonia com as finalidades precípua do Estado, e não mais como um fim em si mesma.

Há uma premente necessidade de renovação na interpretação das normas sobre contratações públicas, propondo o presente trabalho contribuir para a superação da dicotomia público *versus* privado, a fim de que se busque um regime de temperamento na construção do regime jurídico dos contratos administrativos, que caminhe para uma Administração mais consensual e de interesses convergentes com os administrados.

Quanto ao procedimento, o método de pesquisa adotado foi *bibliográfico*, porquanto construído com base em estudo sistematizado de material publicado em livros, revistas, periódicos, jornais, dissertações, teses e demais meios eletrônicos disponíveis que auxiliaram na pesquisa. Outrossim, utilizou-se os métodos de pesquisa *dialético* e *sistemático*. Relativamente ao método *dialético*, há zonas de tensão doutrinária no que se refere à necessidade de adoção de um regime jurídico único de contratações por parte da Administração nos contratos administrativos. Em tal situação, se faz necessário um trabalho de argumentação e contra-argumentação, a fim de que sejam analisados os principais entraves existentes para o avanço da temática ora discutida, na ótica hegeliana silogística da tese-antítese-síntese. Por fim, o método *sistemático* harmoniza-se com a pesquisa proposta, uma vez que os vários elementos, de diferentes campos do saber jurídico, se conectam de maneira dinâmica, permitindo a análise interdisciplinar do tema, inclusive dialogando com outros campos do saber, como a Economia.

1 A CONSTRUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

1.1 A influência do regime jurídico-administrativo na concepção da teoria dos contratos administrativos

O regime jurídico-administrativo serviu para que o Direito Administrativo metodologicamente se firmasse como disciplina autônoma no século XIX, diferenciando-se dos demais ramos jurídicos. Não bastasse isso, houve um esforço da doutrina administrativista para se evitar que houvesse confusão de seus institutos com os do Direito comum (Direito Civil), como uma forma de preservar sua categorização no campo do Direito público.¹⁷

No início da formulação do regime jurídico-administrativo, na França, a Administração Pública ordinariamente celebrava contratos regidos pelo Direito privado.

Com a penetração da sistemática do regime jurídico-administrativo na seara contratual, especialmente com a necessidade de se atribuir prerrogativas ao Poder Público em razão do presumido interesse público buscado pela contratação, passou-se a distinguir, sob o gênero *contratos da Administração*, os chamados *contratos administrativos* e os *contratos regidos pelo direito privado*¹⁸. Em linhas gerais, enquanto nos primeiros ajustes existiria uma situação de incidência de normas de Direito público (com incidência supletiva de normas de Direito privado, compatíveis com a contratação), impondo uma relação verticalizada, nos segundos, haveria a incidência de normas de Direito privado, existindo uma posição de horizontalidade entre Administração e particular.

Explica Moreira Neto¹⁹ que houve uma dificuldade teórica pós-Revolução Francesa para explicar o regime jurídico que diferenciasse os contratos administrativos dos contratos privados da Administração, fixando-se o primeiro marco distintivo no plano processual: “os

¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65.

¹⁸ Neste sentido, a doutrina de Meirelles: “Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí porque a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os contratos internacionais. Todavia, os contratos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privadas da Administração.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 220-221).

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 549-550.

contratos privados da Administração deveriam ser apreciados pela justiça comum e os contratos públicos, da Administração, deveriam ser apreciados pelo sistema contencioso administrativo”.

A fim de contextualizar a discussão, é importante esclarecer que a organização tripartite entre os Poderes foi levada ao extremo no pós-Revolução Francesa, com o apartamento absoluto entre as competências das autoridades administrativas e judiciárias. Remonta-se à Lei 16-24 de agosto de 1790, que disciplinou a organização jurisdicional francesa, o principal destaque quanto à vedação de os juízes comuns conhecerem de litígios administrativos, conforme disposição de seu artigo 13:

Art. 13. As funções judiciais são separadas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer maneira que seja, o funcionamento dos órgãos administrativos, nem convocar perante eles os administradores em razão das suas funções.²⁰

Posteriormente, citando a doutrina de D’Alessio, Tácito²¹ informa que a expressão “ato administrativo” apareceu de modo inovador na terminologia da Lei de 16 Fructidor, Ano III (1.796), quando interdita aos tribunais judiciários conhecer de atos da Administração.

Logo, com a proibição de a jurisdição comum conhecer dos atos administrativos, o mesmo autor ensina que a Administração ativa era o juiz de seus próprios atos (sistema da *administration juge*), até que houve a criação do Conselho de Estado, que se reuniu pela primeira vez em 25 de dezembro de 1799, o qual concentrava a função judicante, em última instância, no Chefe de Estado, vez que a atuação daquele órgão era meramente opinativa²². O autor assim narra a consolidação do Conselho de Estado:

Somente com a lei de 24 de maio de 1872 nasceu, de modo efetivo, a atividade jurisdicional do Conselho de Estado que, sobretudo a partir da decisão do caso *Cadot* (1889), pelo qual cessou a existência do *ministre juge*, tornou-se o juiz de direito comum em matéria administrativa (sistema da *justice déléguée*). Investido da qualidade de órgão principal e, em muitos casos, exclusivo do contencioso administrativo, o Conselho de Estado desenvolveu a extraordinária função criadora do Direito Administrativo na França. Em seus arestos, na continuidade de sua jurisprudência, modelaram-se os institutos e as tendências

²⁰ Livre tradução: “*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions*”. (FRANÇA. **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**. Paris, 1790. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777/>. Acesso em: 23 maio 2022).

²¹ D’ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.a ed., 1949, v. II. *Apud* TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 53-58, abr./jun. 2003. p. 53.

²² TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, 1954.

que, tendo sede no território francês, se universalizaram no pensamento jurídico contemporâneo.²³

Estorninho²⁴ explica, todavia, que a criação de um órgão jurisdicional especializado em demandas administrativas não se fundou em motivos técnicos, mas sim na concepção de que entregar o julgamento dos atos administrativos ao sistema de jurisdição ordinário significaria permitir que o Judiciário administrasse. E assim conclui de forma crítica a este raciocínio:

O princípio da separação de poderes foi, assim, utilizado como uma verdadeira “máquina de guerra” (PROSPER WEIL) dirigida contra os tribunais judiciais. Aqui se revela a “componente autoritária” dos institutos de justiça administrativa que NIGRO refere a par do seu “profundo valor liberal”. Pensar apenas na perspectiva da garantia da posição jurídica do cidadão no confronto com a Administração significa votar ao esquecimento a outra face do problema, constituída pela vontade – de peso igual e de sentido contrário – de subtrair os litígios da Administração ao juiz comum. Os institutos da justiça administrativa foram, assim, “filhos do estado de direito, mas do estado de direito enquanto também estado administrativo” (NIGRO), caracterizado pela sujeição da Administração a um “estatuto especial” (NIGRO) composto não só de tribunais próprios mas também, em consequência, de um direito próprio.²⁵

Com esse entendimento assente Tácito²⁶, para quem existe, no plano histórico, uma “[...] identidade genérica entre o princípio da separação de poderes – que forma o núcleo do Estado de Direito – e a especialização, no campo do Direito público, de um ramo autônomo destinado especialmente ao tratamento jurídico da função administrativa”.

Na prática, na medida em que se foi estruturando as legislações relacionadas ao novel Direito Administrativo, foi perdendo relevância a incidência do Direito Civil nas relações jurídicas tomadas pela Administração, e ganhando reforço a estruturação do Conselho de Estado Francês, a ponto de Prosper Weil²⁷ sustentar que “a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia”.

Logo, a dicotomia público *versus* privado acabou sendo acentuada no Direito francês, em razão desse sistema de dualidade de jurisdição, evoluindo a legislação em uma tendência de se extrair por completo do Poder Judiciário eventuais demandas envolvendo o exercício da função administrativa.

²³ TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, 1954. p. 458.

²⁴ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 23-24.

²⁵ *Ibidem*, p. 24-25.

²⁶ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 53-58, abr./jun. 2003. p. 54.

²⁷ Prosper Weil *Apud*. ESTORNINHO, Maria João. *op. cit.* p. 25.

Posteriormente, salienta Moreira Neto²⁸, houve uma espécie de substantivização da discussão envolvendo os contratos, com a inserção da temática sobre atos de império e atos de gestão, que acabou evoluindo, no século XX e no âmbito do Conselho de Estado francês, para o critério material de serviço público, ou seja, a existência de um *interesse público* subjacente à contratação, em substituição à ideia de soberania como fundamento primeiro do Direito Público.

Duguit²⁹, expoente da escola do serviço público, de fato lançou base para questionamentos sobre a impossibilidade de se assimilar a lei das maiorias como a lei essencial das democracias modernas, de modo que também a noção de soberania nacional, a qual àquela lei se liga intimamente, não é essencial para a noção fundamental do Direito público. Em contraposição à ideia de soberania, o autor traz as obrigações atribuídas aos governantes no atendimento de certas atividades, de modo que os que exercem o poder não podem impor legitimamente a obediência, senão quando prestam certos serviços. E arremata assim o raciocínio:

Compreende-se, assim, o sentido e o alcance da profunda transformação ocorrida no direito público. Não é mais um conjunto de regras aplicáveis a uma pessoa soberana, é decidir, investido do direito subjetivo de comandar, que determinam as relações dessa pessoa com os indivíduos e coletividades encontradas em determinado território, relações entre pessoas desiguais, entre um soberano e seus súditos. O direito público moderno torna-se um conjunto de regras que determinam a organização dos serviços públicos e asseguram o seu funcionamento regular e ininterrupto. Nada resta da relação do soberano com os súditos. Do direito subjetivo de soberania, de poder também. Mas há uma regra fundamental, da qual derivam todas as outras: a relação que impõe aos governantes a obrigação de organizar os serviços públicos, fiscalizar seu funcionamento, evitar qualquer interrupção.³⁰

Apesar de alguma oposição às ideias de Duguit, com retorno doutrinário ao enfoque da supremacia do interesse público radicado na ideia de imperatividade por Otto Mayer, em 1924, e Massimo Severo Giannini, em 1965, Moreira Neto³¹ explica que o eixo de fundamentação das

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 551. Ferraz Júnior explica que a defesa da soberania como princípio máximo do direito público surgiu a partir das *teorias da relação de dominação*, que partem do pressuposto de que o Estado se põe de modo superior ao particular, o que fundamenta o exercício do *jus imperii* (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* p. 136).

²⁹ DUGUIT, Léon. El servicio público. In: DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

³⁰ *Ibidem*, p. 27-48.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *op. cit.* p. 547. Ferraz Júnior explica associa a dicotomia interesse público e privado às “[...] *teorias do interesse, que tomam, como topos, o interesse, um dos lugares comuns mais importantes da dogmática jurídica e que se difundiu com von Jhering e a escola da Jurisprudência dos Interesses do Século XIX, com repercussões permanentes até o século XX. A ideia remonta às concepções*

prerrogativas estatais - e, por conseguinte, do próprio sistema de assimetria - deslocou-se ao longo dos anos da imperatividade para a ideia de interesse público:

Observa-se no percurso, uma nítida evolução do conceito de prerrogativa para a satisfação do interesse público: desde a arbitrariedade das 'razões de Estado' (de sua origem absolutista), passando pela definição da discricionariedade, então, substancialmente insindicável (do Direito Administrativo clássico), até a revisão da discricionariedade, já entendida como amplamente sindicável, que é hoje assente no Direito Administrativo pós-moderno.

Todavia, como será abordado no próximo capítulo, quando se discutirá a evolução do modelo de gestão pública e sua influência nas prerrogativas estatais, a ideia de *interesse público* também é bastante ambígua e aberta, o que acabou por trazer alguma dificuldade para a modulação da relação jurídico-administrativa.

Araújo³² explica que a noção de contrato extravasa a categorização em determinado ramo jurídico para se posicionar na Teoria Geral do Direito como uma categoria jurídica resultante da unidade ontológica do Direito, uma espécie de arquétipo, ao qual se adicionam elementos característicos que lhe situam no campo do Direito privado ou público.

O fato de o contrato administrativo ter se construído a partir da arquitetura dos contratos privados trouxe, ao longo dos anos, grande dificuldade em se buscar uma linha doutrinária uniforme quanto à sua natureza jurídica. A variedade de linhas de pensamento é assim exposta por Marques Neto:

A ideia de contrato administrativo nem sempre foi pacífica. No século passado, importantes autores rejeitavam essa ideia alegando que tal fórmula continha uma contradição. Se a Administração, centro de autoridade, participava da relação, não poderia haver contrato. Este pressupunha autonomia da vontade e equivalência entre as partes contratantes. E o Estado Administração, portador do poder soberano, nem tinha vontade, nem poderia ser nivelado à outra parte contratante. Partia-se aí da concepção de que, em se tirando as hipóteses de o Estado, autorizado por Lei, firmar contratos regidos pela legislação civil (os chamados contratos privados da Administração), nos demais contratos não haveria que se falar na existência de um tipo peculiar de contrato administrativo, mas sim de um ato jurídico bilateral. Por esta visão, somente poderíamos falar de contrato no núcleo da relação econômico-financeira.³³

modernas que vão opor sociedade e indivíduo, cada qual com seus respectivos interesses. Os da sociedade, representados pelo Estado, são comuns, neutros em face dos egoísmos particulares, e envolvem a gestão da coisa pública, de toda a economia nacional. Essa noção, porém, perde nitidez em face de certos interesses particulares e não obstante sociais, como é o caso da proteção dos direitos trabalhistas. De qualquer modo, o que estas teorias acentuam é a diferença buscada pela Era Moderna entre o social privado e o social público, o âmbito da propriedade e da riqueza privada e o âmbito da propriedade e riqueza comuns” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. op. cit. p. 136).

³² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 652.

³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez/2009.

Vê-se que se trata de uma corrente que negava a existência dos contratos administrativos³⁴. Além dessa posição, pode-se enumerar como linhas doutrinárias aquela que considera todos os contratos celebrados pela Administração como contratos administrativos³⁵ e a que vem tendo acolhida mais assertiva entre os doutrinadores brasileiros, que aceita a existência dos contratos administrativos como espécies do gênero contratos, regidos por regime jurídico de Direito público, derogatório e exorbitante do Direito comum³⁶. Almeida resume bem a evolução de entendimentos sobre a matéria:

O Direito administrativo, naturalmente, evoluiu. Passou, numa primeira etapa, pela ideia de que o Estado não celebraria contrato, mas praticaria um ato unilateral, após o consentimento, também unilateral, do particular contratado; depois, pela variante de que o Estado, ao “contratar”, praticaria um misto de ato unilateral (quanto às cláusulas regulamentares) e contrato privado (quanto às cláusulas financeiras); chegando-se à afirmação de uma espécie contratual sujeita a um regime especial, de Direito público, exorbitante do Direito privado.³⁷

O *interesse público* seria, assim, preservado por meio de aposição de cláusulas que resguardassem uma desigualdade na relação contratual, concepção que se seguiu até os dias atuais³⁸, conforme se pode ver do seguinte conceito de contrato administrativo dado por Araújo:

[...] contrato público é o acordo de vontades opostas, realizado *intuitu personae*, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa o Estado, para produção de obrigações que envolvam finalidade pública, contendo explícita ou

³⁴ Para essa linha de raciocínio, o Estado não teria autonomia da vontade, devendo seguir estritamente o que for previsto pela lei, bem como não poderia subordinar-se a uma relação de igualdade com o particular, prescindindo de sua posição de supremacia. Logo, o Estado apenas poderia impor unilateralmente sua vontade (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contratos administrativos*. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2, p. 194).

³⁵ Furtado afirma que tais contratos sofreriam influxos de cláusulas exorbitantes por força da previsão do art. 62, § 3.º, I da Lei 8.666/93, concluindo que “[...] todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 353-357).

³⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. *op. cit.* p. 256.

³⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *op. cit.* p. 195.

³⁸ A conclusão pode ser ilustrada com o seguinte trecho, extraído da obra de Araújo, na parte em que comenta o regime jurídico dos contratos administrativos: “Assim, no contrato público, o Estado, diversamente do que ocorre no contrato privado, em que se observa a horizontalidade entre as partes, coloca-se em posição de supremacia ou verticalidade em relação ao particular, podendo legitimamente, justificado pelo interesse público predominante, impor cláusulas exorbitantes à outra parte, estipulações estas que são característica elementar do contrato público, especialmente do administrativo. Ser-lhe-á possível, mesmo unilateralmente, alterar cláusulas, rescindir, encampar serviços públicos concedidos, penalizar, exercer controle e fiscalização sobre a execução do contrato, permitir o uso de setores do domínio público, baixar instruções ao particular contratante, dentre outras hipóteses que denotam exatamente essa posição de supremacia e condição de potestade pública da Administração, pois precisamente a existência dessas cláusulas esdrúxulas (para o direito privado), estipuladas pelo Estado e aceitas pelo particular contratante, que desnaturariam o contrato privado se nele inseridas, é que vai tipificar o contrato administrativo, regido por princípios publicísticos, caracterizando-o como espécie inconfundível ao lado do contrato privado, regido este pelo direito privado, mas frequentemente civil. (ARAÚJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 659).

implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos.³⁹

A ideia de contraposição de interesses na relação jurídica se acentua nos contratos administrativos em razão da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em decorrência da influência do regime jurídico-administrativo. Os contratos administrativos se situariam, assim, em uma escala intermediária entre o ato administrativo, que goza de imperatividade e supremacia administrativa, e os contratos privados da Administração, nos quais supostamente existiria uma relação igual entre a Administração e o particular.

A concepção de um ajuste contratual que assegure uma posição de supremacia para a Administração, todavia, não é algo simples. Há uma multiplicidade de situações que podem se originar do regime de contratação pública, especialmente porque a Administração não pode obrigar o particular a consigo contratar, razão pela qual sempre se apresentou como problemática a construção de um regime especial único que abarcasse todas as situações que pudessem ser objeto de um contrato administrativo.

1.2 As dificuldades de ajuste do regime jurídico das múltiplas espécies de contratações públicas

De modo geral, a sistemática dos contratos administrativos se refere aos acordos bilaterais que objetivam a aquisição de bens, a prestação de serviços, execução de obras públicas, assim como instrumentalizar a alienação de bens, delegação de serviços públicos e utilização privativa de espaços públicos. Esse é o desenho clássico dos contratos administrativos.

A par de outras características que distinguem os contratos administrativos dos ajustes celebrados entre particulares, o maior fator de desequilíbrio dos ajustes celebrados pela Administração Pública com terceiros é a presença das chamadas cláusulas exorbitantes, também chamadas de cláusulas de privilégio ou prerrogativa, por meio das quais o Poder Público reserva-se o direito de, unilateralmente, alterar, rescindir, intervir, fiscalizar e punir o particular⁴⁰. Exorbitante é algo que extravasa o ordinário ou o que se considera justo, sendo a

³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *op. cit.* p. 665.

⁴⁰ Araújo defende a existência de cláusulas **explícitas** (quando constam expressamente do contexto contratual e especificam claramente a obrigação contraída), **referenciais** (expressamente se referem a outras cláusulas, folhas de especificações, cadernos de encargos ou quaisquer disposições legais) ou **implícitas** (não escritas, representam direitos e obrigações atribuídos à Administração em razão do interesse público sobre o interesse particular na execução do contrato). (ARAÚJO, Edmir Netto de.. p. 673).

expressão comumente usada para demonstrar uma posição diferenciada na relação contratual, distinta dos preceitos de Direito privado.

Em contraposição à posição de sobreposição jurídica da Administração Pública, costuma-se apontar a preservação das chamadas cláusulas econômicas, que visam garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo que o contrato deve espelhar as condições iniciais que espelharam a proposta formulada pelo contratado. Tais cláusulas não podem ser alteradas unilateralmente pela Administração. Trata-se de uma faceta do *pacta sunt servanda* aplicável aos contratos administrativos, o que impede sua completa desnaturação como um ajuste bilateral.

De toda sorte, a ideia de enquadramento das contratações públicas em regime jurídico especial, acabou por gerar a concepção de que existiria um poder-dever estatal de inserir cláusulas exorbitantes do regime privado e que lhe garantissem posição de superioridade na relação jurídica construída.

Marques Neto⁴¹ possui posicionamento crítico a tal concepção, que desconsidera as modulações necessárias ao caso concreto, o que denominou por “maldição do regime jurídico único”, uma espécie de “figurino único”, independentemente do ente ou entidade que o usará e do propósito para qual servirá. O raciocínio é arrematado da seguinte forma:

[...]. Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei n.º 8.666/93. Ou seja, esteja a Administração a contratar um singelo fornecimento de água mineral, encomendar um projeto de arquitetura, comprar um sofisticado equipamento feito sob encomenda, contratar a construção de uma usina hidrelétrica ou delegar um serviço público ou a prestação de um serviço social, deveria ela se submeter a um único modelo de contrato, observar regras de um regime jurídico monolítico.⁴²

O autor enumera uma série de desvantagens para a adoção de um regime único para as contratações. Primeiro, porque dificulta a modelagem contratual à situação concreta ensejadora da contratação, o que nem sempre conduzirá à contratação mais vantajosa para a Administração. Segundo, porque o regime dos contratos administrativos dificilmente conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes de obrigações.⁴³

⁴¹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 78.

⁴² *Ibidem*, p. 78.

⁴³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 78-79.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Almeida lança as seguintes conclusões:

- a) a constatação de que um regime jurídico geral, previsto na lei, baseado na versão consolidada da teoria do contrato administrativo, não mais é apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração, havendo que se garantir maior flexibilidade ao administrador, no caso concreto de cada contratação - sem que se abra mão da legalidade e do controle do exercício dessa discricionariedade;
- b) a percepção de que as prerrogativas tradicionais da Administração no contrato administrativo não são sequer aptas a assegurar a consecução da função administrativa.⁴⁴

A crítica a um regime jurídico geral para os contratos administrativos considera que uma maior flexibilização do contrato tende a trazer para o ajuste maior segurança, porquanto se pressupõe que houve análise jurídica e econômica específica para o ajuste, diferentemente quando se engessa a contratação com uma regulamentação legal única e tendente à padronização.

E o problema de um regime jurídico geral para os contratos administrativos se acentua quando confrontado com outro ponto igualmente problemático das contratações públicas, que é a categoria contratos privados da Administração⁴⁵, tema que ainda é muito pouco explorado pela doutrina administrativista, que se limita a informar a regência de normas de Direito privado para tais ajustes, supondo-se que exista, de fato, uma relação de horizontalidade entre Poder Público e particular.⁴⁶

Por mais que se tenha tentado estabelecer um regime jurídico especial para os contratos administrativos, não houve uma ruptura absoluta com o regime geral dos contratos privados. A Lei 8.666/93, por ser anterior ao Código Civil de 2002, absorveu muito da lógica oitocentista⁴⁷ que permeava o Código Civil de 1916. Logo, quando o legislador tratava de um regime de prerrogativas aplicável aos contratos administrativos, contrapunha-o a um regime privatístico construído a partir de uma ótica individualista.

Assim como houve a evolução do regime dos contratos administrativos, não se pode olvidar que a clássica doutrina do contrato, também originária da França, vem sofrendo

⁴⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria do Contrato Administrativo**: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no Direito Brasileiro. 2010. Tese (Livre-Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 324.

⁴⁵ São exemplos de tais contratos a locação predial, direitos autorais, permuta, doação, dação em pagamento, compra e venda, franquia, leasing, entre outros.

⁴⁶ Este é um exemplo de como a dicotomia público-privado pode dificultar os debates acadêmicos, uma vez que cada campo do saber jurídico acaba se limitando às amarras da categorização que recebeu, o que dificulta o avanço da disciplina para além de tais limites e a discussões mais amplas, que envolvam algum grau de interdisciplinariedade.

⁴⁷ A expressão oitocentismo tem sido utilizada para designar as grandes Codificações publicadas a partir de 1.800 e de inspiradas no Código Napoleônico, de forte cunho liberal.

considerável transformação ao longo dos anos, com a diminuição do viés patrimonialista e individualista das contratações.

Dessa forma, quando se menciona que a Administração celebra contratos privados, é importante se ter em mente a atual estruturação dos negócios jurídicos, aplicáveis às relações entre os particulares.

No campo do Direito privado, merece destaque o avanço da tendência de constitucionalização do Direito Civil, que apregoa a mitigação do caráter patrimonial das relações privadas para que haja a valorização da pessoa humana como sujeito de direitos e destinatário da tutela conferida pelo ordenamento jurídico. Fala-se, assim, de um movimento de despatrimonialização das relações jurídicas para uma repersonalização do Direito privado, e a teoria dos contratos não passa indene por este quadro de mudanças.

O Direito privado contratual preserva ordinariamente a capacidade humana de concertar interesses, em princípio contrapostos, dentro de uma maior liberdade de conteúdo e forma no exercício da autonomia da vontade, que abrange, ainda, a faculdade de contratar ou não contratar, bem como a liberdade de escolher com quem se irá contratar.

No campo dos negócios jurídicos, a regulamentação tende a ser mínima (princípio da intervenção mínima do Estado), contanto que não haja a infringência de normas de ordem pública. Todavia, a autonomia da vontade vem ganhando contornos em face de novos princípios que vêm sendo aplicados aos contratos, especialmente o da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Dessa forma, a vontade não seria plenamente livre, preferindo alguns doutrinadores designá-lo de autonomia privada, vez que a liberdade contratual deve ser exercida dentro de determinados limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.⁴⁸

A função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, ilustra a importância das contratações e seus efeitos perante sociedade, o que não pode ser desprezado e com reflexos no princípio da relatividade dos contratos, uma vez que compatibiliza o interesse dos contratantes com os interesses sociais. Trata-se de um preceito de ordem pública (art. 2.035, do CC) e cuja funcionalidade é analisada sob um aspecto intrínseco (conteúdo contratual que as partes devem observar) e extrínseco (observância de direitos de terceiros e da sociedade).

⁴⁸ Nesse sentido é o entendimento contido no Enunciado 23, da I Jornada de Direito Civil promovida do Conselho de Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1. **Enunciado nº 23**. Brasília, DF: CJF, set. 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 27 maio 2022).

O princípio da boa-fé objetiva estabeleceu um padrão diferenciado de ética contratual, vez que passou a exigir que os contratantes se comportem de maneira proba, honesta e leal. Demais disso, exsurtem os chamados deveres anexos ou implícitos, que objetivam trazer dinamicidade ao vínculo, fazendo com que as partes passem a ter uma postura mais ativa na consecução do adimplemento do contrato - havendo entendimento de que se trata de preceito de ordem pública, em face da redação mandamental do art. 422 do Código Civil⁴⁹ -, demandando dos contratantes uma atuação para além do simples cumprimento formal da avença, na medida em que lhes exige algo mais, o adimplemento razoável e esperado.

Ainda que se possa enxergar nesse movimento um maior dirigismo estatal, a fim de se evitar excessiva discrepância das posições contratuais (aqui tratada em uma perspectiva substancial), busca-se preservar a relação jurídica originária, assegurando-se, tanto quanto possível, a vontade expressada no negócio jurídico.

Logo, o *pacta sunt servanda*, representativo da força obrigatória dos contratos, recebe uma nova leitura, na medida em que os contratos passam a se preocupar com a legítima expectativa das partes de seu adimplemento, inclusive com a possibilidade de adoção de cláusulas de ajuste para o cumprimento real e efetivo, considerando sempre o cenário complexo das relações sociais que podem se desenhar a partir da entabulação de uma avença.

Avança-se rumo a um ambiente de maior consensualidade nos contratos privados, na medida em que se fomenta a busca, por meio de uma solução dialógica, pela construção de pontes para a concreção das expectativas criadas a partir do fim buscado por ambas as partes, qual seja, o adimplemento. Falar-se em interesses antagônicos, fomentando um modelo adversarial nos contratos, algo que não é adequado sob a ótica da moderna teoria contratual, fruto do avanço do Direito Civil ao longo dos anos.

Conforme se discutirá mais à frente, o Direito Administrativo igualmente caminha nos últimos anos para a consensualidade e esta tendência traz influências para o regime jurídico dos contratos da Administração. Quando se concebe um regime jurídico que tende a harmonizar os interesses nos contratos, o consenso passa a ocupar lugar de destaque, o que clama por espaço mais assertivo de diálogos entre as partes.

⁴⁹ Segundo o preceito do aludido artigo, os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé. O enunciado 26, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, lança interpretação sobre o princípio da boa-fé, tendo a seguinte redação: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

O que se pretende refletir com a discussão ora posta é que a teoria geral dos contratos vem passando por transformação que converge em maior igualdade entre as partes e com o foco voltado para o adimplemento das obrigações contratadas. Ainda que exista determinação de aplicação de normas da teoria geral dos contratos de modo supletivo aos contratos administrativos⁵⁰, a temática até o momento estudada ontologicamente se amolda a qualquer tipo de contrato, independentemente na natureza pública ou privada de seu objeto.

Quando se pensa, todavia, que os contratos administrativos e privados possuem base teórica comum e que vem ocorrendo uma evolução doutrinária e normativa tendente a diminuir o excessivo patrimonialismo (sob a ótica privada) e as prerrogativas estatais (sob a ótica pública), verifica-se a tendência de maior proximidade – e, quiçá, um tangenciamento – daquelas modalidades de ajuste. Observe-se que existem normas de ordem pública aplicáveis nos contratos privados, o que acaba expandindo a ideia de *interesse público* para além das fronteiras das contratações públicas.

Nesse cenário, o regime jurídico dos contratos administrativos tende a tornar as relações mais paritárias, reservando-se as prerrogativas estatais para situações excepcionais. Por outro lado, a ideia de ajustes privados celebrados pela Administração Pública dificilmente autorizará a aplicação *tout court* de normas privadas, devido ao regime jurídico ao qual é submetida, o que dificulta muito a ideia de que existiria uma relação de horizontalidade com o particular. Trata-se de um cenário deveras complexo para o enquadramento dos ajustes da Administração em contratos públicos e privados.

Exemplifica-se o raciocínio com a locação predial, invocado recorrentemente pela doutrina como um ajuste regulado em legislação própria e, portanto, enquadrado na categoria dos contratos privados da Administração (Lei 8.245/91). Há muito se admite no mercado de locações a existência dos chamados *contratos atípicos*, que fogem à lógica rigorosa da Lei 8.245/91, e permitem que as partes façam a modelagem que mais se adéque ao caso.⁵¹

Outrossim, ainda com enfoque no exemplo acima trazido, há uma finalidade de atuação administrativa que é inafastável do objeto contratual, que é a prestação de um serviço público.

⁵⁰ Art. 54 da Lei 8.666/93 e art. 89 da Lei 14.133/21.

⁵¹ Tal situação é bastante corriqueira em contratos envolvendo empresas e Fundos Imobiliários de Investimento, titulares do imóvel, caracterizados por uma extensão maior dos contratos a um custo de locação menor, contraposta com a necessidade de pagamento de multa pelo restante dos aluguéis apurados até o final do contrato, em caso de rescisão antecipada. Em alguns casos, os contratos atípicos foram incorporados à legislação, como se sucedeu com o *built to suit* (tradução livre: construído para servir) por meio do qual o dono do imóvel constrói ou faz adaptações necessárias ao exercício da atividade do locador, com a amortização dos custos da obra nos pagamentos mensais do aluguel (art. 54-A da Lei 8.245/91, introduzido pela Lei 12.744/2012). Mas há outros que continuam sendo empregados, mesmo sem previsão na Lei de Locações, como o *Sale and Leaseback*, por meio do qual o titular de um imóvel o aliena a um investidor e com o mesmo celebra contrato de locação de longa data para uso do mesmo imóvel.

Essa circunstância, acoplada ao princípio da continuidade dos serviços públicos, é um fator significativo de limitação para o ajuizamento de ação de despejo, por exemplo.

Outrossim, eventual ação judicial em desfavor da Administração Pública para a cobrança de possíveis indenizações deverá respeitar o regime constitucional de pagamentos por precatórios.

Logo, independentemente do ajuste firmado, a presença da Administração Pública na contratação sempre representará fator de desajuste, seja em razão da aplicação de regime peculiar de Direito público à contratação, seja pela incidência das prerrogativas do regime jurídico-administrativo que rege sua atuação.

Ferraz Júnior⁵² aponta que a natureza pública ou privada da relação depende das normas incidentes (regidas pelo princípio da soberania ou da autonomia privada) e da análise da própria realidade normatizada (ou a necessidade social de uma impositividade última e inapelável ou a liberdade), de modo que tal categorização crie condições para a decidibilidade com certeza e segurança, o que não se vislumbra para as categorias anteriormente discutidas.

Segundo Mota Pinto⁵³,

O critério mais adequado e que hoje reúne a maioria dos sufrágios pode ser designado por teoria dos sujeitos, em virtude de assentar a qualidade dos sujeitos das relações jurídicas disciplinadas pelas normas a qualificar como de direito público ou de direito privado, melhor, na condição em que intervêm os sujeitos.

O autor detalha o raciocínio para explicar que se o Estado atua no exercício do poder de império, estar-se-ia diante de uma relação de Direito público, ao passo que quando está “em pé de igualdade” com o particular, a relação seria de Direito privado⁵⁴, raciocínio este que é o mesmo aplicado para a definição das espécies de contratos da Administração.

Todavia, Mota Pinto⁵⁵ reconhece que os dois setores do Direito não se separam de modo absoluto e completo, como dois hemisférios de uma esfera cortada ao meio, mencionando alguns debates doutrinários que pregam maior convergência e a superação da dicotomia público/privado, em face da tendência de constitucionalização do Direito Civil e a publicização do Direito privado.

Não se pretende, no presente trabalho, estabelecer uma nova teoria para as contratações públicas, apenas demonstrar a dificuldade de enquadramento dos contratos celebrados pelo

⁵² Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.* p. 139.

⁵³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 39.

⁵⁴ Cf. *Ibidem*, p. 40.

⁵⁵ Cf. *Ibidem*, p. 40-44.

Poder Público em categorias estanques e dicotômicas. Mais do que isso, a discussão de sistematização traz uma dificuldade prática para o gestor, em face da concepção de que os contratos administrativos demandam a atuação do Poder Público em seu *jus imperii*, atraindo todas as prerrogativas e pouca margem de flexibilidade na modelagem contratual, ao mesmo tempo que lhe gera alguma perplexidade quando percebe que atuando em seu *ius gestionis*, não há efetivamente uma relação de paridade com o particular contratante.

Assim, se pensa não existir sentido na distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, uma vez que a presença do Poder Público sempre trará alguma diferenciação, ainda que decorrente reflexamente do regime jurídico-administrativo, conforme anteriormente anotado.

O Estado contratante está inserido em um contexto jurídico amplo e pode decidir o melhor regime jurídico aplicável às suas contratações, como uma espécie de pêndulo, que ora pende para sistemática mais protetiva da posição estatal, ora para a necessidade de buscar proximidade maior com o regime privado das contratações. A dinâmica dos contratos impõe isso, especialmente em uma sociedade de modificações cada vez mais rápidas e que exige do Estado, igualmente, resposta célere para suas demandas.

Gordillo⁵⁶ introduziu semelhante raciocínio ao estudar a temática sob o foco do Direito argentino, discordando da existência de duas categorias de contratos (privados e públicos) da Administração, mas sustentando, sim, a existência de uma gama de ajustes que teriam maior ou menor incidência de normas de Direito público e privado, admitindo hibridismo entre um e outro sistema, conforme o objeto contratado. Ou seja, nem sempre se encontrará nos contratos celebrados pela Administração as mesmas cláusulas exorbitantes e nem as mesmas regras de Direito público, mas sim uma gradação diante da nova realidade contratual gerada pela reforma administrativa enfrentada por aquele país.

Analisando-se as contratações administrativas em perspectiva mais ampla, Marques Neto aponta algumas tendências:

- (i) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contrato do poder público deleguem para o contrato a normatização

⁵⁶ Cf. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1, p. XI-14 e XI-15. O autor propõe o enquadramento dos contratos celebrados pela Administração em três categorias: “1º) *algunos más próximos a la esfera del derecho privado, com un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados; son los que han existido siempre; 2º) otros, com regímenes intermedios que tomaron forma y crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del signo XX. Tenemos luego: 3º) los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista em función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad.* (Ibidem, p. XI-15)

concreta em cada negócio jurídico; (ii) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público; (iii) introdução mais frequente de contratos atípicos, com a multiplicação de objetos; (iv) mais recorrente utilização de contratos por desempenho, em que o particular vincula-se não a objetos previamente estipulados, mas a metas de desempenho, ensejadoras inclusive de remuneração variável; (v) maior flexibilidade na alocação de riscos, com deslocamento de maior parcela de riscos para o privado e clara estipulação da repartição dos ganhos de eficiência com o Poder Público; (vi) flexibilização do regime de equilíbrio econômico e financeiro, com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão; e, por fim, (vii) multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação.⁵⁷

Ademais, o que se tem visto nas últimas décadas é a atuação estatal se disseminando em múltiplas formas de ajustes, que acabam se instrumentalizando em alguma forma de contrato, e que vem demandando novos arranjos e que não necessariamente se assentem em uma posição de supremacia da Administração enquanto parte contratante.

As delegações de serviços públicos representam o principal exemplo. Em quaisquer de suas modalidades, tais contratos demandam adaptação às necessidades do serviço, bem como à expectativa de retorno financeiro do particular. Existe uma atuação diferenciada da Administração, no tocante ao exercício das prerrogativas, especialmente por conta da longa duração de tais contratos, que comportam modelagem mais específica, inclusive para prever a alocação de riscos do empreendimento.

Mas há também contratos de parceria celebrados pela Administração Pública, como ocorre com os convênios, consórcios públicos (contratos de programa e de rateio), contratos de gestão etc. Em tais situações, as prerrogativas estatais também recebem um temperamento, tendo em vista a consensualidade ínsita ao ajuste, que não trabalha com interesses contrapostos, mas sim, convergentes.⁵⁸

Ainda, não se pode olvidar dos contratos de concessão de uso de bem público e concessão de direito real de uso, que possuem uma feição bastante específica.

Em suma, o regime geral de contratações públicas não passa infenso por este fenômeno de maior adaptabilidade que se exige da Administração, considerando-se a especificidade da contratação celebrada. Outrossim, nem sempre o regime jurídico que rege o ajuste oferece

⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *op. cit.* p. 80.

⁵⁸ Medauar informa que é polêmico o enquadramento jurídico de tais ajustes na categoria dos contratos administrativos, especialmente por inexistir contraposição de interesses. Todavia, a autora propõe que, em vez de interesses contrapostos, o enfoque se dê nas **obrigações recíprocas** como elemento fundamental do contrato, o que faz com que tais figuras possam ser concebidas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora com traços distintivos dos contratos administrativos (MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009. p. 152).

respostas adequadas para a especificidade que o caso requer, assim como para eventuais divergências surgidas ao longo do ajuste.

1.3 Algumas disfunções práticas geradas pela aplicação de um regime de prerrogativas aos contratos administrativos

O Poder Público apresenta-se ao mercado como relevante agente econômico quando promove a contratação de empresas para a execução de obras, prestação de serviços ou fornecimento de bens. Há um volume significativo de recursos financeiros fluindo a partir das contratações públicas, o que certamente chama a atenção dos operadores econômicos.

Todavia, quando se está diante de um regime jurídico que apresenta assimetria entre as partes contratantes, é natural que os agentes econômicos façam uma precificação do risco envolvido na contratação. São os conhecidos *custos de transação*, assim analisados por Justen Filho:

Adotar configuração autoritária para o contrato administrativo conduz a reduzir o universo dos particulares dispostos a contratar com o Estado. Acarreta a elevação dos preços estimados pelos particulares. Em suma, todas as prerrogativas excepcionais asseguradas ao Estado refletem-se numa elevação de custo econômico. Quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares, tanto maior o preço que a Administração desembolsará para haver as utilidades de que necessita. Em outras palavras, os cofres públicos arcam com os reflexos econômicos de todas as prerrogativas anômalas que forem instituídas a propósito da realização pelo Estado de suas funções. Portanto, configura-se um paradoxo. O intento de assegurar a potencial proteção ao interesse coletivo acarreta, na verdade, o seu efetivo sacrifício. É que o Estado paga o preço mais elevado para participar da relação jurídica caracterizada por sua supremacia.⁵⁹

Mais uma vez trazendo à discussão a doutrina de Almeida⁶⁰, impende ressaltar que, no Estado de Direito, as prerrogativas da Administração em matéria contratual demandam que a relação jurídica estabelecida seja analisada sob a perspectiva dinâmica, uma vez que fatores diversos (políticos, sociais, econômicos etc.) acabam por influenciar o jeito de a Administração e os indivíduos se relacionarem, seja em nível nacional ou mundial, apontando o referido autor que tem-se observado nos últimos vinte ou trinta anos uma busca de consenso, especialmente por parte do Poder Público. O mesmo autor propõe uma interpretação mais restritiva do regime de exorbitâncias, adotando-se os seguintes pressupostos:

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 1206-07.

⁶⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria do Contrato Administrativo**: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no Direito Brasileiro. *op. cit.* p. 334-335.

a) as cláusulas exorbitantes não decorrem do reconhecimento de um valor, nem de um poder, específicos da Administração, em si superiores aos dos indivíduos; mas sim da necessidade de que a Administração adequadamente desempenhe sua função social, prestando os serviços públicos (aqui tomados em sentido amplo); e b) não existe um conflito, em tese, entre interesse público e interesse particular. Assim, é interesse do Direito e da sociedade, antes de ser interesse público (conforme o vislumbre a Administração) ou interesse particular, que um contrato administrativo seja bem-sucedido; que o contratado consiga cumpri-lo eficientemente, obtendo seu lucro; que seu objeto seja adequadamente oferecido à população; enfim, que chegue a bom termo, cumprindo-se o pactuado.⁶¹

A instabilidade trazida pelo regime de prerrogativas estatais insere elemento de insegurança jurídica ao contrato e que influencia sua economicidade, na medida em que o risco de alterações promovidas pela Administração implicará no repasse do custo da insegurança para o valor do contrato.

Logo, o que era para ser uma vantagem para a Administração, seja sob a ótica do estabelecimento de um rígido sistema de seleção do contratante mais apto, seja por meio da imposição de um contrato de adesão que traga em seu bojo uma série de prerrogativas para o Poder Público, traz um custo implícito que é embutido nos preços cotados.⁶²

Por mais que se busque o implemento de mecanismos de preservação dos interesses do Poder Público na contratação, especialmente com o pagamento de preço que se revele, no mínimo, compatível com o que se pratica no mercado, não há qualquer garantia de que tal objetivo será obtido por ocasião da celebração do contrato.

Almeida sustenta que o regime de prerrogativas vem sendo utilizado como instrumento de estímulo à ineficiência da Administração, uma vez que traz facilidades ao gestor, como a alteração ou rescisão unilateral, bem como de “[...] práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com nosso tempo; e mesmo de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução do contrato”.⁶³

De fato, o uso indiscriminado de prerrogativas na execução dos contratos administrativo, associada ao inadimplemento por parte da Administração, mascaram uma patologia preocupante do processo de contratação pública, qual seja, a ausência ou deficiência de planejamento das contratações, o que atenta contra o princípio da eficiência.

⁶¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2, p. 197.

⁶² Esta é uma das possibilidades aventadas por Flávio Amaral Garcia, que se demonstra crítico da utilização indiscriminada das cláusulas exorbitantes em todo e qualquer contrato administrativo. O autor, todavia, reconhece que este é o entendimento majoritário e convencional da doutrina e da prática administrativa, concluindo que o tema ainda merece maiores reflexões e debates, em especial no meio acadêmico (GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 430-431). Os escritos do ilustre autor antecedem a publicação da Lei 14.133/21, sendo uma proposta do presente trabalho dar continuidade à reflexão proposta.

⁶³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. *op. cit.* p. 197.

Um sistema de desequilíbrio da posição jurídica de uma das partes, desincentiva o mais forte a promover o adimplemento substancial da avença, ainda que pretensamente motivado pela busca do interesse público, expressão que, no caso concreto, será preenchida ao bel prazer do gestor descompromissado e de difícil sindicabilidade efetiva de seus motivos. Tal cenário de ineficiência é campo fértil para o surgimento de toda sorte de atos de corrupção.

Gera-se, assim, um ambiente de desconfiança entre as partes contratantes, o que afasta contratantes que teriam condições de levar a cabo, com mais segurança, a contratação almejada.

De um modo geral, Moreira Neto arrola uma série de desvantagens de se conferir posição desmesurada em favor do Poder Público nos contratos administrativos:

- 1º. a imprecisão e insegurança de direitos resultantes do manejo público das prerrogativas da Administração nas transações, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da natureza dos contratos (relativas) ou da natureza da própria administração pública (absolutas);
- 2º. o agravamento dos custos de transação pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimiza o chamado risco soberano;
- 3º o déficit de transparência da transação, pois as prerrogativas são genericamente estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e
- 4º. o sacrifício da confiança legítima do administrado na transação, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor.⁶⁴

O autor considera que, no regime legal estabelecido pela Lei 8.666/93, com prerrogativas legais estandartizadas,

[...] há uma total impossibilidade de ponderar casuisticamente essas vantagens e desvantagens considerando as características de cada contrato que deva realizar a Administração Pública (juízos de conveniência e oportunidade), assim como se explicando a superioridade que sem sendo reconhecida à opção flexibilizante, que, em acréscimo, para maior garantia recíproca das partes pública e privada, ainda se pode valer da saudável teoria da dupla motivação [...].⁶⁵

Nóbrega⁶⁶ disserta sobre o complexo cenário envolvido em uma contratação pública, em que a assimetria das informações, especialmente quanto à capacidade operacional da contratada, conduz a uma sorte de problemas durante a execução do contrato, o que dificulta na definição dos custos de transação. Este mesmo autor sustenta que a existência de cláusulas

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *op. cit.* p. 582.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 582. A teoria da dupla motivação será analisada no capítulo 4.

⁶⁶ Cf. NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 407.

exorbitantes em um contrato administrativo implica na majoração do custo do objeto contratado, diante da incerteza da contratada quanto ao exercício ou não de tais prerrogativas.⁶⁷

Assente com tal entendimento Almeida, que ilustra bem o raciocínio com exemplos práticos, muito comuns na vivência administrativa:

Ora, é um dado da realidade que a eventual desmobilização de pessoas e equipamentos ante a redução de um fornecimento, ou ante a interrupção temporária do contrato ordenada pela Administração, ou mesmo ante a rescisão do contrato, implica um custo adicional para o fornecedor. Ou também, que, conforme o caso, a ampliação de um fornecimento pode implicar aumento de custo, se comparado ao custo da situação na qual, desde o início, o fornecedor houvesse organizado sua capacidade produtiva visando à dimensão correta de sua obrigação. Isto sem falar em atrasos ou suspensões de pagamentos pela Administração.

[...]

E os grandes descontos obtidos com o pregão - ou com o uso de mecanismo similar em outras modalidades de licitação -, tal como amplamente divulgado pelos governos, ainda que efetivamente signifiquem um fato positivo, são descontos medidos com relação ao preço estimado para a contratação pela Administração e não em relação a uma média de preços reais do mercado privado.⁶⁸

De fato, as cláusulas exorbitantes são expressão deste desequilíbrio relacional, uma vez que conferem posição diferenciada à Administração Pública nos contratos administrativos e abrem pouca margem de defesa por parte da contratada.

E a judicialização de conflitos envolvendo o exercício – correto ou não – das cláusulas exorbitantes acaba levando a uma solução inadequada ao litígio, especialmente porque a Administração também possui prerrogativas processuais que lhe asseguram a proteção do litígio, inclusive no que se refere a eventual pagamento de indenização, que observará o regime de precatórios, o que também acaba por encarecer as contratações. E, como bem asseverado por Niebuhr e Oliveira, o comportamento desidioso do administrador público é visto com alguma complacência pelos órgãos de controle, arrematando o raciocínio da seguinte forma:

[...] mostra-se estratégico proteger a posição contratual do contratado privado prevendo, entre outras soluções, o recurso a métodos alternativos de solução de litígios, como arbitragem, sobre aspectos eminentemente contratuais – tal qual discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro e adimplemento de obrigações, entre outras. Essa previsão foi, de forma definitiva, consagrada no ordenamento legal brasileiro por intermédio da relativamente recente inclusão do § 1.º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem). A perspectiva de que o contratado particular, diante de contratemplos, possa provocar uma câmara arbitral e obter uma decisão técnica em prazo razoável também pode equacionar, parcialmente, o

⁶⁷ NÓBREGA, Marcos. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes? **Direito do Estado**, [s.l.], n. 397, 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁶⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria do contrato administrativo**: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no Direito Brasileiro. *op. cit.* p. 325-326.

risco do inadimplemento (ou, ao menos, o risco de demora por uma solução de eventual litígio).⁶⁹

Logo, não houve um espelhamento fidedigno da bipolaridade do regime jurídico administrativo nos contratos, porquanto o fiel da balança passou a pender mais para o exercício das prerrogativas estatais, do que propriamente para as sujeições.

Se ao contratado era garantida a manutenção das chamadas cláusulas econômicas, uma série de subterfúgios foi historicamente criada, como a impossibilidade de alegação de exceção de contrato não cumprido (*exceptio inadimpleti contractus*), a ponto de se exigir a continuidade de execução do contrato mesmo com a inadimplência da Administração.⁷⁰

A disciplina legal do contrato administrativo – e não o contrato em si – passou a ser o principal argumento de fragilização da obrigação contratual, justamente a mesma legalidade que servia de base para a tutela do poderio estatal em face dos particulares na concepção original do regime jurídico-administrativo.

Este fenômeno foi descrito com precisão por Marques Neto:

Mesmo para sua obrigação de pagar e de preservar as condições econômicas avançadas, a fonte da obrigação seria a lei, e não o contrato. Malgrado a doutrina do equilíbrio econômico e financeiro e de sua incolumidade, o grau de vinculação das partes ao seu respectivo plexo de obrigações também seria desigual: o particular, óbvio, não poderia descumprir o quanto a que se obrigara; a Administração (sempre sob o pálio do interesse público), eventualmente, poderia esquivar-se ou postergar sua obrigação de pagar o preço ajustado. Comuns tornaram-se as situações em que o Poder Público, alegando insuficiência de recursos ou dificuldades orçamentárias, impingiu aos seus contratados reduções unilaterais de valor sem equivalente diminuição de encargos, desrespeitando sobranceiramente o próprio âmago econômico da avença.⁷¹

⁶⁹ NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, RS, v. 32, n. 3, p. 528-544, set./dez. 2018.

⁷⁰ Apenas com a previsão do art. 78, inciso XV da Lei 8.666/93 se passou a admitir que o contratado suspendesse a execução do contrato em caso de inadimplemento da Administração. E, mesmo assim, necessitaria aguardar 90 (noventa) dias, bem como dependeria de um provimento jurisdicional para realizar a rescisão contratual. Ademais, em se tratando de concessões de serviços públicos, a rescisão contratual em razão de inadimplência contratual da Administração demandaria ação judicial específica, não cabendo a interrupção ou paralisação dos serviços prestados pela concessionária até que houvesse específica deliberação judicial neste sentido.

⁷¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. p. 76. O Autor assim arremata o raciocínio: “Em suma, durante muito tempo nossa cultura jurídica sustentou que a Administração não deveria estar submetida ao contrato se e quando isso contrariasse o interesse público. Como essa é uma dicção dúctil, aberta e suscetível de ser preenchida ao alvedrio do administrador (AZEVEDO MARQUES NETO, 2002), o contrato administrativo transformou-se num conjunto de obrigações vinculantes apenas no privado. Sob a influência do caráter autoritário da concepção da supremacia incondicional do interesse público, abriu-se campo para a relação obrigacional desigual, a partir da qual o privado deve cumprir estritamente tudo a que se obrigou (sob o risco de sofrer severas penas, unilateralmente aplicadas), mas a Administração cumprirá o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir. Segue daí que, entre nós, o

Há outro fator problemático em tal cenário: a atuação dos órgãos de controle, que historicamente se baseou em uma ótica de legalidade rígida, muitas vezes agravada pela interpretação estrita dos princípios da indisponibilidade do interesse público, implicando, não raras vezes, em ingerência indevida na atuação do administrador público.

Além disso, são bastante reconhecidas as normatizações realizadas a partir de decisões tomadas por órgãos de controle, o que foi cerceando cada vez mais a discricionariedade dos gestores no campo das contratações públicas. A par de uma legislação ordinária já bastante restritiva, soma-se uma série de regulamentos e atos normativos que trazem novas restrições que, na prática, engessam a atuação administrativa.

Em termos gerais, a visão distorcida sobre o exercício das prerrogativas estatais no contrato administrativo gerou uma espécie de círculo vicioso nas contratações públicas: a aposição de cláusulas exorbitantes nos contratos incrementa custos de transação, incentiva a ineficiência, desequilibra excessivamente a relação contratual e, por conseguinte, promove o aumento da intensidade de atuação dos órgãos de controle, que vem avançando significativamente no regramento as contratações públicas e reduzindo significativamente a discricionariedade do gestor e sua capacidade de inovação.

Entretanto, o regime de prerrogativas estatais vem sendo rediscutido nos últimos anos. O Direito Administrativo vem avançando no sentido de uma ética dialógica, em que se apregoa uma trilha de consenso nas relações entre Administração e administrado. O consenso administrativo é instrumento revelador da democracia, trazendo o cidadão para participar das decisões administrativas e, especialmente, para a formulação de atos normativos, o que o torna elemento nuclear da convergência entre público e privado.

Mas para que se caminhasse para o apaziguamento da relação entre o Poder Público e os administrados, foi necessário que o modelo de Administração Pública passasse por uma modernização, transmudando-se de uma ótica burocrática para uma perspectiva gerencial, que conferisse maior liberdade ao gestor na busca de obtenção de resultados, em substituição ao controle rigoroso dos processos. Nesse processo, foi necessária uma releitura da função de controle, a fim de que o administrador pudesse ter mais segurança em sua atuação.

Tais temáticas serviram de pano de fundo para o avanço dos diálogos público-privados em matéria de contratações públicas e, de certa forma, foram incorporadas pela nova legislação, razão pela qual serão analisadas no próximo capítulo.

contrato administrativo, ao longo do século passado, convolou-se numa expropriação de bens ou serviços, com escolha isonômica do expropriado (por licitação, bem dito) e sem prévia indenização, mas diferida em parcelas” (*Ibidem*, p. 77).

2 A GESTÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DOS MOVIMENTOS DE REFORMA ADMINISTRATIVA

2.1 A influência da dicotomia público *versus* privado na concepção dos modelos de gestão pública

No capítulo anterior, foi analisado o surgimento e a consolidação do regime jurídico administrativo e seus influxos no regime das contratações públicas, assim como os problemas gerados a partir da tentativa de incorporação de prerrogativas estatais ao arquétipo tradicional do contrato privado.

O Direito Administrativo vem passando por constantes transformações que desafiam a releitura de seus pilares fundamentais, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A mudança de paradigmas vem ocorrendo, em especial, a partir de transformações profundas experimentadas nas sociedades ocidentais pós-guerra, especialmente com sopesamento de outros valores que foram, aos poucos, incorporados ao regime jurídico-administrativo. Conforme visto em tópico anterior, o fundamento do regime jurídico administrativo gradativamente se deslocou da ideia de imperatividade para a de interesse público.

Todavia, a própria concepção de *interesse público* é historicamente problemática, especialmente quando contraposta à ideia de interesse privado. Os revolucionários franceses, acreditando no poder da razão, utilizavam a noção de *interesse público* para justificar a finalidade sua atuação após a Revolução, argumento que seria suscetível de propiciar a adesão de todos e fundamentar o poder do Estado.⁷² Em relevante estudo sobre o tema, Medauar⁷³ alerta para a dificuldade de apreensão terminológica ou conceitual de *interesse público*, relatando alguma confusão com outras expressões semelhantes, tais como como interesse geral, interesse coletivo e interesse social, todas presentes no texto constitucional.

⁷² MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. *op. cit.* p. 233.

⁷³ *Ibidem*, p. 230-231. Acrescendo-se alguns outros exemplos aos trazidos pela ilustre autora, podemos citar: art. 5.º, XXIV, XXIX, XXXIII e LX, art. 127, *caput*, art. 173, *caput* e art. 184, *caput*. A autora cita ainda outras expressões similares a interesse público presentes no texto constitucional, como “bem de todos” (art. 3. IV), interesse nacional (art. 176, § 1.º), necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública, necessidade pública, “quando citadas para justificar decisões, atos, exercício de poderes e funções, medidas excepcionais, vinculam-se à ideia de benefício para todos, de algo benéfico para a coletividade, por vezes em detrimento de interesse restrito, particularizado em indivíduos ou grupos; é o mesmo núcleo de entendimento da expressão interesse público” (*Ibidem*, p. 231-232).

Ao tempo em que aponta alguns pontos de contradição na expressão *interesse público*, a autora aborda a impossibilidade de se chegar a uma definição precisa, conforme ilustrado em seu raciocínio abaixo transcrito:

Ressalta-se, por vezes, o sentido ético do termo: a palavra público indica o valor ético no padrão do interesse público aplicado a todo membro da comunidade política: é um valor que se deve distinguir de algo que é vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra. A palavra “interesse” indica o sentido estimativo do padrão; refere-se a algo em que deveríamos estar “interessados”, muito embora possamos não estar... Por isso, dizer que uma ação é do interesse público significa julgá-la de acordo com uma situação política que é benéfica para todo mundo... Mesmo sem exaurir todos os modos de conceituar interesse público, logo se conclui no sentido da impossibilidade de se chegar a uma definição jurídica precisa; tal noção não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível.⁷⁴

De fato, apresenta-se como um problema a utilização de expressão deveras ampla e de significado variado no tempo e lugar, para significar a atuação estatal no exercício da função administrativa. Não existe, sequer, um tipo de fórmula de controle que permita sindicatizar a atuação do gestor público, uma vez que praticamente toda a atuação estatal poderia estar incluída na ideia de interesse público, uma vez que se encontra no fundamento e na finalidade do agir estatal e na tomada das decisões.

Medauar enumera outros problemas no emprego da expressão:

Mas, a prática nem sempre se realizou conforme a teoria; antes da plena expansão do Estado intervencionista já se registravam interferências estatais em esferas vedadas. Depois, de modo mais intenso, o Estado, mediante a Administração, passou a assumir, como seus, interesses que antes permaneciam no setor privado; citam-se com frequência, na doutrina, as práticas de subsídios de várias atividades privadas, como em determinados setores agrícolas e na implantação de indústrias, em notório benefício direto dos particulares, mas sob invocação de interesses públicos. Assistiu-se, assim, ao que Giannini denomina de “publicização potencial de todo interesse tendo alguma relevância social”. Tornou-se difícil estabelecer, de antemão, a matéria concernente ao interesse público; qualquer assunto, desde que assumido pelo poder público, passava a qualificar-se como interesse público. Passou a vigorar, desse modo, a concepção nominalista: interesse público é o que a lei ou a Administração diz que é, mesmo que se trate de algo muito específico.⁷⁵

Bandeira de Mello vem, há tempos, buscando dissociar a ideia dos interesses públicos dos interesses meramente estatais, submetendo, em qualquer caso, os interesses do particular ao comando estatal. Com base na doutrina de Renato Alessi, o jurista assevera ser

[...] um equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado – engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 232.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 233.

a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da *entidade que representa o todo* (isto é, o Estado e demais pessoas de direito público interno).⁷⁶

A esse feixe de interesses, inerente ao Estado enquanto pessoa jurídica, o autor designa por *interesse público secundário*, que deve estar sempre alinhavado ao *interesse público primário*, este representativo da dimensão pública dos direitos individuais, consistentes no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade⁷⁷. Mas o próprio doutrinador reconhece a dificuldade de conferir densidade semântica ao conceito, concluindo que “[...] do ponto de vista jurídico será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”.⁷⁸

Vê-se que se está diante de uma questão bastante tormentosa e cujas discussões tendem a continuar por longo tempo, com reflexos práticos na atuação administrativa. O que se vê atualmente é uma verdadeira profusão de interesses públicos em uma sociedade cada vez mais complexa, em que variados grupos lutam para que suas demandas sejam incluídas na esfera de atuação estatal, o que reflete o acerto das reflexões de Justino de Oliveira⁷⁹, que observa “[...] uma Administração Pública que se encontra defronte de múltiplos interesses (públicos e privados) e o paradigma da relação jurídico-administrativa, originalmente bipolar, passou a ser multipolar”. Ou, nas palavras de Pereira⁸⁰, “[...] o interesse público é o resultado da consideração de todos os interesses envolvidos, entre os quais os privados, sendo possível, ao final, identificar o interesse público com o individual ou o coletivo”.

Em acirrada crítica à utilização do critério do interesse para a definição do regime jurídico aplicável a determinada relação jurídica, Mota Pinto⁸¹ lança as seguintes considerações: 1) todo o direito visa proteger simultaneamente interesses públicos e privados, de modo que normas de Direito privado não se dirigem apenas à realização e interesse dos

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Interesse público. In: GRANDES temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 187-188.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 191.

⁷⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: “Mais do Mesmo” ou Há Espaço para a Inovação? In: CONTRAPONTO Jurídico: Posicionamentos Divergentes Sobre Grandes Temas do Direito. São Paulo: Revista dos Tributais, 2018. p. 34.

⁸⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.49. Em arremate ao raciocínio, o autor defende o seguinte: “O respeito à autonomia privada é, portanto, indispensável para a legitimidade da atuação estatal, vez que a esfera pública pressupõe a preservação da esfera privada. Compete, portanto, à Administração Pública, no Estado Democrático de Direito, instituir canais de comunicação com os afetados pelas medidas governamentais antes que haja a limitação a direitos” (*Ibidem*, p.67).

⁸¹ Cf. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *op. cit.* p. 36-37.

particulares, tendo em vista frequentemente, também interesses públicos (Ex: normas sobre a celebração do casamento); 2) as normas de Direito público também tutelam interesses de particulares (Ex: condições de promoção dos servidores públicos); 3) As normas, assim, acima dos interesses específicos e determinados que visam, miram um importante interesse público: o da realização do Direito ou, se quiser, da segurança e da retidão.

A dificuldade em harmonizar as ideias de interesse público e privado levaram a algumas distorções, como a utilização indiscriminada do princípio da supremacia do primeiro sobre o segundo. O caso concreto e a sua correta ponderação, todavia, poderá indicar que o interesse privado prevaleça sobre o público, como também é possível que se estabeleça uma via de conciliação dos interesses envolvidos.

Essa dificuldade de conciliação entre interesses inevitavelmente desembocou nos modelos de gestão pública.

Moreira Neto⁸² ressalta que o Poder Executivo acabou não recebendo o mesmo impacto que os demais Poderes sofreram com as três grandes revoluções que marcaram o período (inglesa, americana e francesa), o que fez com que a hierarquia regaliana fosse substituída apenas por uma hierarquia burocrática, inviabilizando a absorção plena dos princípios liberais - ressaltados os países da tradição do *common law* - e reforçando aspectos de assimetria, como o *poder de império* do Estado, a *executoriedade*, a *insindicabilidade da atuação discricionária*, a *autotutela*, e a *exclusão do administrado*, entre outras características imperativas na formação do processo decisório e do acompanhamento das execuções.

Carvalho assim detalha essa perspectiva:

O Estado liberal foi mais voltado para a limitação do poder em favor das liberdades individuais, em sentido omissivo, que para a ação administrativa do Estado, em sentido comissivo. A doutrina do liberalismo tinha como intenção conter, pelo direito, o Estado, um mal necessário a ser conservado dentro dos limites mais restritos possíveis, dentre os quais se destacam o princípio da abstenção estatal, a ideia básica da não-ingerência, a noção de Estado Mínimo e a máxima *laissez faire, laissez passer*. Entendia-se consistir em atribuição do Estado conceder à iniciativa privada toda a liberdade negocial, ficando a cargo do Poder Público apenas algumas atividades, como segurança, tributação, relações exteriores, construção e preservação de estradas, pontes, canais, portos etc. Destarte, o liberalismo inspira-se no princípio da limitação estatal, da liberdade do indivíduo e da superioridade da regulação espontânea da sociedade.⁸³

⁸² Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev., ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 143-144.

⁸³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: JusPodvm, 2008. p. 814.

O rigorismo inicial, que se estabeleceu em torno da normativa regente da atuação estatal, foi forjado a partir da necessidade de superação de um modelo *patrimonialista* então vigente, marcante dos estados absolutistas do século XVIII, como o observado na França. Não havia distinção clara entre o patrimônio do Estado, representado pelo soberano, e dos cidadãos, tampouco controle efetivo sobre a atuação estatal, o que era incompatível com os valores liberais.

Com o estabelecimento do Estado de Direito e a valorização do princípio da legalidade, passou-se a se pensar em meios para regradar a atuação do administrador, o que propiciou o surgimento do pensamento de Max Weber, no século XIX, idealizador do modelo burocrático de organização administrativa. A concepção do pensamento *weberiano* se deu a partir da necessidade de separação do público e privado, bem como da profissionalização dos serviços administrativos e do rígido controle dos processos. O econômico e o político eram colocados como termos apartados, como uma forma de segregar a atividade estatal da vida privada. Max Weber associava, assim, o avanço da democracia ao processo de burocratização, partindo da premissa de que a normatização minuciosa da atuação estatal teria o condão de evitar a confusão, até então existente, entre os interesses públicos e privados.⁸⁴

A lógica *weberiana* se apresentava bastante útil ao modelo liberal de Estado, uma vez que as posições dicotômicas de público e privado implicavam na menor ingerência do Poder Público na esfera particular. Ocorre que nem o Estado liberal, tampouco o modelo de gestão burocrática, conseguiram obter os fins desejados originalmente. A concepção liberal de Estado não conseguiu enfrentar o problema iminente da desigualdade social. A hipotética autorregulação do mercado não impediu a crescente concentração de riquezas, contraposta aos baixos salários e condições precárias de trabalho do proletariado, o que levou à difusão da miséria e demandou uma atuação estatal para reparar as injustiças sociais. Este foi o movimento de transição do Estado Liberal para o Estado Social, que incorporou em seu escopo a implementação de políticas públicas.

Por seu turno, o modelo de gestão burocrática, focado no controle de processos e rotinas, apresentava dificuldades para se adaptar a essa nova perspectiva de um *fazer* estatal, porquanto concebido a partir da ideia da intervenção estatal mínima. Não se logrou obter a esperada eficiência e impessoalidade de atuação do Estado naquelas atividades típicas que lhe foram

⁸⁴ BIANCHI, Alvaro. O conceito de estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 79-104, 2014. p.102.

concebidas, tendo havido uma coincidência da ideia de interesse público como interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos.⁸⁵

A nova feição estatal na promoção do bem-estar social (*Welfare State*), assim como a maior necessidade de promoção de intervenção na economia, especialmente após as duas guerras mundiais e a crise de 1929, avolumaram o papel estatal a partir de um sistema que já lhe conferia prerrogativas oriundas do antigo modelo absolutista. Noutro giro, permaneceu incólume a dicotomia do público *versus* privado, agora sob o fundamento de que o Estado estaria buscando os interesses coletivos, de modo que o interesse público deveria prevalecer sobre o privado.

Ou seja, da passagem do Estado Mínimo para o Estado Providência, não houve uma mudança significativa do modelo de gestão pública, o que gerou certo conservadorismo na doutrina de Direito Administrativo, assim explicado por Moreira Neto:

[...] no decorrer dos últimos duzentos anos, a Administração Pública se tornou o ramo mais conservador do Estado e o mais impérvio a modificações, por isso, o que mais sustentação proporcionou às ideologias totalitárias e justamente aquele em que a integralidade das conquistas liberais foi mais demorada e penosamente absorvida, de modo que apenas muito lentamente a doutrina do Direito Administrativo foi reagindo contra este arraigado conservadorismo. Foi a longa luta contra as imunidades do poder, descrita por Eduardo García de Enterría em magistral conferência e opúsculo – e somente a partir dos anos setenta do século XX, é que se acelerou o tardio processo de liberalização, com o surgimento de aberturas, brechas e mudanças de rumo que, em última análise, reabilitaram o administrado como o protagonista e destinatário da administração pública, em harmonia e pé de igualdade com o status, já conquistado pela pessoa, do cidadão e do jurisdicionado contemporâneos.⁸⁶

De fato, a partir do final da década de 1970, marcada pela ascensão do neoliberalismo e pela crise econômica e financeira experimentada em todo o mundo, surgiu com bastante força nas ciências da Administração o que se convencionou denominar *New Public Management*, que apregoa a adoção de um modelo gerencial para a Administração Pública, pelo qual o controle dos processos cede lugar para a entrega de resultados e a um custo menor, assim como uma drástica redução do intervencionismo estatal.

Um dos focos principais do modelo gerencial se deu na necessária implementação de eficiência na prestação de serviços públicos, que tiveram ampla expansão pós-Segunda Guerra e serviram para incrementar o endividamento público. Assim, desencadeou-se uma série de propostas de reforma administrativa em redor do mundo, que se inspiraram nesse novo modelo

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. *op. cit.* p. 143-144.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 143-144.

gerencial, o que levou à tomada de medidas como privatização de empresas estatais (desestatização), desburocratização (desregulamentação) e desregulação das atividades sociais, atuando o estado como mero fomentador de tais áreas, tudo sob a batuta do propagado equilíbrio fiscal.

Ademais, como bem apontado por Carvalho,

Para os teóricos da reforma do Estado, a burocracia ideal concebida por Weber não mais responde às necessidades de um novo contexto social. Isto porque as inflexíveis estruturas weberianas seriam inadequadas para uma realidade marcada pela incerteza e por mudanças aceleradas, o que torna essencial o distanciamento da visão clássica do poder estatal soberano divorciado da sociedade civil.⁸⁷

O entendimento exposto se funda na doutrina de Osborne e Gaebler, entusiastas em inovação da gestão pública, cujo raciocínio abaixo transcrito resume bem a temática até aqui discutida, ainda que focados no avanço desta tendência na sociedade americana:

Nossa tese é simples: o tipo de governo que se desenvolveu durante a era industrial, com suas burocracias lentas e centralizadas, preocupado com normas e regulamentos, sujeito a cadeias de comando hierárquicas, deixou de funcionar bem. Na sua época esses governos foram capazes de grandes realizações, mas ao longo do tempo se afastaram das nossas necessidades. Tornaram-se inchados, ineficientes, funcionando com desperdício. E quando o mundo começou a mudar, não acompanharam essas mudanças. As burocracias hierárquicas, centralizadas, concebidas nas décadas de 30 e 40, simplesmente não funcionam bem no quadro altamente mutável da sociedade e da economia nos anos 90, rico de informações e conhecimento. São como transatlânticos de luxo numa era de jatos supersônicos: grandes, caros e pouco ágeis. Gradualmente, estão sendo substituídos por novas modalidades de instituições públicas.

Aliás, o governo não está à frente desse processo: transformações semelhantes estão ocorrendo em toda parte na sociedade americana. As empresas passaram a última década promovendo mudanças revolucionárias: descentralizando a autoridade, reduzindo a hierarquia, privilegiando a qualidade, aproximando-se dos clientes – tudo isso num esforço para manter sua competitividade no novo mercado global. Nossas organizações voluntárias, não-lucrativas, estão vibrando com novas iniciativas. Novas parcerias surgem da noite para o dia – entre empresas e escolas, entre entidades lucrativas e não-lucrativas, entre o setor público e o privado. É como se virtualmente todas as instituições do cotidiano norte-americano lutassem ao mesmo tempo para se adaptar a uma vasta transformação estrutural – procurando tornar-se mais flexíveis, inovativas e empreendedoras.⁸⁸

⁸⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *op. cit.* p. 837.

⁸⁸ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo**: como o espírito empreendedor está transformando o setor público. Trad. Sérgio Fernando Guarischi e Ewandro Magalhães Jr. 5. ed. Brasília: MH Comunicação, 1995. p. 12-13. Cumpre esclarecer, na linha do raciocínio dos autores, que não se trata de descartar por completo a administração burocrática, que pode funcionar de modo eficaz em situações nas quais o “[...] ambiente é estável, a tarefa a se realizar, relativamente simples, e todos os clientes querem o mesmo serviço, sem que a qualidade se torne crítica [...]”. (*Ibidem*, p. 16).

O cenário anteriormente descrito levou o governo norte-americano a produzir um relatório, no ano de 1993, sob a coordenação do então vice-presidente Al Gore, cujo principal objetivo era identificar as deficiências organizacionais e apontar soluções contra a burocracia estatal, reduzir o excesso de normatizações, mudar o paradigma de atuação para colocar em evidência o usuário como destinatário dos serviços estatais, capacitar os gestores para buscar resultados e otimizar a organização e cultura administrativa visando ao ganho de eficiência.⁸⁹

Ainda que se tenham ressalvas e críticas ao novo modelo e as dificuldades de sistematização de uma teoria uniforme que expresse as diretrizes das reformas propostas, o cenário de renovação estrutural aventado trouxe à tona outras discussões, como a necessidade de adoção de uma gestão democrática, envolvendo a participação popular, assim como a valorização de entidades do Terceiro Setor na administração de atividades de interesse social, atuando o Estado como fomentador, cujos interesses convergiam com os do parceiro privado.

No que tange à realidade brasileira, Di Pietro associa a reforma administrativa ao fenômeno da globalização, o que a torna irreversível em face de duas realidades que confrontam o governo:

- a. uma primeira realidade é a situação de crise, especialmente crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas nas atividades essenciais;
- b. a segunda realidade é a procura desesperada por soluções; é a busca por institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos.⁹⁰

No Brasil, pode-se apontar como principal marco de modernização da estrutura estatal o Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, que estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, dentre as quais foi inserida a necessidade de descentralização na execução das atividades estatais, desobrigando o Poder Público da realização material de tarefas executivas e recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato. A medida buscou trazer para a Administração Pública a eficiência de gestão da iniciativa privada, empregando técnicas organizacionais como a descentralização, delegação de competência, planejamento, coordenação e controle. A Administração Indireta recebeu maior autonomia gerencial, assim como o controle (chamado em lei de supervisão ministerial) se deu de modo menos intenso,

⁸⁹ GORE JR., Albert Arnold; Report of the National Performance Review. **From red tape to results: Creating a government that works Better & Costs Less.** Washington, D.C.: Fredonia Books, 1993.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

apenas para a averiguação dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, harmonia com a política e programação do Governo no setor de atuação da entidade, eficiência administrativa e autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade (art. 26).

Posteriormente, foi editado o Decreto n.º 83.740, de 18 de julho de 1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, que visava à simplificação de procedimentos, documentos, decretos e buscava agilizar a execução de programas federais prioritários.

Todavia, a instabilidade política e econômica das décadas de 1970 e 1980 não permitiram uma evolução mais robusta dos princípios da Reforma Administrativa e das tentativas de desburocratização.

A partir da década de 1990, houve a intensificação do processo de desestatização, com a instituição do Programa Nacional de Desestatização (PND) pela Medida Provisória 155, de 15 de março de 1990, convertida na Lei 8.021, de 12 de abril de 1990, posteriormente substituída pela Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997.⁹¹

Todavia, o avanço mais significativo para a Reforma Administrativa se deu a partir do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, no qual iniciativa do ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser-Pereira, promoveu intensificação do processo de reforma do Estado, cuja estruturação foi explicada nos Cadernos MARE da reforma do Estado.

O principal eixo de alterações se deu a partir da Emenda Constitucional 19, de 04 de junho de 1998, que, dentre diversas modificações no Texto Constitucional, inseriu o princípio da eficiência no *caput* do art. 37 e previu a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público, objetivando a fixação de metas de desempenho (§ 8.º).⁹²

⁹¹ Segundo Carvalho, as medidas foram adotadas a partir de uma perspectiva econômica imposta pelo chamado Consenso de Washington, que resultou de um seminário realizado nesta cidade no qual o grupo dos sete países mais ricos e economistas dos vinte maiores bancos internacionais elaboraram um programa ortodoxo de estabilização monetária e de reformas estruturais para os países de economia periférica, como meio de atrair investimentos estrangeiros (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *op. cit.* p. 843-844).

⁹² O tema foi regulamentado pela Lei 13.934, de 11 de dezembro de 2019, que denomina esse tipo de ajuste por “contrato de desempenho”, definido como o “[...] acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais” (art. 2.º, *caput*). Tais flexibilidades de autonomias especiais foram definidas “[...] podem compreender a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do supervisionado”. O entendimento doutrinário aprovado por ocasião da I Jornada de Direito Administrativo, organizada pelo Conselho de Justiça Federal, foi no sentido de que o referido contrato representa um instrumento de flexibilização temporária da hierarquia administrativa, o que realça a tendência de contratualização da gestão pública. Leia-se, a propósito, o inteiro teor do enunciado 11: “O contrato de desempenho previsto na Lei 13.934/19, quando celebrado entre órgãos que mantêm entre si relação

A par da modificação constitucional, houve a publicação de uma série de leis que buscaram implementar as tentativas de modernização da gestão pública, com a nítida tendência de descentralização da atuação governamental, delegando-se aos particulares a prestação de serviços públicos, avançando para uma “agencificação” na regulação dos setores delegados e ampliando as possibilidades de parcerias com os particulares.

Em comparação à reforma administrativa realizada em outros países, Carvalho enumera os seguintes pontos em comum seguidos com a ordem jurídica brasileira, que resume os pontos mais relevantes das reformas realizadas até o momento:

[...] a) a intenção de diminuir as despesas e gastos sob responsabilidade do Estado, a fim de reduzir o déficit público, elevado pelo aumento exponencial dos custos de proteção social até o início dos anos 70; b) a necessidade de desenvolver técnicas de gestão neutras, despolitizadas e eficazes, controláveis *a posteriori*; c) redução da intervenção das Administrações centrais, as quais devem limitar-se às funções de preparação e elaboração das políticas públicas, deixando na periferia a responsabilidade pela escolha do modo de intervenção; d) a intenção de buscar a melhor satisfação das demandas, mediante simplificação dos procedimentos (desburocratização), identificação dos responsáveis e possibilidades de escolha entre vários prestadores de serviços; e) a modificação do estatuto dos funcionários públicos, com redução dos servidores efetivos, em razão da visão crítica vigente relativamente à função pública; f) o uso preferencial de processos convencionais, com flexibilização dos mecanismos vigentes, substituindo-se as rígidas estruturas governamentais por formais mais leves e flexíveis de produção e gerenciamento (contratualização); g) multiplicidade de organismos independentes associados a regulamentação e o exercício de funções de controle sob o modelo de agências reguladoras independentes; h) a possibilidade de convocação da sociedade para a prestação de serviços necessários à comunidade, substituindo-se órgãos e entidades públicas por entidades do setor privado.⁹³

Nesse movimento de modernização da gestão pública se começa a observar uma tendência maior de convergência e harmonização de interesses públicos e privados, o que serviu de pano de fundo para a eclosão do movimento de contratualização da gestão pública e da consensualidade administrativa, o que será objeto de análise no próximo tópico.

2.2 O surgimento da consensualidade administrativa e a adoção dos novos acordos celebrados pela Administração Pública

A passagem do modelo burocrático para o modelo gerencial de Administração Pública tem tido reflexos nos contratos administrativos, na medida em que se enxerga uma

hierárquica, significa a suspensão da hierarquia administrativa, por autovinculação do órgão superior, em relação ao objeto contratado, para substituí-la por uma regulação contratual, nos termos do art. 3.º da referida Lei”. (JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. **Enunciado nº 11**. Brasília, DF: CJP, 2000. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1391>. Acesso em: 27 maio 2022).

⁹³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *op. cit.* p. 846-847.

descentralização das competências estatais aos particulares, como se pode ver, por exemplo, com o Programa Nacional de Desestatização, estabelecido pela Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997. A conhecida diminuição da máquina estatal, que se convencionou denominar “Estado Mínimo”, vem se valendo de instrumentos contratuais para viabilizar seu escopo, seja por meio da delegação negocial de serviços públicos, seja para a criação da necessária infraestrutura que permita o avanço da iniciativa privada.⁹⁴

Nesse ponto, não se está a referir apenas à atividade lucrativa, mas igualmente a situações de atuação coordenada com a iniciativa privada, a fim de atender outros interesses públicos coletivos e sem propósito de angariar lucros. Esse é um fenômeno que explica a afirmação de um Estado Cooperativo ou Consensual, no qual, por meio da assinatura de um contrato, o Estado transfere para particulares, pessoas físicas e jurídicas, todo o seu espaço de atuação e responsabilidade.⁹⁵

Medauar aponta como importante marco doutrinário sobre a contratualização da gestão pública a obra *Gouverner par contrat*, de autoria de Jean-Pierre Guadin, publicada em 1999. Remetendo-se a artigo de Jean Rivero, escrito em 1965, a autora aponta questionamentos e críticas que já vinham sendo realizados na França sobre a relação de súdito que o cidadão conservava perante o Estado, ainda uma reminiscência do absolutismo monárquico, a partir dos quais emergiram manifestações pleiteando uma democracia plena: “[...] além da *democracia de investidura*, relativa à escolha do governante, pelo voto, deveria efetivar-se a *democracia de funcionamento*, no modo de exercício do poder”.⁹⁶

Nesse contexto, se passou a apregoar maior aproximação do Estado com a sociedade, conferindo-se ao cidadão participação mais efetiva na tomada de decisões, fenômeno que foi assim descrito por Medauar:

⁹⁴ Destacam-se como objetivos do Programa (art. 1.º): “I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas para a iniciativa privada; IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”

⁹⁵ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2009. p. 591.

⁹⁶ MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009.

O clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação *Estado reflexivo*. Da ouvida dos indivíduos, isolados ou em grupo, emergiram as práticas de negociação, acordo, busca de consenso, mediação de conflitos, ponderação de vários interesses existentes numa situação. Alguns nomes dados ao Estado expressam tais práticas: *Estado negociador*, *Estado mediador*, *Estado incentivador*, *Estado cooperativo*. Os vínculos mais estreitos entre público e privado, a atuação menos imperial da Administração, as práticas de negociação e a busca de consenso propiciaram intenso uso de técnicas contratuais na ação administrativa, daí também qualificar-se o Estado como *Estado contratante*.⁹⁷

O incremento da consensualidade administrativa vem sendo tratado como modelo que busca a substituição de uma Administração Pública imperativa para uma Administração que busca a consensualidade, na qual “a atividade negocial com os particulares passa a assumir papel de grande relevância, bem como ascende de importância a recíproca confiança que devem merecer estes do Estado e da sociedade”.⁹⁸

Medauar informa que essa tendência se verificou especialmente a partir da década de 1980, sendo designada, além da expressão *governar por contrato*, como Administração *pactualista*, *Direito Administrativo cooperativo* e *contratualização* das políticas públicas.⁹⁹

A expedição de atos administrativos e seu peculiar regime não deixou de existir, especialmente porque determinadas demandas exigem, de fato, a atuação da Administração no uso de algumas prerrogativas, como a imperatividade e autoexecutoriedade. Porém, passou-se a admitir certa flexibilização da clássica visão verticalizada entre Estado e cidadão, para um modelo mais consentâneo ao Estado Democrático de Direito, em uma tentativa de se conferir maior convergência entre a decisão estatal e os anseios da sociedade.

A chamada administração por contratos evoluiu até a concepção de Administração consensual. A consensualidade administrativa vem sendo associada, no ordenamento pátrio, com o princípio da eficiência, na versão ampliada do *caput*, do art. 37, da Constituição Federal.

Em trabalho no qual discute a constitucionalização do Direito Administrativo, Rezende Oliveira¹⁰⁰ reforça a necessidade de a Administração Pública efetivar, no máximo, a Constituição da República, o que implica, não raras vezes, na conciliação e ponderação dos interesses públicos e privados discutidos, a fim de atender, com maior eficiência, a vontade

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. *op. cit.* p. 151.

⁹⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

⁹⁹ Cf. MEDAUAR, Odete. *op. cit.* p. 152.

¹⁰⁰ Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a reeleitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 111.

constitucional. Nesse contexto, descortina-se a necessidade de democratização da gestão administrativa, caminhando para a consensualidade, assim ilustrada no raciocínio do autor:

Supera-se o modelo liberal “agressivo” de atuação da Administração por mecanismos consensuais de satisfação do interesse público. Em outras palavras: a Administração Pública, antes encarada como um perigo para a sociedade, passa a ser vista como parceira. Em consequência, na eterna tensão entre autoridade e liberdade, a Administração Pública passa a atuar de forma concertada com a sociedade, evitando o uso da coerção e prestigiando o uso do consenso, da participação dos administrados nas decisões públicas. Nas palavras de David Duarte, os “canais participatórios” servem para a solução negociada dos conflitos de interesses.¹⁰¹

Em cenário de crescente transformação, o regime jurídico-administrativo não passou inpenso, conforme bem explicado por Carvalho:

Certo é que, no entanto, que a corrente segundo a qual a supremacia do interesse público e a legalidade são fundamentos basilares do regime jurídico administrativo sofreu mutação significativa principalmente depois da década de 80. Após este período, acentuou-se a necessidade de reformular a estrutura administrativa do Estado, com intensa repercussão nas normas que regulamentam a sua atuação. A necessidade de desenvolvimento de técnicas de gestão pública neutras, com simplificação de procedimentos (desburocratização), flexibilização na execução de políticas públicas, uso preferencial de processos convencionais (contratualização) e garantia de estabilização mínima nas relações jurídicas daí oriundas, surgiu como valor fundamental capaz de alterar as bases sobre as quais se assentam as normas reguladoras da Administração Pública.¹⁰²

Uma expressão dessa nova perspectiva pode ser encontrada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que estabeleceu, em seu artigo 41, o direito a uma boa administração, que assegura a todas as pessoas o direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.¹⁰³

O desnivelamento relacional sempre foi uma fonte inesgotável de demandas entre a Administração e os cidadãos, de modo que a consensualidade se desponha como importante mecanismo para apaziguamento de ânimos e conciliação de interesses públicos e privados, sem que isso infrinja outros valores caros ao regime jurídico administrativo, como a impessoalidade e o princípio da isonomia.

Moreira Neto aponta essa tendência e elenca algumas características do que designou como conceito pós-moderno de Direito Administrativo:

¹⁰¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.* p. 112.

¹⁰² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *op. cit.* p. 46.

¹⁰³ CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s.l.], 17 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022. No relatório produzido com propostas para a modernização da administração pública americana, o ex-presidente Al Gore sugere, em apertada síntese que o administrado “pagador de impostos” seja visto como consumidor dos serviços estatais, aplicando-se à relação as melhores práticas observadas na iniciativa privada, observadas algumas peculiaridades da atividade administrativa (GORE JR., Albert Arnold. *op. cit.* p. 64).

- 1º. a de ser mais um direito dos administrados do que um direito do Estado;
- 2º. a de servir a cidadãos e não mais a súditos;
- 3º. a de mostrar-se muito mais um direito de proteção e de prestação do que um direito de imposição;
- 4º. a de atuar preponderantemente como um direito de distribuição do que um direito para solucionar conflitos; e
- 5º. a de tornar-se, cada vez mais, um direito da consensualidade, em vez de um direito de imperatividade.¹⁰⁴

Com propriedade, Pereira ensina que o paradigma do Estado Democrático de Direito, retratado na CF/88, “[...] exige, portanto, um aprimoramento da comunicação entre a esfera estatal e privada, avançando para a reflexão em torno do modo como as decisões são editadas, a prestigiar a atuação dos cidadãos na ação estatal”.¹⁰⁵ Na lógica estabelecida pela consensualidade administrativa, aos tradicionais pactos públicos tem se somado “[...] uma profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”.¹⁰⁶

Mais uma vez, Moreira Neto arrola diversas vantagens na adoção de uma perspectiva de consensualidade na Administração Pública, a saber:

- 1º. vantagem pelo potencial criativo e operativo dos entes da constelação social (colaboração);
- 2º. vantagem pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação estatal (cooperação);
- 3º. vantagem pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade);
- 4º. vantagem pela simplificação da máquina gestora do Estado (racionalidade);
- 5º. vantagem pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização);
- 6º. vantagem pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização);
- 7º. vantagem pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado monoclasa do *Welfare State* e do Socialista (eficiência);
- 8º. vantagem pela racionalização da atribuição de competências ao Estado (subsidiariedade); e
- 9º. vantagem pela racionalização da distribuição de competências dentro do Estado (subsidiariedade).¹⁰⁷

¹⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *op. cit.* p. 548.

¹⁰⁵ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *op. cit.* p.197.

¹⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. *op. cit.* p. 108.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Op. cit.* p. 555.

Em tal contexto, uma série de alterações legislativas vêm sendo implementadas para favorecer a consensualidade, o que Justino de Oliveira e Schwanka¹⁰⁸ designam por módulo consensual da Administração Pública, que é assim explicado:

Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um *módulo consensual da Administração Pública*, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os convênios, os consórcios, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

De modo exemplificativo, pode-se mencionar uma miríade de acordos que se proliferaram na Administração Pública, inclusive para cessação ou correção de condutas tidas por ilegais, como o compromisso de ajustamento de conduta (art. 5.º da Lei 7.347/85), compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos perante o CADE (art. 53 da Lei 8.884/94, mais bem detalhado pela Lei 12.529/11), acordos de leniência (art. 16 da Lei 12.846/13) e, mais recentemente, o acordo de não persecução civil em sede de persecução por prática de ato de improbidade administrativa (art. 17-B da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21).

Há, também, situações outras em que se incentiva o consenso, como a possibilidade de celebração de acordo em desapropriação (art. 10 do Decreto-Lei 3.365/41). Até mesmo nos contratos administrativos e de concessões públicas já se vêm observando a adoção de soluções consensuais. No campo da solução de litígios, a Lei que regulamentou o Juizado Especial Federal (10.259/01) rompeu a lógica de indisponibilidade do interesse público, para prever expressamente a possibilidade de conciliação e transação (art. 10, parágrafo único). A possibilidade de resolução consensual de demandas judiciais acabou desencadeando o avanço da mesma possibilidade para a esfera extrajudicial, com a adoção dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Todavia, existem obstáculos para os diálogos público-privados. Um dos desafios é adaptar o ambiente decisório a uma legislação ainda em construção, que oscila entre a inovação e velhas práticas. A sobrecarga de orientações (algumas contraditórias entre si), acaba por tornar hercúlea a tarefa de conduzir a Administração Pública e sem qualquer garantia para o gestor

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

quanto ao acerto ou desacerto de sua conduta, em um ambiente de insegurança jurídica. A principal consequência deste cenário é a assimilação de uma conduta defensiva por parte dos gestores públicos, historicamente vergastados por um sistema de controle restrito, pouco assertivo à inovação e intolerante aos erros.

Neste cenário, desponta-se como importante inovação na seara jurídica a Lei 13.655/18, cujo intuito foi dar maior segurança à atuação do gestor público, o que é essencial para a criação de um ambiente de consensualidade administrativa.

2.3 As salvaguardas para o gestor público trazidas pela Lei 13.655/18

Todas as tentativas de modernização da gestão pública e de maior consensualidade têm como gargalo a efetiva execução do programa proposto aos agentes públicos, aplicando-se a mesma lógica para as contratações públicas, historicamente marcadas por um viés estritamente burocrático. Dessa constatação surge o questionamento: como avançar para Administração mais moderna e voltada para a consensualidade em uma estrutura concebida para assegurar as prerrogativas estatais?

Se de um lado se exige uma postura mais vanguardista do agente, com ampla discussão sobre o conceito de interesse público e uma maior flexibilização das prerrogativas do Poder Público, de modo a caminhar para uma ética do consenso, por outro não se pode olvidar que o mesmo gestor se encontra inserido em um contexto de controle de seus atos.

E por vários anos, como analisado anteriormente, a burocracia estatal focou no rígido controle da atuação dos agentes públicos, focada excessivamente na separação do público e do privado. Não há nada de errado quando se busca, em uma sociedade democrática, pautar a conduta de um agente público, especialmente porque sua atuação deve estar respaldada em interesses da coletividade.

Todavia, no processo de modernização da gestão pública, com assimilação de mecanismos de eficiência da iniciativa privada, importa que se dê ao agente público respaldo em sua atuação, especialmente porque a almejada inovação implica em riscos, que devem ser gerenciados, posto que impossível eliminá-los por completo. Nesse sentido, vale transcrever o pragmatismo das conclusões de Al Gore, ao discutir a necessidade de fortalecimento do gestor para que sua atuação foque nos resultados almejados:

Para mudar a cultura dos funcionários no governo, para criar uma democracia de liderança dentro de nossas burocracias, precisamos mais do que um salto de fé. Precisamos de um salto de prática. Devemos passar do controle para a

colaboração, da alta gestão para cada departamento. Devemos permitir que as pessoas que tenham competência decisória tomem decisões. Devemos fazer todo o possível para garantir que, quando nossos funcionários federais exercerem seu julgamento, estejam preparados com as melhores informações, as melhores análises e as melhores ferramentas que temos para oferecer. Devemos, então, confiar que eles farão o melhor que puderem - e medir os resultados.

Na verdade, devemos deixar nossos gerentes e funcionários falharem, em vez de submetê-los ao escárnio público quando o fizerem. Somente se eles falharem de vez em quando em seu caminho para o sucesso, teremos certeza de que eles estão mesmo tentando ter sucesso. Alguém uma vez perguntou a um velho conhecido por sua sabedoria por que ele era tão inteligente. "O bom julgamento vem da experiência", disse ele. E experiência? "Bem, isso vem de um mau julgamento." Para transformar a cultura do nosso governo, devemos aprender a deixar ir. Quando o fizermos, liberaremos o mesmo tipo de criatividade, energia, produtividade e desempenho no serviço governamental que foi desencadeado há 200 anos e que continua a nos guiar hoje.¹⁰⁹

Todavia, para que se possa implementar a experimentação proposta e aplicá-la à realidade jurídica brasileira, há a necessidade de se repensar a tradição de controle de legalidade rigoroso que, ao longo dos anos, se construiu.

A Constituição Federal de 1988 deu especial atenção aos órgãos de controle interno e externo, que se encarregaram de sindicá-la a legalidade e legitimidade das condutas dos gestores públicos, eventualmente tomando as providências necessárias para sua responsabilização pela malversação dos recursos públicos. Destaca-se, especialmente, a estruturação institucional do Ministério Público, o qual foi incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em histórico cenário de corrupção administrativa, houve, em um primeiro momento, a necessidade de adoção de medidas efetivas para seu combate, o que tornou relevante a atuação dos órgãos de controle na responsabilização do gestor irresponsável. Assim, várias legislações foram publicadas para o atingimento de tal escopo, sejam elas estruturadoras dos órgãos de controle, como as leis orgânicas do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, sejam

¹⁰⁹ GORE JR., Albert Arnold; Report of the National Performance Review. **From red tape to results: Creating a government that works Better & Costs Less.** Washington, D.C.: Fredonia Books, 1993. p. 91. Livre tradução de: *"To change the employee culture in government, to bring about a democracy of leadership within our bureaucracies, we need more than a leap of faith. We need a leap of practice. We must move from control to collaboration, from headquarters to every quarter. We must allow the people who face decisions to make decisions. We must do everything we can to make sure that when our federal workers exercise their judgment, they are prepared with the best information, the best analysis, and the best tools we have to offer. We must then trust that they will do their best - and measure the results. Indeed, we must let our managers and workers fail, rather than hold them up to public ridicule when they do. Only if they fail from time to time on their way to success will we be sure they are even trying to succeed. Someone once asked an old man known for his wisdom why he was so smart. "Good judgment comes from experience," he said. And experience?" "Well, that comes from bad judgment." To transform the culture of our government, we must learn to let go. When we do, we will release the same kind of creativity, energy, productivity, and performance in government service that was unleashed 200 years ago, and that continues to guide us today"*.

de cunho material, com a publicação da Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção, entre outras.

O gestor público, então, necessita contrabalancear a busca pelas melhores práticas de gestão pública e inovação com a fiscalização e regramentos dos órgãos de controle, tendente a reduzir a discricionariedade na tomada de decisões. Não se trata de uma conciliação simples de se conceber.

Justino de Oliveira captou com perspicácia esse cenário, que denominou de *hiperativismo de controle*, lançando as seguintes ponderações:

O maior risco de permanecermos inertes e não desatarmos este nó é o de deixar o cidadão cada vez mais descoberto e refém de decisões públicas que não levam em consideração seus direitos e garantias, porque mais preocupadas em operacionalizar um regime jurídico repressivo - o qual por certo deve ser levado em conta, mas não somente. Ademais disso, tais decisões não costumam avaliar as consequências diretas e indiretas do comando por elas emanado, sob o ponto de vista transformativo da qualidade da gestão pública, em um processo de permanente aderência da conduta do gestor à ética e ao direito (*compliance*), o que muitas vezes têm gerado respostas supressoras da discricionariedade administrativa, quando na verdade deveriam apresentar propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental que valorizassem a autonomia decisória do gestor público.¹¹⁰

De fato, é um fator limitador para a inovação da gestão pública uma fiscalização intensa dos órgãos de controle, como a que se viu pós-Constituição de 1988. O gestor ainda se expressa com receio diante da possibilidade de ser envolvido em ações de responsabilização, o que faz construir no imaginário a ideia de que uma atuação conservadora, focada na observância estrita de regulamentos, é mais segura do que efetivamente entregar os resultados esperados na prestação dos serviços.

É certo que a prática da ciência da administração, seja na esfera pública ou privada, traz consigo risco de que os resultados almejados não sejam atendidos. A assunção responsável de tais riscos - ou sua gestão - é que faz com que a inovação avance e se alarguem os limites das melhores práticas e que levem a resultados mais satisfatórios. Uma visão excessivamente vinculativa e regulamentar não se coaduna com esse cenário, o que torna imperiosa a valorização da discricionariedade do gestor para tomar a melhor decisão, diante das circunstâncias postas e mediante um juízo de ponderação motivada.

O legislador, assim, entendeu por bem promover um arrefecimento na atuação de controle, a fim de trazer segurança jurídica à atuação do gestor. A Lei 13.655, de 25 de abril de

¹¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. In: JOTA, [s.l.], 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em: 27 abr. 2022.

2018, trouxe algumas salvaguardas aos gestores, mediante a inclusão dos artigos 20 a 22 e 26 na Lei de Introdução às Normas Brasileiras - LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942), representando grande avanço para a consensualidade administrativa.¹¹¹

O art. 20 da LINDB passou a estabelecer que nas esferas administrativa, controladora e judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Ademais, o parágrafo único do aludido dispositivo previu que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face de possíveis alternativas.

Busca-se evitar uma espécie de generalidade decisória, partindo-se de jargões jurídicos e fórmulas prontas, sem qualquer amarração com o caso analisado, redundando na insindicabilidade de seus motivos determinantes.

A título exemplificativo, a utilização da expressão *interesse público* é comumente informada sem qualquer traço de concretude. Uma decisão que se baseie no atendimento ao interesse público deve ser suficientemente motivada para fique indene de dúvidas de que seria a mais adequada, considerando-se os valores inerente ao Estado Democrático de Direito.

E quando se analisa o dispositivo sob a ótica do controle da atividade administrativa, são pertinentes as ponderações feitas por Justen Filho:

A imprevisibilidade quanto à atividade estatal derivada, que promove o controle da atuação originária, incrementa a insegurança. A autoridade estatal titular para decidir de modo originário não dispõe de padrões consistentes para escolher a solução a ser adotada. Há incerteza na dimensão normativa abstrata e imprevisibilidade quanto às interpretações reputadas como corretas pela autoridade titular do controle.¹¹²

O dispositivo analisado não impede a invocação de preceitos abstratos, desde que haja ligação inequívoca com o caso concreto, passível de análise e apreciação por terceiros. Daí que se exige a avaliação das consequências práticas da decisão em face do valor abstrato invocado.¹¹³

¹¹¹ O art. 5.º da Lei 14.133/21 determina a aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o que revela a importância do trato do assunto em matéria de contratações públicas.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

¹¹³ Conectando a temática à Lei 14.133/21, novo texto trouxe nítido pragmatismo em seu teor, buscando, na medida do possível, aplicar soluções concretas aos problemas surgidos durante a licitação e evitando, por consequência, postulações abstratas.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 20 endossa ainda mais a necessidade de fundamentação das decisões, assim como estabelece a excepcionalidade de decretação de invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, observando-se a proporcionalidade e, inclusive, apontando a possibilidade de se considerar as alternativas possíveis para sua manutenção na ordem jurídica.

Por outro lado, o art. 21 da LINDB, incluído pela Lei 13.655/18, alberga com mais intensidade o *consequencialismo jurídico*. O dispositivo determina que a decisão proferida nas esferas administrativa, controladora ou judicial que decretar a invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Em comentário ao art. 21 da LINDB, Mendonça assim distingue consequências jurídicas e administrativas:

[...] consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição.¹¹⁴

Por óbvio, impossível se prever todas as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de uma decisão, razão pela qual o decisor deve se ater às mais relevantes.

Ademais, sempre que se estiver diante de uma decisão invalidatória, o legislador previu no art. 21, parágrafo único, que o responsável deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Mais uma vez, vale a transcrição dos ensinamentos de Mendonça:

A norma impõe que a regularização seja proporcional e equânime. Em primeiro lugar, observe-se que dever de regularização proporcional não se exige que a regularização seja leniente com o particular. proporcional significa logicamente adequado, menos restritivo diante de opções aptas a produzir resultados semelhantes (aspecto importante, mas esquecido), e justificável à luz de custos e benefícios. E “equânime” é cognato associado à ideia de *fairness*, de distribuição equivalente de cargas. Numa invalidação, não será possível descarregar todo o custo do erro - pois a invalidação é sempre fruto de erro: alguém não identificou a ilegalidade - no particular. Ele só poderá suportar os ônus e as perdas tidas como

¹¹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando as consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

“normais” diante da “anormalidade” do caso: se se descobre vício de legalidade na licitação, o contrato é nulo, mas serviços prestados devem ser pagos.¹¹⁵

Tal contexto traz o gestor e o próprio controlador para a solução do problema, rompendo com a conduta de mera decretação de invalidade e descompromisso com os resultados gerados. Vê-se que a legalidade formal é contrastada com os efeitos concretos, demandando considerável margem decisória para conformação de ambos os aspectos, trazendo certa praticidade para questões que antes acabavam relegadas ao campo teórico.

Por fim, o art. 22 da LINDB trouxe algumas salvaguardas ao gestor, ao estabelecer que na interpretação de normas sobre gestão pública serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. Por seu turno, os parágrafos do aludido artigo trazem regras específicas de temperamento, como a determinação de que se leve em conta as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, bem como, no tocante à aplicação de sanções, que seja considerada a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos advindos da infração, circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes do agente, assim como a impossibilidade de o mesmo ser responsabilizado, com sanção de mesma natureza e decorrente do mesmo fato.

De todas as alterações trazidas pela Lei 13.655/18, uma das mais relevantes foi a previsão de celebração dos chamados *acordos administrativos*, que ampliou significativamente a esfera de consensualidade administrativa, mediante inclusão do art. 26 à LINDB.

A previsão normativa vem sendo festejada em doutrina como grande avanço dos acordos administrativos, com amplitude considerável e temperamento das prerrogativas estatais. Trata-se de um importante instrumento de estabilização das relações administrativas, uma vez que sempre se apresentaram problemáticas situações em que a legalidade necessita ser ponderada com a segurança jurídica, o que acabava por desembocar em intermináveis discussões judiciais.

O art. 26 foi enxertado na LINDB para permitir a celebração de compromisso com os interessados, visando à eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito público, inclusive no caso de expedição de licença, desde que observada a legislação aplicável e presentes razões de interesse geral. A previsão se coaduna e harmoniza com o avanço experimentado pelos acordos administrativos para a conformação de condutas e substituição de sanções, em relações entabuladas pelo particular com a Administração Pública.

¹¹⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *op. cit.* p. 53.

O legislador não estabeleceu uma forma a ser seguida por tais acordos, assim como não estabeleceu uma temática específica, apenas que poderão instrumentalizar avença relacionada à eliminação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa do Direito público. Não houve, sequer, menção sobre o tipo de direito que pode ser objeto de acordo administrativo, se disponível ou indisponível. Outrossim, não houve exigência de aprovação de lei específica, de efeitos concretos, regulando o compromisso celebrado ou autorizando sua celebração, apenas se exigindo que haja publicação oficial, a partir de quando produzirá efeitos. O órgão jurídico deverá se manifestar sobre a conformidade jurídica do ajuste, podendo ser recomendada consulta pública, o que se justifica se o objeto do acordo envolver direitos metaindividuais.

Sobre o conteúdo do acordo, o texto legal determina a aplicação da legislação de regência do objeto compromissado, não podendo implicar desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral, o que demonstra a excepcionalidade do acordo e a conformação episódica da solução contratada. Além disso, deverá o gestor buscar solução proporcional, equânime e compatível com os interesses gerais, que são conceitos gerais indeterminados e cuja observância será sindicável através da motivação lançada pelo agente responsável pelas tratativas.

A Administração Pública permanece com suas prerrogativas, mas o gestor passa a considerar que a celebração consensual de compromisso é o meio que melhor atinge o interesse público no caso concreto apreciado, especialmente em situações nebulosas quanto ao direito discutido ou, mesmo, quando o próprio Estado contribuiu para a consolidação da situação contida.

Todas as discussões trazidas no presente capítulo, sobre a inovação na Administração Pública, avanço da consensualidade e o estabelecimento de salvaguardas ao gestor, não passaram despercebidas pelo Legislador, quando da edição da Lei 14.133/21. Desta forma, faz-se necessário analisar, em capítulo próprio, as modernizações propostas pela nova legislação, com a criação de um ambiente propício aos avanços dos diálogos público-privados nas contratações públicas.

3 O ABRANDAMENTO DA DICOTOMIA PÚBLICO VERSUS PRIVADO NA LEI 14.133/21

3.1 O desafio de se (re)construir um relacionamento de confiança e segurança nas contratações públicas

A busca pela inovação na gestão também é uma preocupação no campo das contratações públicas, tendo o administrador de enfrentar os mesmos problemas abordados no capítulo anterior. Outrossim, exsurge o desafio de avançar em inovação em um cenário de desequilíbrio relacional, construído em torno do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cujos problemas práticos foram abordados no capítulo primeiro. Como desenvolver uma relação de confiança e de segurança nas contratações públicas?

A Lei 14.133/21 trouxe elementos de convergência entre os interesses do Poder Público contratante e do contratado, em uma tentativa de se construir um ambiente de maior confiança e integridade entre as partes contratantes. Indício desta tendência foi a ampliação dos prazos de vigência dos contratos administrativos¹¹⁶, o que demandará uma relação mais dialógica e consensual durante sua execução.

Logo, impende sejam criados elementos de estabilização da relação e que consolidem a expectativa legítima de que direitos serão respeitados e contratos satisfatoriamente cumpridos, contribuindo para a criação de um ambiente virtuoso de credibilidade para as contratações públicas e ampliação das parcerias entre Estado e o setor privado, com o potencial de atrair mais interessados capazes de atender às necessidades do Poder Público.

As contratações públicas passam a ser vistas sob um viés instrumental e com enfoque especial no resultado almejado. Não havia previsão normativa que promovesse uma efetiva integração ou alinhamento da contratação com as decisões estratégicas adotadas pelos órgãos de alta gestão, bem como para outros programas de interesse maior da coletividade. Na sistemática da Lei 14.133/21, o legislador buscou esse alinhamento, valendo a transcrição do parágrafo único, do art. 11 da Lei 14.133/21:

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico

¹¹⁶ A temática está disciplinada entre os arts. 104 a 114, tratando-se de disciplina mais detalhada, se comparada à sistemática da Lei 8.666/93.

e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

O dispositivo traça caminho programático para as contratações públicas, lançando bases para a revisitação de algumas concepções que foram se sedimentando de modo equivocado ao longo dos anos, de viés excessivamente patrimonial e em desfavor do contratado. Como bem salientado por Justen Filho¹¹⁷, a invocação de expressões como “bem comum” ou “interesse público” não permite que o Estado possa confiscar a propriedade particular do contratado, concluindo que “[...] a tutela dos direitos fundamentais de um sujeito privado não pode ser neutralizada nem superada mediante a invocação à supremacia do interesse público”.

A Lei 14.133/21 prevê que a licitação deve objetivar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto (art. 11, I). Essa vantajosidade, todavia, não se refere necessariamente ao aspecto pecuniário¹¹⁸, abrangendo uma miríade de outros valores que importam ser implementados por meio da atuação estatal no processo de contratação, como o implemento da inovação e do desenvolvimento regional (art. 11, IV).

Há que se desfazer, assim, a equivocada ideia de que a Administração deverá sempre obter vantagem na contratação, especialmente quando isso signifique sacrifícios aos direitos do contratado. Ao contrário, a nova Lei consolida a tendência de se conferir ao contrato administrativo uma função social¹¹⁹, o que já vinha há muito tempo sendo observado nas contratações privadas.

As perspectivas programáticas, todavia, não seriam eficazes para a construção de um ambiente de confiança e segurança se o legislador não tivesse efetivado direitos para o contratado, cujos principais seguem à seguir analisados.

O texto legal estabelece a necessidade de a Administração explicitamente emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos, ressalvados os requerimentos manifestamente impertinentes, meramente protelatórios e de nenhum interesse para a boa execução do contrato (art. 123, *caput*). Todavia, o legislador não se contentou com

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. *op. cit.* p. 1363.

¹¹⁸ A nosso visto, a vantagem do preço contratado está implícita no art. 11, III, que estabelece como objetivo da licitação “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”. Ora, se se veda os extremos, relativamente ao valor contrato, por certo que a orientação é para que o administrador busque o valor que seja compatível com o praticado pelo mercado, pagando o valor justo, nem mais, nem menos.

¹¹⁹ Alguns exemplos que podem ser colhidos da legislação são o implemento de ações de igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (art. 60, III), sustentabilidade ambiental (art. 144, *caput*), integração ao mercado de trabalho de mulheres vítimas de violência doméstica e de pessoas oriundas do sistema prisional, entre outras medidas.

a explicitação do direito, como também fixou o prazo de um mês para a prolação da decisão, contado a partir da instrução do requerimento e prorrogável motivadamente por igual período, salvo se outro prazo estabelecido em cláusula contratual que estabeleça prazo específico ou disposição legal peculiar (art. 123, parágrafo único).

Busca-se evitar que a mora da Administração na análise do pedido do contratado traga prejuízos à continuidade de execução do contrato. E uma vez estabelecido um prazo para a resposta, eventual omissão administrativa poderá ser combatida por meios próprios, como a impetração de mandado de segurança que obrigue a prolação de uma decisão.

No capítulo VII da Lei 14.133/21, reservado às alterações dos contratos e dos preços, as prerrogativas da Administração foram contrastadas com direitos do contratado, destacando-se os seguintes instrumentos: (a) repartição dos riscos objetivos do contrato em virtude de alteração contratual por acordo entre as partes em caso de eventos extraordinários que inviabilizem a execução do contrato, o mesmo sendo aplicado, para os contratos de obras e serviços de engenharia, em caso de atraso na conclusão de procedimento de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental por circunstâncias alheias ao contratado (art. 124, II, “d” e § 2.º); (b) vedação de que as alterações unilaterais desconfigurem o contrato (art. 126); (c) as alterações unilaterais devem restabelecer, no mesmo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 130); (d) a extinção do contrato não impede o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório (art. 131).

Houve, também, reconhecimento expresso de hipóteses em que nasce para o contratado o direito de extinção do contrato (art. 137, § 2.º), nas quais se destaca a diminuição do prazo de atraso nos pagamentos por parte da Administração, que passou a ser de dois meses (art. 137, § 2.º, IV). Ainda, há previsão de pagamento de parcela incontroversa do contrato, caso exista alguma divergência dentre a Administração e o contratado sobre a execução do objeto, quanto à dimensão, qualidade e quantidade (art. 143).

O legislador possibilitou a solução de tais situações, que ordinariamente eram conduzidas para as vias judiciais, no âmbito administrativo. A positivação de direitos dos contratados e a possibilidade de resolução consensual dá ao administrador maior segurança para resolver potenciais ou eventuais litígios. A propósito desta temática, a Lei 14.133/21 internalizou a possibilidade de resolução de conflitos por meio da adoção de métodos extrajudiciais (art. 151 a 154)¹²⁰, o que representa iniciativa relevante, vez que o contratado

¹²⁰ O Art. 153 da Lei 14.133/21 prevê a possibilidade de os contratos firmados anteriormente à sua vigência serem aditados para prever a adoção de métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias, o que

passa a ter outros mecanismos para a célere e adequada resolução de demandas surgidas ao longo da execução do contrato.

A resolução de conflitos no Brasil ainda é marcada preponderantemente pela judicialização¹²¹. A Resolução n.º 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça é apontada como importante marco da desjudicialização dos conflitos, na medida em que fomentou, no âmbito do Poder Judiciário, política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos métodos consensuais de solução de litígios. A partir de então, a legislação vem sendo alterada, visando à uma maior assertividade de tais métodos, com destaque para sua positivação expressa no Código de Processo Civil de 2015 (art. 3.º).

Cappelletti e Garth denominam por *terceira onda de acesso à justiça* um “[...] conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”¹²². Esta ampliação das possibilidades de solução de conflitos vem sendo chamada de Justiça Multiportas, que, segundo Cunha e Lessa Neto, “[...]permite a criação de um sistema de justiça mais amplo, que conte com a participação de entidades públicas e privadas, que funcionem em uma rede de cooperação”¹²³. Abre-se a possibilidade de customização de resolução das demandas, uma vez que o litígio é tratado em sua singularidade e complexidade, nada impedindo que uma mesma lide transite por mais de uma das portas possíveis.

De fato, o exercício das prerrogativas da Administração é um dos principais focos de problemas judiciais relacionados aos contratos administrativos. Além disso, difundiu-se equivocadamente a ideia de que a resolução de conflitos deve se dar na esfera judicial, em razão do *interesse público* envolvido.

demonstra a urgência e relevância com que o legislador tratou o tema. A doutrina já vinha admitindo esta possibilidade antes mesmo da Lei 14.133/21, conforme se lê do entendimento consolidado no Enunciado 10, da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça: “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.555/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1390>. Acesso em: 27 maio 2022.

¹²¹ O relatório Justiça em Números, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça desde o ano de 2004, traz um panorama sobre a litigiosidade no Brasil. Apesar de o ano de 2020 ter representado uma redução da litigiosidade – comparativamente ao ano de 2019 -, impressionam os números de novas demandas ajuizadas (25,8 milhões) e o número de processos pendentes em dezembro de 2020 (75,4 milhões). (BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Justiça em números**: Sumário executivo. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021).

¹²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 67-68.

¹²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. *In*: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC**: Doutrina selecionada: Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1, p. 259-270.

O ambiente adversarial da jurisdição estatal, quase sempre sem a necessária especialização para lidar com a temática posta, cede espaço para um ambiente de maior assertividade para a solução dos eventuais litígios surgidos a partir da execução do contrato, a partir da adoção de métodos extrajudiciais e desde que se relacionem a direitos patrimoniais disponíveis, tais como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e cálculo de indenizações (art. 151, parágrafo único).

Conquanto os aspectos analisados no presente tópico representem um avanço efetivo, ainda remanesce a preocupação quanto ao exercício das prerrogativas estatais – que não deixaram de existir na nova lei –, por se tratar de importante elemento de desestabilização do contrato, bem como à atuação dos órgãos de controle e o trato das nulidades das contratações, fatores que igualmente podem trazer insegurança jurídica ao ajuste. Tais temas serão analisados nos próximos tópicos.

Por fim, o último tópico do presente capítulo analisará alguns mecanismos específicos que promovem efetivo incremento nos diálogos público-privados na modelagem da contratação e que desafiarão uma dinâmica diferenciada e ainda pouco experimentadas na cultura jurídica pátria, encaminhando o presente estudo para a análise propositiva de critérios de convergência entre os interesses públicos e privados.

3.2 A amenização do regime das cláusulas exorbitantes

Em princípio, a Lei 14.133/21 manteve estrutura de cláusulas exorbitantes bem parecida com a que era estabelecida pela Lei 8.666/93, com o mérito de condensar as hipóteses em um único dispositivo (art. 104).

Apesar da aparência de poucas alterações, Palma realça uma mudança de perspectiva na nova regulamentação:

Há uma dinâmica de normas que informa uma dinâmica de prerrogativas públicas contratuais menos cunhada na autoridade, na comparação com a Lei 8.666/1993. São pelo menos quatro vetores de mudança da NLLC: (I) melhor delimitação do campo de aplicação das prerrogativas públicas; (ii) passagem de dinâmicas do campo da unilateralidade para a consensualidade; (iii) qualificação do ônus de motivar as cláusulas exorbitantes; e (iv) aumento das sujeições que o Poder Público contratante deve observar para exercer prerrogativas públicas.¹²⁴

¹²⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Prerrogativas administrativas: o que muda? **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 42, n° 153, p. 78-85, mar. 2022.

De fato, as prerrogativas expressadas pelas cláusulas exorbitantes são confrontadas com direitos dos contratados e integradas a um ambiente tendente à maior assertividade e confluência de interesses, visando evitar ao máximo seu incremento no curso da execução contratual. Para tanto, exsurge o planejamento da contratação e o dever de motivação do agente público.

No tocante às modificações unilaterais, a *novel* legislação manteve, em seu art. 124, I, as possibilidades de alteração quantitativa (modificação do valor contratual em razão de acréscimo ou supressão) e qualitativa (alteração motivada por necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica de seus objetivos). Todavia, tutelou-se o interesse do particular ao limitar igualmente as alterações qualitativas e quantitativas a um mesmo percentual (art. 125)¹²⁵, resolvendo-se uma celeuma legislativa, com expressa advertência de que as alterações não podem transfigurar o objeto da contratação (art. 126). Se a alteração unilateral implicar em aumento ou diminuição dos encargos do contratado, o texto normativo determina que a Administração restabeleça o equilíbrio econômico-financeiro inicial no mesmo termo aditivo (art. 130).

As alterações unilaterais qualitativas e quantitativas deverão ser devidamente justificadas, especialmente porque existe cobrança maior para que haja planejamento efetivo das contratações. Tornam-se perniciosas tanto a redução quanto o aumento dos valores, porquanto se trata de situações que, se conhecidos no momento da contratação, a proposta poderia significar um preço diferente. Ademais, ainda que efetivamente não se configure a alteração unilateral no caso concreto, os contratantes mais precavidos já apresentam suas propostas com o custo de tal prerrogativa embutido em sua proposta no procedimento licitatório, o que faz com que a Administração acabe pagando mais caro, mesmo sem efetivamente exercer a prerrogativa de alteração unilateral.

Logo, na linha da maior flexibilidade do regime jurídico dos contratos administrativos, essa é uma prerrogativa da qual a Administração poderia prescindir em determinadas situações, especialmente se o planejamento da contratação tiver sido bem alinhavado. Assim, ter-se-ia aproximação mais efetiva entre o valor do contrato e aquele praticado pelo mercado, uma vez que os particulares teriam mais segurança quanto à estabilidade do objeto contratado. Ademais, a Administração não estaria desguarnecida da possibilidade de modificação do contrato para melhor adequação, em situações excepcionais, podendo fazê-lo de modo bilateral.

¹²⁵ Supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite fixado no art. 125 autoriza ao contratado postular a extinção do contrato (art. 137, § 2.º), o que representa mais uma garantia ao contratado.

Nesse ponto, o que mais chama atenção no texto legal é o espaço destinado às alterações bilaterais (art. 124, II), situações nas quais deverá existir um consenso entre a Administração Pública e o contratado. Basicamente, são mencionadas as seguintes situações: a) quando conveniente a substituição da garantia da execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado e vedada a antecipação do pagamento em relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obras ou serviço; d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva do risco estabelecida no contrato.

A Administração deve dialogar com o particular, a fim de buscar a solução mais adequada para a modificação que se apresenta. Portanto, trata-se de situação de maior paridade no contrato, vez que o particular não está obrigado a aceitar as modificações impostas pela Administração em tais situações, ainda que invoque genericamente o “interesse público”, uma vez que este foi considerado pelo legislador, que optou pela solução consensual.

No dispositivo referente à extinção do contrato (art. 138), houve maior detalhamento quanto às consequências do fim do contrato. Permanece existindo a possibilidade de rescisão unilateral da Administração, mas o dispositivo previu expressamente que tal prerrogativa não pode decorrer da própria conduta administrativa (art. 138, I). Apesar de não ter havido enumeração das situações que ensejam a rescisão unilateral, como fizera a Lei 8.666/93, acredita-se que se refiram às hipóteses previstas no art. 137 da Lei 14.133/21, o que se dará após motivação formalizada nos autos do processo, assegurado o contraditório e ampla defesa.

Mesmo a rescisão unilateral se descortinando com uma prerrogativa da Administração, se comunga do entendimento de Justen Filho¹²⁶, que defende a aplicação da LINDB em tais situações, no sentido de ser indispensável avaliar os efeitos concretos que a rescisão acarretará, vez que poderá representar efeitos práticos mais nocivos do que efetivamente aqueles apontados para a rescisão.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. *op. cit.* p. 1.494.

O legislador previu uma série de medidas de gestão de danos gerados pela rescisão unilateral, estabelecidas no art. 139 da Lei. Das hipóteses previstas, destacam-se as inovações trazidas na cobertura securitária, abrangentes para as situações de ressarcimento por prejuízos decorrentes de não execução, pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível, pagamento de multas devidas à Administração Pública e, por fim, a própria assunção da execução e conclusão do objeto contratado pela seguradora quando cabível. O legislador se socorreu de terceiro estranho ao vínculo para minorar os prejuízos gerados pelo inadimplemento da contratada, custo que certamente encarecerá os valores contratados, mas que podem gerar frutos razoáveis em uma situação de crise, especialmente diante da experiência prática da paralisia gerada em momentos de rescisão contratual, extremamente prejudiciais ao interesse público.

Da mesma forma que se deu na alteração unilateral, foi positivada a possibilidade de extinção do contrato por acordo consensual entre as partes, bem como por conciliação, mediação ou por comitê de resolução de conflitos, desde que haja interesse da Administração. Mais um exemplo de aproximação entre a Administração e o particular para a solução de demanda contratual, inclusive se admitindo que haja o reconhecimento de que ambas as partes contribuíram para o inadimplemento contratual. Não existindo acordo entre as partes, a questão pode ser decidida por meio de arbitragem ou decisão judicial.

No que se refere à fiscalização da execução do contrato administrativo, não se vislumbra a possibilidade de a Administração Pública prescindir desta prerrogativa. Todavia, corrobora-se com o entendimento de Palma, que traz um novo olhar sobre o procedimento de fiscalização:

Assim, o contrato pode definir como se dará a fiscalização do correspondente contrato, considerando seu objeto e contexto. Pode, por exemplo, prever o cronograma de fiscalização; fixar a metodologia de fiscalização, inclusive adotando metodologias prefixadas pelo Poder Público em manuais; criar “alertas”, em que o agente fiscalizador confere prazo para saneamento da irregularidade; estabelecer o modo de interação entre as partes e o *dispute board* etc.¹²⁷

A fiscalização não se restringe a mera conferência do desenvolvimento regular do contrato. É neste momento que se pode vislumbrar a efetiva inserção de preceitos da teoria geral dos contratos, como o da boa-fé objetiva e a busca pelo adimplemento substancial.

Ademais, os deveres anexos da boa-fé aplicados à fase de fiscalização contratual, tendem a afastar práticas contratuais maliciosas, incidindo teorias contratuais já consagradas no Direito privado na chamada teoria dos atos próprios, o que inclui a vedação do *venire contra*

¹²⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *op. cit.* p. 85.

*factum proprium*¹²⁸, *tu quoque*¹²⁹ e *duty to mitigate the loss*¹³⁰. A atividade de fiscalização deve ser funcionalizada ao objetivo maior, que é o cumprimento do objeto contratado.

Relativamente à possibilidade de aplicar sanções ao contratado, a prerrogativa se dá nas hipóteses de inexecução parcial ou integral do contrato, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa ao contratado.

O que mais importa destacar sobre as sanções previstas é a maior clareza em sua aplicação, se comparada à Lei 8.666/93. Existe, outrossim, uma orientação geral sobre os critérios a serem utilizados na aplicação das sanções (art. 156, § 1.º), com destaque para a verificação quanto a implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (inciso V), o que sintoniza a Lei 14.133/21 com a Lei 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção, com a regulamentação específica do programa de integridade trazida pelos arts. 41 e 42 da do Decreto 8.420/15.

A implementação do programa de integridade foi colocada como condição para a reabilitação da contratada penalizada, nas condições estabelecidas pelo art. 163, parágrafo único. Trata-se de importante função social do contrato administrativo, na medida em que revela para a iniciativa privada a necessidade de adoção, no campo das contratações públicas, de programas de conformação (*compliance*), comumente adotados no setor privado.

Acredita-se, todavia, que o sancionamento deve ser a *ultima ratio* dentro de um contrato, se devendo prestigiar, sempre que possível, a execução contratual. Para tanto, a LINDB prevê a necessidade de se vislumbrar os efeitos práticos da decisão (art. 20), bem como a possibilidade de sanção de vícios por meio dos acordos administrativos (art. 26)¹³¹, temas abordados anteriormente.

3.3 O redimensionamento da função de controle e o consequencialismo jurídico

Conforme analisado no capítulo anterior, a função de controle vem sendo repensada desde a edição da Lei 13.655/18, movimento que reverberou na Lei 14.133/21. Trata-se de iniciativa inovadora a dedicação de espaço específico para a disciplina de atuação dos órgãos de controle, o que foi feito entre os artigos 169 a 173.

¹²⁸ As partes contratuais não podem se contradizer na relação contratual, de modo que um comportamento que vem sendo aceito não pode ser subitamente alterado, causando surpresa à outra parte.

¹²⁹ Aquele que descumpra uma norma jurídica ou viola um dever contratual não pode invocá-lo em seu próprio proveito.

¹³⁰ O credor tem o dever de evitar o agravamento do próprio prejuízo.

¹³¹ No mesmo sentido: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *op. cit.* p. 85.

A ótica burocratizante da Lei 8.666/93 exacerbou a atuação dos órgãos de controle. Porém, o modelo gerencial traz enfoque maior nos resultados gerados pela contratação, o que implica em tolerância maior dos órgãos de controle à discricionariedade do agente público.

Destarte, cumpre observar que houve uma espécie *deslegalização* de alguns temas na Lei 14.133/21, o que confere ao poder regulamentar a possibilidade de estabelecer os comandos concretos de aplicação da nova lei e mais flexibilidade para a adaptação da legislação às novas demandas da Administração. Logo, haverá uma maior discricionariedade para o gestor na regulamentação de variados temas, nova realidade à qual a função de controle deverá se adaptar, conforme as novas diretrizes estabelecidas pelo legislador.

O *caput* do art. 169 determina que as contratações sejam submetidas, contínua e permanentemente, a práticas de gestão de riscos, o que permite a conclusão de que eventualmente se deve tolerar perdas durante a execução do contrato. Noutro giro, o mesmo dispositivo determina que o controle seja preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, o que permite a conformidade prévia das condutas.

A responsabilidade pela gestão de riscos e de controle preventivo foi imputada à alta administração do órgão ou entidade, devendo levar em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações.

Isso obriga os gestores de cúpula a promoverem uma integração ampla, a fim de que todos os setores tenham ciência dos limites de sua atuação, bem como desafia a implementação de políticas efetivas para que exista uma efetiva governança corporativa nos mais variados níveis de atuação.

Além de se garantir a atuação do controle social, o aludido dispositivo admitiu as chamadas linhas de defesa, assim disciplinadas:

- 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.

O legislador tratou de estabelecer parâmetros para a atuação das linhas de defesa. Em se tratando de mera impropriedade formal, autorizou-se seu saneamento e orientou na adoção de medidas para o aperfeiçoamento do procedimento (art. 169, § 3.º, I).

Por outro lado, se detectando irregularidade que cause dano ao erário, há a determinação para que se apure eventuais infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, com remessa de cópias dos documentos cabíveis ao Ministério Público para apuração dos ilícitos de sua competência (art. 169, § 3.º, II). Duas considerações se apresentam pertinentes.

Em primeiro lugar, há a determinação de segregação de funções e individualização das condutas, o que realça a necessidade de se particularizar o dano e identificar os responsáveis. Não mais se admite a apresentação de ações judiciais genéricas, nas quais se imputava o dano a uma coletividade de agentes públicos que atuaram durante o procedimento.

Em segundo lugar, a ocorrência de dano, por si só, deixa de ser um fator imputação de responsabilidade aos agentes envolvidos. Conforme mencionado anteriormente, o legislador autorizou a gestão dos riscos envolvidos na contratação (art. 169, *caput*), além de ter estabelecido critérios bem definidos para a atuação dos órgãos de controle no art. 170, destacando-se a oportunidade, materialidade, relevância e risco, bem como levar em consideração as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação¹³². Mais uma vez se ressalta o caráter instrumental do processo de contratação e se admite que existem riscos que são inerentes à contratação.

No tocante à fiscalização, foram fixados alguns parâmetros no art. 171, todos indicando a necessidade de maior clareza e objetividade na atuação do órgão de controle, destacando-se um maior rigor para o acionamento das situações de suspensão cautelar do processo licitatório, quando determinada por tribunais de contas. Estes, por seu turno, são instados a colaborar de modo propositivo na promoção de eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para atuar com licitações públicas (art. 173), em uma faceta preventiva e pedagógica da função de controle.

De modo geral, o balizamento legal trouxe certa otimização para a função de controle, o que traz mais previsibilidade para o contratado e agentes públicos envolvidos no processo de contratação.

A par de toda esta sistemática, deve-se ter em mira outras diretrizes estabelecidas pelo legislador, que acabam por trazer alguma segurança de atuação ao gestor. O consequencialismo jurídico ganhou relevância na Lei 14.133/21, especialmente em seus artigos 147 e 148,

¹³² Acredita-se que as hipóteses de responsabilização dos agentes públicos serão restritas às situações de perdas patrimoniais derivadas de atos comissivos ou omissivos dolosos, por aplicação analógica do que dispõe o art. 10, § 1.º, II da NLCC e por se tratar de uma tendência que vem sendo aos poucos internalizada pela legislação sancionatória, a exemplo do que dispõe o art. 10, *caput* da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/21.

exigindo-se do Administrador um juízo quanto às consequências de eventuais anulações, bem como a adoção de medidas de solução possíveis.

Chama atenção o grau de detalhamento trazido pelo legislador na aplicação do consequentialismo em matéria de licitações e contratos. Em primeiro lugar, detectada eventual irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, o administrador tem o dever de buscar seu saneamento. Em segundo lugar, não sendo possível o saneamento, o legislador, ainda assim, admitiu a continuidade de execução do contrato, cuja suspensão ou declaração de nulidade somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público. Ademais, eventual decisão nesse sentido deverá levar em consideração os seguintes fatores (art. 147):

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento dos postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Veja-se que o legislador trouxe uma miscelânea de situações, que indicam interesses da Administração, do contratado e de terceiros que de algum modo participam da execução do contrato ou cuja interrupção lhes prejudique. Esta circunstância indica que o legislador se inspirou em uma visão mais aberta de *interesse público*, realçando a função social que as contratações públicas desempenham.

O parágrafo único do art. 147 estabelece textualmente o dever de manutenção de um contrato nulo, se a paralisação ou anulação não se revestir em medida de *interesse público*, restando à Administração, em tais situações, resolver a irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

Por seu turno, o art. 148 determina que a declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do *interesse público* envolvido, reiterando a previsão do art. 147.

Todavia, quando a decretação de nulidade se apresentar como a única via possível, estabelece o mesmo artigo que seus efeitos se operarão retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Mesmo com a decretação da nulidade, o legislador estabeleceu, nos parágrafos do art. 148, preceitos que permitem a gestão das perdas geradas. Em caso de impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, permitiu que a nulidade se resolva em perdas e danos, sem prejuízo da responsabilização de quem a gerou (§ 1.º). Ainda, permitiu que a eficácia seja fixada em momento futuro, se houver prejuízo à atividade administrativa, a fim de que se realize nova contratação, fixando o prazo máximo de seis meses para tanto, prorrogável por uma única vez.

A convergência dos temas discutidos apontam para a superação da legalidade estrita, aproximando-se da ideia de juridicidade, expressamente positivado no art. 2.º, parágrafo único, I. da Lei 9.784/99. A acepção de juridicidade é muito bem explicada por Moreira Neto:

Porém, mais do que simplesmente à lei, a atividade administrativa se vincula ao direito, entendido não apenas com a coleção de normas jurídicas em vigor, mas como a referência ao ordenamento jurídico vigente, integralmente considerado, nele incluindo não apenas as normas legais positivadas, como as normas-princípio, positivadas ou não, e as normas jurídicas produzidas por outras fontes válidas, pressupondo, sobretudo, a existência de um sistema constitucional aberto, que se apresente sempre responsivo às mutações, que se processam incessantemente no meio social, e que garantam a legitimidade da ordem jurídica.¹³³

Não basta que exista a declaração de nulidade de um ato, sem se considerar as consequências práticas desse ato à luz de outros valores previstos no ordenamento jurídico. O legislador fez essa ponderação e optou por substituir a legalidade estrita, que permeava o controle de atuação do agente público durante o procedimento de contratação, por uma visão alinhada à juridicidade, uma das fontes principais do consequencialismo.

3.4 Maior abertura para diálogos público-privados: a construção conjunta do melhor modelo contratual

A Lei 14.133/21 incorporou algumas modificações que já vinham sendo aplicadas à rotina das licitações e contratos administrativos. O legislador percebeu a inadequação e

¹³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. *op. cit.* p. 129. Complementa o autor seu raciocínio: “Pode-se afirmar, assim, que, em última análise, a administração pública se processa fundamentalmente sob império da Constituição - que, por sua vez, retira sua força juspolítica do sistema democrático, que produz e a mantém - e que tem seu papel hegemônico no Direito não apenas por ser a lei das leis, mas em razão da referenciabilidade ampla e da inafastável eficácia de suas normas” (*Ibidem*).

insuficiência de submissão das contratações públicas a um regime jurídico único e, como o passar do tempo, veio flexibilizando o rigor legal para permitir a adoção de técnicas mais modernas de modelagem contratual.

A 8.987/95 é um exemplo significativo dessa tendência. A delegação de serviço público implica em estudos detalhados de viabilidade econômica, de modo a atrair a iniciativa privada. O mesmo se pode dizer da Lei 11.079/04, que estabeleceu um regime ainda mais dinâmico de contratação. Esse diálogo maior entre o público e o privado no âmbito da concessão dos serviços públicos permitiu grande avanço nas discussões sobre as concessões públicas, o que fez com que experiências bem-sucedidas fossem incorporadas à Lei 14.133/21.

O avanço mais significativo se deu com a publicação da Lei 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O RDC foi inicialmente proposto para as contratações relacionadas aos eventos esportivos da Copa do Mundo e das Olimpíadas, realizados no Brasil em 2014 e 2016. O escopo da Lei foi, todavia, ampliado ao longo dos anos, passando-se a admitir que o RDC fosse utilizado nas situações mencionadas no art. 1.º da Lei 12.462/11, muitas das quais relacionadas a ações permanentes.

O êxito no emprego do RDC culminou na integração de uma série de iniciativas eficazes à Lei 14.133/21, destacando-se a: a) possibilidade de fixação de remuneração variável nos contratos de engenharia, conforme o desempenho e eficiência do contratado (art. 10); b) possibilidade de orçamento sigiloso (art. 6.º); c) contratação integrada (art. 9.º); d) contemplação de matriz de alocação de riscos (art. 9.º, § 5.º); e) celebração do contrato de eficiência (art. 23).

A sistemática do RDC aumentou a discricionariedade do gestor no processo decisório e de planejamento da contratação, ao tempo em que também abriu espaço para os particulares colaborarem para a construção de alternativas razoáveis para as necessidades da Administração Pública.

Pois bem, essa abertura maior trazida pelo RDC acabou por refletir na Lei 14.133/21, da qual se pode extrair algumas possibilidades de interação entre o agente econômico e o Poder Público, destacando-se para a análise a contratação integrada, a alocação de riscos e o procedimento de manifestação de interesse.

A contratação integrada já vinha prevista no RDC e foi incorporada ao texto da Lei 14.133/21. Segundo o conceito legal (art. 6.º, XXXII), trata-se de:

[...] regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e

realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.¹³⁴

Em tais situações, a Administração elabora anteprojeto que servirá de orientação para a contratada.

Relativamente ao contrato celebrado, conquanto a Administração detalhe um pouco mais sua necessidade, caberá ao particular contratado definir a melhor forma de promover sua execução. Ademais, tende a assumir mais riscos nesta modalidade de contratação, uma vez que o edital – e necessariamente o contrato (art. 22, § 2.º) – contemplará matriz de riscos entre as partes. Logo, uma vez que ficará a cargo do particular a maior parte do planejamento e a execução do contrato, é natural que assuma os maiores riscos e os precifique.

A alocação de riscos inserida destaque na Lei 14.133/21¹³⁵. A chamada matriz de riscos é mencionada em diversos pontos da nova Lei e pode ser implantada no âmbito dos contratos administrativos, permitindo que a Administração Pública reparta com o particular os riscos do empreendimento representado pelo objeto contratado (art. 103, *caput*).

A matriz de riscos, se bem executada, pode significar importante mecanismo de estabilização do contrato, na medida em que implicará na predefinição das obrigações e encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco assumido, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo (art. 103, § 3º).

Por óbvio, o estabelecimento de uma matriz de risco pode implicar em incremento do custo do contrato, na medida em que no valor cotado na licitação poderá constar taxa de risco compatível com o objeto da futura contratação e com os riscos assumidos, segundo metodologia predefinida pelo ente federativo (art. 22, *caput*). Ademais, a alocação realizada pela matriz de riscos deverá considerar a contratação de seguros obrigatórios, integrando o custo da contratação. Por outro lado, deixa mais claras situações relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro e da resolução contratual por onerosidade excessiva.

A matriz de risco permite maior diálogo entre o público e o privado, trazendo flexibilidade ao contrato, na medida em que o Poder Público terá mais liberdade para internalizar práticas de mercado e perspectiva de maior justiça contratual, o que pode atrair mais interessados para as licitações.

¹³⁴ Eis um exemplo de desregulação da contratação, se comprada com a sistemática estabelecida para o RDC (art. 9.º). O regulamento administrativo tende a trazer maior detalhamento sobre o emprego da contratação integrada.

¹³⁵ Nos contratos celebrados pelas empresas estatais – que não são enquadrados na categoria dos contratos administrativos –, a matriz de risco é cláusula obrigatória em todos os contratos, nos termos do que estabelece o art. 69, X da Lei 13.303/16.

Prosseguindo-se no estudo, a Lei 14.133/21 regulamentou mais detidamente os chamados procedimentos auxiliares das licitações e contratações, dentre os quais se destaca o procedimento de manifestação de interesse. Por esse procedimento, a Administração franqueia à iniciativa privada a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam para questões de relevância pública, na forma de regulamento (art. 81).

O procedimento já vinha sendo experimentado no âmbito infralegal (Decreto 8.428/15), porém focado no subsídio para a estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parcerias público-privadas, de arrendamento de bens públicos e de concessão de direito real de uso¹³⁶. Posteriormente, foi integrado ao texto da Lei de Estatais, mas com uma perspectiva mais ampla, visando ao atendimento de necessidades previamente identificadas (art. 31, § 4.º da Lei 13.303/16).

Apesar de o texto legal se preocupar demasiadamente com as salvaguardas para a Administração, trata-se de importante meio de diálogo público-privado na construção de soluções de interesse coletivo. O legislador, inclusive, abre possibilidade de participação exclusiva de *startups*, o que pode significar representativo avanço de um mercado relevante para o desenvolvimento nacional, assim como permitir que a Administração adote de soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto. O tema será retomado no capítulo seguinte, quando se voltará a discutir a possibilidade de utilização do procedimento auxiliar integrado a uma licitação.

Mas a maior possibilidade de diálogos público-privados ficou mais evidente a partir da inclusão da nova modalidade licitatória denominada diálogo competitivo, que permitirá a solução dialógica para contratações mais complexas e que melhor atendam às necessidades da Administração, excetuando o modelo de contratação por adesão, em que o Poder Público propõe aos interessados, de forma discriminada, o objeto contratado.

A importância da nova modalidade de licitação extravasa a função para a qual foi pensada, uma vez que o ineditismo de um contato tão intenso entre o Poder Público e os particulares representa a possibilidade de se extrair do novo modelo uma série de princípios orientadores para o avanço da consensualidade em matéria de contratações públicas, razão pela qual se reservou capítulo para discussão mais aprofundada do instituto e seu histórico de aplicação no Direito europeu, comparando-o com a sistemática de contratos públicos no Brasil.

¹³⁶ O escopo foi posteriormente ampliado pelo Decreto 10.104/19, para melhor adequação do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

4 DESAFIOS E POSSIBILIDADES DE APRIMORAMENTO DA CONSENSUALIDADE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS

4.1 A evolução da tradição dialógica nas contratações europeias

O Parlamento Europeu discutiu, durante longo período, formas de coordenar as normas de contratação dos Estados-Membros, a fim de observar o livre mercado, assim como garantir igualdade de tratamento, não-discriminação, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência em tais processos. De fato, a iminente eliminação das barreiras territoriais implicaria na necessidade de um padrão básico para as contratações públicas, permitindo-se aos agentes econômicos dos países membros atuarem para além das fronteiras de seu país sede.

As primeiras tentativas de consolidação de uma regulamentação contratual uniforme aos países do bloco europeu remete à Diretiva 71/305/CEE do Conselho, de 26 de julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.¹³⁷

Posteriormente, no relatório apresentado pela Comissão das Comunidades Europeias em Bruxelas, no dia 27 de novembro de 1996, avaliou-se a grande concorrência nas contratações públicas e a necessidade de criação de diretivas uniformes que regulassem a participação dos agentes econômicos nos variados países integrantes do bloco, transcrevendo-se o seguinte contexto de debate:

O objetivo da política da União em matéria de contratos públicos consiste em estabelecer neste sector uma concorrência leal e aberta que permita aos fornecedores tirar plenamente partido do mercado único e às entidades adjudicantes escolher livremente entre um leque de ofertas mais competitivas e numerosas. O quadro jurídico comunitário de base necessário à realização desses objetivos encontra-se agora estabelecido: representa um justo equilíbrio entre os imperativos de segurança jurídica e de flexibilidade. A nível da transparência, foram já obtidos resultados muito encorajadores. Em termos de impacto económico, em contrapartida, os dados de que se dispõe são menos positivos e revelam que continuam a existir problemas no que se refere à eficácia da legislação na prática, mesmo se se começam a registrar algumas evoluções positivas.¹³⁸

O relatório externou preocupação com os princípios fundamentais sobre a liberalização dos contratos públicos (igualdade de tratamento, transparência e reconhecimento mútuo), mas também a necessidade de se garantir maior parceria entre os setores público e privado,

¹³⁷ EUROPEAN. **Concil Directive 71/305/CEE**. Brussels, 26 July 1971 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31971L0305&from=EN>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹³⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde: Contratos Públicos na União Europeia:** pistas de reflexão (apresentado pela Comissão). Bruxelas, 1986. p. 3. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN>. Acesso em: 26 jun. 2022.

especialmente em projetos de maior complexidade, de modo que “[...] pode revelar-se necessário proceder, antes da publicação do concurso, a um diálogo técnico entre as entidades adjudicantes e os parceiros privados interessados”.¹³⁹

A partir de então, foram elaborados estudos que desembocaram na edição da Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

Na exposição de motivos, especificamente no considerando de número 31, admitiu-se que em certas situações, designadas por “projectos particularmente complexos”¹⁴⁰, constate-se a impossibilidade objetiva de a autoridade adjudicante especificar os meios aptos a satisfazer as suas necessidades ou de avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou soluções financeiras/jurídicas, de modo que os recursos convencionais não estariam aptos a selecionar a proposta mais vantajosa. Assim sendo, seria necessário prever na diretiva proposta, “[...] um processo flexível que salvaguarde simultaneamente a concorrência entre operadores económicos e a necessidade de as entidades adjudicantes debaterem com cada um dos candidatos todos os aspectos do contrato”.¹⁴¹

Essa maior flexibilidade foi conferida a dois procedimentos disciplinados pela Diretiva 2004/18/CE, quais sejam, o procedimento por negociação, com ou sem publicação de anúncio de concurso, e ao diálogo concorrencial.

Nos procedimentos por negociação, “[...] as entidades adjudicantes consultam os operadores económicos da sua escolha e negociam as condições do contrato com um ou mais de entre eles”¹⁴². Tal procedimento já era previsto na legislação de alguns países europeus e, quando

precedido de publicação de anúncio de concurso, se dava especialmente para encontrar solução para situações em que a autoridade adjudicante possuía conhecimento razoável sobre o

¹³⁹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde: Contratos Públicos na União Europeia:** pistas de reflexão (apresentado pela Comissão). Bruxelas, 1986. p. 36. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹⁴⁰ A Diretiva, em seu artigo 1.º, item 11, alínea “c”, define contrato público “particularmente complexo” como sendo aquele em que a entidade adjudicante não está objetivamente em condições de definir os meios técnicos, em termos de desempenho ou exigências funcionais (detalhados nas alíneas “b”, “c” e “d” do artigo 23), capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objetivos; e/ou não está objetivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projeto (EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2004/18/CE**. Estrasburgo, em 31 de Março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 26 jun. 2022).

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

objeto a ser contratado, mas necessitava de uma distinção qualitativa entre as propostas e para a definição de um critério de julgamento.¹⁴³

Por seu turno, o diálogo concorrencial (*competitive dialogue*) recebeu a seguinte definição:

11. [...]

c. «Diálogo concorrencial» é o procedimento em que qualquer operador económico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos seleccionados serão convidados a apresentar uma proposta.¹⁴⁴

Segundo prescrevia o art. 29 da Diretiva 2004/18/CE, o diálogo concorrencial deveria ser empregado em caso de contratações que evoluíssem contratos “particularmente complexos” e, caso não fosse possível, a seleção por meio de um concurso público ou limitado.

Atualmente, o regulamento geral de contratações públicas europeias está consolidado na Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que manteve a orientação de maior flexibilidade no procedimento:

(42) É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação. A maior utilização desses procedimentos deverá também intensificar o comércio transfronteiras, pois a avaliação demonstrou que os contratos adjudicados através de um procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevada das propostas transfronteiras. Os Estados-Membros deverão poder prever o recurso ao procedimento concorrencial com negociação ou ao diálogo concorrencial nas situações em que um concurso aberto ou limitado sem negociação não seja passível de gerar resultados satisfatórios na ótica da contratação pública. Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados. Sempre que pertinente, as autoridades adjudicantes deverão ser incentivadas a nomear um chefe de projeto para garantir a boa cooperação entre os operadores económicos e a autoridade adjudicante durante o procedimento de adjudicação.¹⁴⁵

¹⁴³ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

¹⁴⁴ EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2004/18/CE**. Estrasburgo, em 31 de Março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹⁴⁵ EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2014/24/EU**. Strasbourg, 26 February 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 26 jun.

Comparativamente ao ato revogado, a Diretiva 2014/24/UE admitiu como procedimentos de maior flexibilidade o diálogo concorrencial¹⁴⁶, o procedimento concorrencial com negociação¹⁴⁷ e manteve o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de recurso.¹⁴⁸

Houve a convergência das situações que autorizam o diálogo concorrencial e o procedimento concorrencial com negociação, de modo que a maior ou menor complexidade da contratação – e a consequente maior ou menor necessidade de flexibilidade do procedimento –, de fato, será decisiva para a escolha de uma ou outra modalidade:

4. Os Estados-Membros devem prever a possibilidade de as autoridades adjudicantes utilizarem um procedimento concorrencial com negociação ou um diálogo concorrencial nas seguintes situações:

a) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços que preencham um ou mais dos seguintes critérios:

i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis,

ii) os produtos ou serviços incluem a conceção ou soluções inovadoras,

iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas,

iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica, na aceção dos pontos 2 a 5 do anexo VII;

b) No que diz respeito às obras, fornecimentos ou serviços, se, em resposta a um concurso aberto ou limitado, só tiverem sido apresentadas propostas irregulares ou inaceitáveis. Nestas situações, as autoridades adjudicantes não são obrigadas a publicar um anúncio se incluírem no procedimento todos os proponentes, e exclusivamente os proponentes, que satisfaçam os critérios referidos nos artigos

2022. Chama atenção o fato de as previsões trazidas pela Lei 14.133/21 se assemelharem muito com a Diretiva revogada, e não com a atual normativa que regula o diálogo concorrencial.

¹⁴⁶ Não houve definição da modalidade no texto normativo, como fez a revogada Diretiva 2004/18/CE, quiçá em razão da internalização desta normativa à legislação dos Estados-Membros, que tem alguma autonomia para promover as adequadas adaptações das diretivas comunitárias à sua respectiva ordem jurídica.

¹⁴⁷ Não será objeto do presente trabalho a análise das chamadas parcerias para inovação, que igualmente admitem negociação entre a autoridade adjudicante e o particular. Diferentemente das contratações instrumentalizadas por diálogo concorrencial e procedimento de concorrência por negociação, que representam uma necessidade imediata de contratação e que pode ser suprida pelo mercado, as parcerias para inovação tem por escopo o desenvolvimento, a longo prazo, de um produto, serviço ou obra inovadores – ou seja, não disponíveis no mercado -, para sua posterior aquisição, desde que possam ser disponibilizados de acordo com níveis de desempenho e custos previamente acordados, sem haver necessidade de um procedimento separado para a aquisição. A propósito, aplicam-se à tais parcerias as normas do procedimento concorrencial com negociação. A Diretiva 2014/24/UE em sua exposição de motivos (item 49), estabelece o seguinte: “Independente de se tratar de projetos de inovação de grande ou de pequena escala, a parceria para inovação deverá ser estruturada de forma a proporcionar a <<procura do mercado>> necessária, incentivando o desenvolvimento de uma solução inovadora sem excluir outros produtos do mercado” (EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2014/24/EU**. Strasbourg, 26 February 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 26 jun. 2022).

¹⁴⁸ Assim como ocorria na Diretiva anterior, as situações previstas neste procedimento se assemelham às hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, razão pela qual a Diretiva expressamente recomendou, no considerando n.º 50, que seja utilizado em circunstâncias muito excepcionais, tendo em vista os efeitos prejudiciais sobre a concorrência (*Ibidem*).

57.º a 64.º e que, no concurso aberto ou limitado anterior, tenham apresentado propostas que correspondam aos requisitos formais do procedimento de contratação.

Nomeadamente, as propostas que não se encontrem em conformidade com o disposto na documentação relativa aos concursos, cuja receção ocorra demasiado tarde, que revelem indícios de conluio ou corrupções, ou cuja qualidade seja considerada pela autoridade adjudicante anormalmente baixa, devem ser consideradas irregulares. Em especial, devem ser consideradas inaceitáveis as propostas apresentadas por proponentes que não possuam as qualificações exigidas e as propostas cujo preço exceda o orçamento da autoridade adjudicante, tal como determinado e documentado antes do lançamento do concurso.¹⁴⁹

O procedimento concorrencial com negociação (art. 29) e o diálogo concorrencial (art. 30) possuem algumas semelhanças e diferenças, a seguir analisadas.

Em ambos os procedimentos, permite-se que qualquer operador econômico apresente pedido de participação, a partir de um anúncio de concurso, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias do envio do anúncio do concurso¹⁵⁰. Um ponto de diferenciação entre os procedimentos é o grau de detalhamento dos atos de convocação.

No procedimento concorrencial com negociação, exige-se uma descrição mais pormenorizada do objeto do concurso, cabendo à autoridade adjudicante descrever suas necessidades e as características exigidas para os fornecimentos, obras ou serviços a adquirir, os critérios de adjudicação do contrato, bem como os requisitos mínimos que os proponentes devem preencher. Ademais, há vedação expressa quanto à negociação envolvendo os requisitos mínimos e os critérios de adjudicação.

Por seu turno, no diálogo concorrencial, a autoridade adjudicante explicita suas necessidades e os seus requisitos no anúncio do concurso, estabelece os critérios de adjudicação e um calendário indicativo. Há grande liberdade conferida à autoridade, inexistindo alterações vetadas durante os diálogos, ressalvando-se, apenas, que o contrato deverá ser adjudicado exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade/preço.

Vê-se que no procedimento concorrencial com negociação, a assimetria de informações é menor, de modo que a autoridade adjudicante tem uma maior consciência quanto ao objeto a ser licitado, o que se reflete na impossibilidade de alteração dos critérios de adjudicação.

¹⁴⁹ EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2014/24/EU**. Strasbourg, 26 February 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹⁵⁰ O procedimento concorrencial com negociação pode ser precedido de anúncio de pré-informação (art. 48 da Diretiva 2014/24/EU), por meio do qual as autoridades adjudicantes podem dar a conhecer os seus concursos programados, que deverá ser publicado no Jornal Oficial da União Europeia, não podendo ser superior a 12 (doze meses), salvo nos casos de serviços sociais e outros serviços específicos. Em tal situação, o prazo para a apresentação do convite de participação será contado da data do envio do convite à confirmação de interesse.

Retomando-se aos pontos em comum do procedimento, na fase que se segue, apenas os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante, após a avaliação das informações prestadas no pedido de participação, prosseguem na disputa, podendo-se limitar o número de candidatos convidados e estabelecer fases sucessivas na medida em que os diálogos se sucedem, reduzindo-se as propostas ou soluções. Em ambas as modalidades, a Diretiva 2014/24/UE assegura tratamento isonômico entre os participantes, vedando a divulgação de informações que possam conferir vantagens a um proponente relativamente aos outros, assim como veda a divulgação de informações confidenciais comunicadas por um dos participantes aos demais, sem o seu consentimento.¹⁵¹

No caso do procedimento concorrencial com negociação, os operadores devem apresentar proposta, que servirá de base para as negociações subsequentes. Essas prosseguem até que haja uma proposta final, que deve ser feita após prazo conferido pela autoridade adjudicante a partir do momento em que informe aos participantes sua intenção de encerrar as negociações. Quando houver alteração nas especificações técnicas ou em outros documentos do concurso, que não se refiram aos requisitos mínimos, a autoridade adjudicante deve informar por escrito a todos os proponentes, conferindo-lhes prazo para que possam, se for o caso, alterar suas propostas. Uma vez apresentada a proposta final no procedimento concorrencial com negociação, a autoridade adjudicante promove o julgamento com base nos critérios de adjudicação e proclama o vencedor, adjudicando o contrato.

No diálogo concorrencial, as negociações têm por objetivo identificar e definir os meios que melhor possam satisfazer as necessidades da autoridade adjudicante, podendo ser dialogado com os participantes todos os aspectos do concurso. Os diálogos prosseguem até que a autoridade adjudicante tenha condições de identificar a solução ou soluções suscetíveis de satisfazer as suas necessidades. Uma vez encerrado o diálogo e informada tal decisão aos participantes, a autoridade adjudicante solicita a cada um a apresentação das propostas finais com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo, incluindo todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto.

As propostas podem, a pedido da autoridade adjudicante, ser clarificadas, precisas e otimizadas, desde que não alterem elemento fundamental da proposta ou do concurso público, quando tais variações tiverem o condão de distorcer a concorrência ou ter um efeito discriminatório.

¹⁵¹ No diálogo concorrencial, é igualmente vedada a divulgação da solução proposta por um dos participantes aos demais sem seu consentimento.

As propostas são então julgadas com base nos critérios de adjudicação, declarando-se vencedora aquela que melhor se adéqua às necessidades da autoridade adjudicante. Novamente, admite-se a condução de novas negociações com o proponente vencedor, nos seguintes termos:

A pedido da autoridade adjudicante, podem ser conduzidas negociações com o proponente identificado como tendo apresentado a proposta como melhor relação qualidade/preço nos termos do art. 67.o, para confirmar os compromissos financeiros ou outros termos nela constantes, finalizando os termos do contrato, desde que tal não resulte numa alteração material de aspectos essenciais da proposta ou do contrato público, incluindo as necessidades e requisitos definidos no anúncio de concurso ou na memória descritiva, e não sejam suscetíveis de distorcer a concorrência ou dar azo a discriminações.¹⁵²

O diálogo concorrencial confere considerável margem de discussões entre a autoridade contratante e o contratado, permitindo ampla modelagem contratual. Por ser um procedimento que pode se prolongar por algum tempo e relativamente custoso, a fim de incentivar a participação dos particulares, a Diretiva 2014/24/UE possibilita que as autoridades adjudicantes prevejam prêmios ou pagamentos aos participantes do diálogo.

Uma vez feitas as considerações sobre o diálogo concorrencial, importa analisar sua recepção e aplicação nos países europeus, com especial enfoque no Direito francês.

4.2. Os diálogos na prática: um enfoque na experiência francesa

Em estudo intitulado *Competitive dialogue: na economic and legal assessment*, Buccino e outros¹⁵³ analisaram os contratos adjudicados por Estados-Membros da União Europeia entre 2010 e 2017, a fim de discutir a justificativa econômica e jurídica para a utilização do diálogo competitivo em aquisições complexas, a partir de dados extraídos do portal de contratos públicos da *UE Tenders Electronic Daily (TED)*.

Os autores identificaram que, desde sua implementação na União Europeia, no ano de 2004, o diálogo concorrencial não foi empregado da forma esperada, ainda ocupando posição marginal nas contratações públicas da maioria dos Estados-membros do bloco e com a maioria dos casos apurados vindos de poucos destes países.¹⁵⁴

¹⁵² EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2014/24/EU**. Strasbourg, 26 February 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 26 jun. 2022.

¹⁵³ BUCCINO, Giulia *et al.* Competitive dialogue: na economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, Bingley (UK), v. 20, p. 163-185, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JOPP-09-2019-0059/full/html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Os dados analisados apontaram que entre os anos de 2010 e 2012, os contratos originados a partir de diálogos concorrenciais dos países integrantes da União Europeia representaram cerca de 0,39% das licitações. Todavia, a partir de 2013, foi observado um decréscimo no emprego da modalidade – assentando-se em 0,32% para todo o período da pesquisa –, conquanto se tenha observado um aumento no número de procedimentos de concorrência com negociação (de 7% para 9%), o que demonstra certa procura pela flexibilidade dos procedimentos negociados. Nesse cenário, em números absolutos de diálogos concorrenciais realizados, destacaram-se a França (1.763) e a Inglaterra (1.214), de um total de 4.049 contratos identificados.¹⁵⁵

O baixo percentual de adesão à utilização do diálogo concursal na realidade europeia traz à lume a necessidade de se verificar as razões pelas quais a modalidade ainda não é muito difundida no Velho Continente¹⁵⁶. Destarte, o fato de Inglaterra e França responderem por mais da metade dos contratos firmados, aponta para possíveis peculiaridades nas respectivas legislações que acabaram por tornar o diálogo concursal mais assertivo às autoridades públicas, o que, segundo os autores, pode estar relacionado ao melhor delineamento do conceito de contratos “particularmente complexos”¹⁵⁷:

Neste sentido, pode-se antecipar o esforço feito pelo Reino Unido para adaptar e afinar o procedimento, tornando-o mais adequado para a contratação de iniciativas de financiamento privado (PFI)/Projetos de PPPs. Analogamente, a França ampliou o significado de contratos “particularmente complexos”, afirmando que a complexidade técnica surge sempre que a entidade adjudicante não é objetivamente capaz de estabelecer, por si só e antecipadamente, as especificações técnicas do contrato. A Espanha também adotou claramente esta linha, pois fez do diálogo concursal o procedimento automático para determinados tipos de

¹⁵⁵ *Ibidem*. Porém, o valor apurado de diálogos concorrenciais é muito inferior ao número de procedimentos concorrenciais com negociação, para os quais se apurou um total de 92.914 contratos adjudicados. A amostragem total de contratos adjudicados (somando-se todas as modalidades, além das negociadas) totalizou 1.254.724 contratos. Foge ao escopo do presente trabalho a análise pormenorizada dos parâmetros e metodologia adotada na pesquisa citada, de modo que serão utilizados apenas os dados e informações que possam revelar informações que possam ilustrar fatores positivos e negativos de adoção do diálogo concursal e que possam ser transpostos para nossa realidade.

¹⁵⁶ Uma das hipóteses suscitadas pelos autores é o fato de que a maioria dos países europeus se limitou em replicar as normas da Diretiva 2014/24/UE em seus ordenamentos internos, sem delimitar ou especificar seu uso e escopo, bem como fundamentar sua aplicação (BUCCINO, Giulia *et al.* Competitive dialogue: na economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, Bingley (UK), v. 20, p. 163-185, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JOPP-09-2019-0059/full/html>. Acesso em: 25 jun. 2022).

¹⁵⁷ A expressão “particularmente complexo” foi trazida pela Diretiva 2004/18/CE, mas sem um delineamento muito claro sobre a abrangência da expressão, o que fez com que cada Estado-Membro conferisse sua própria interpretação e adaptação à ordem jurídica local. A Diretiva 2014/24/UE, por sua vez, não replicou o conceito, apenas fazendo referência às aquisições complexas, que demandam esforço de adaptação ou concepção, como produtos sofisticados, serviços intelectuais, como consultoria, serviços de arquitetura ou engenharia, ou grandes projetos de tecnologias de informação e de comunicação (TIC). A propósito, conforme já sustentado, houve uma aproximação entre o diálogo concursal e o procedimento concursal por negociação, tendo a Diretiva 2014/24/UE enumerado, no art. 26, item 4, as situações que comportam uma ou outra modalidade.

PPP. A Itália, pelo contrário, aparentemente agiu no sentido oposto, uma vez que, na prática, reduziu o âmbito do procedimento ao excluir da definição de contratos “particularmente complexos” alguns dos setores mais importantes em que as PPPs intervêm, como projetos estratégicos de infraestruturas e plantas produtivas. O conceito de complexidade e a forma como ele é abordado é, portanto, crucial para a exitosa recepção das disposições relativas ao diálogo concorrencial, porque permite diminuir ou ampliar a área de aplicação do procedimento.¹⁵⁸

Os autores apontam como peculiaridade do procedimento do diálogo concorrencial na França a ausência de prazo para a finalização dos diálogos – que duram entre 12 e 24 meses – e duas formas distintas de condução destes, uma que compila as propostas e as consolida em uma única solução, outra que mantém as propostas em separado. Ademais, admite-se grande flexibilidade e discricionariedade para a autoridade adjudicante, fruto de longa tradição na elaboração de PPPs, o mesmo raciocínio se aplicando para o Reino Unido, que tem aumentado a utilização do diálogo concorrencial em projetos de infraestrutura.¹⁵⁹

Em suma, o estudo apontou que os países com maior tradição na contratação de PPPs e que internalizaram de modo mais amplo o conceito de “contrato particularmente complexo” para qualificar o objeto dos diálogos concorrenciais, a partir da Diretiva 2004/18/CE, tiveram mais êxito no emprego da aludida modalidade em diferentes setores. Os países que não seguiram essa tendência, acabam se valendo recorrentemente do procedimento concorrencial por negociação, tendo as disposições da Diretiva 2014/24/UE melhorado ligeiramente a disposição dos países em adotar o diálogo concorrencial.¹⁶⁰

Com base em tais conclusões, o presente trabalho promoveu um recorte específico na situação da França, o que se motivou pelo fato de se tratar do país que obteve maior sucesso no diálogo concorrencial.

¹⁵⁸ BUCCINO, Giulia *et. al. op. cit.* Livre tradução: “*In this sense, it can be anticipated the effort made by the UK to adapt and fine-tune the procedure making it most suitable for the procurement of private finance initiatives (PFI)/ PPPs projects. Analogously, France has expanded the meaning of “particularly complex” contracts by stating that technical complexity arises Every time the contracting authority is not objectively capable of stablishing, alone and in advance, the technical specifications of the contract. Spain also clearly adopted this line, as it made competitive dialogue the automatic procedure for certain types of PPPs. Italy, instead, seemed to act in the opposite sense, as it has in practice narrowed down the scope of the most importante sectors where PPPs intervene such as strategic infraestructures projects and productions plants. The concept of complexity and the way it is adressed is, therefore, crucial for the sucessful reception of the provisions concerning the competitive dialogue because it is able to narrow down or expand the área of application of the procedure*”.

¹⁵⁹ BUCCINO, Giulia *et al.* Competitive dialogue: na economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, Bingley (UK), v. 20, p. 163-185, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JOPP-09-2019-0059/full/html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

Em relevante trabalho sobre o diálogo concorrencial na França, Mars e Olivier¹⁶¹ demonstraram a evolução da legislação da França até a incorporação da nova modalidade licitatória, remontando ao ano de 1833 as primeiras regras sobre compras estatais, de sistemática rígida. Apenas a partir de 1964 é que houve a consolidação da legislação de compras públicas, com a publicação do *Code des Marchés Publics* (CMP – Códigos dos Contratos Públicos), e que vem sendo atualizada, desde 1971, com as Diretivas Europeias relacionadas à uniformização das contratações públicas, uma vez que a França é membro-fundador da União Europeia.

Todavia, mesmo com a necessidade de harmonização entre o ordenamento nacional e as diretivas europeias, a legislação francesa promoveu importantes inovações, com destaque para o novo CMP, produzido no ano de 2001 (Decreto 2001-210, de 7 de março de 2001), responsável especialmente pela simplificação das contratações públicas, assimilando limites mais altos para a utilização de procedimentos formais de aquisição e com especial destaque para a adoção do *appel d'offres sur performances*¹⁶² como procedimento padrão de aquisição.

Todavia, salientam Mars e Olivier que a novel legislação da França foi denunciada à Comissão Europeia, devido a inconformidades com as diretivas, o que levou à publicação de um novo CMP no ano de 2004. Este foi ainda mais ambicioso, na medida em que buscou se aproximar mais das diretivas europeias e conferir mais liberdade para as autoridades contratantes, incorporando-se o diálogo concorrencial enquanto ainda estava sendo discutido a Diretiva 2004/18¹⁶³. Por seu turno, o procedimento *appel d'offres sur performances* foi excluído do CMP.

¹⁶¹ MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. Competitive dialogue in France. In. ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 272-305.

¹⁶² O procedimento estava previsto no art. 36 do CMP e previa que o responsável pelo contrato deveria definir um programa funcional detalhado, na forma de resultados verificáveis de serem alcançados ou necessidades a serem satisfeitas e os meios para alcançar estes objetivos ou atender a essas necessidades fossem propostos por cada candidato em sua oferta. O responsável pelo contrato somente poderia se valer do procedimento caso não fosse capaz de definir os meios para definir suas necessidades ou para avaliar soluções técnicas ou financeiras disponíveis (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Décret no 2001-210, du 7 mars 2001**. Portant code des marches publics. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000409237>. Acesso em: 06 ago. 2022). Apesar de incorporado pelo CMP de 2001, o procedimento em questão foi introduzido pela primeira vez pelo Decreto n.º 93-733, de 27 de março de 1993 e sua adoção decorreu de proposta em um relatório da Comissão de Prevenção da Corrupção (MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. Competitive dialogue in France. In. ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 277), o que é um fato interessante, se considerarmos que a visão mais conservadora das contratações públicas enfoca a rigidez burocrática do procedimento exatamente para se evitar atos de corrupção.

¹⁶³ MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. *op. cit.* p. 274. Mais uma vez a França foi denunciada à Comissão Europeia, o que levou à promulgação de um novo CMP no ano de 2006, que aproximou sobremaneira a legislação nacional das diretivas europeias, o que alterou tendência anterior de apenas adaptar a legislação local às novas prescrições comunitárias (*Ibidem*).

Tanto a previsão do *appel d'offres sur performances* quanto a assimilação do diálogo concorrencial, miraram a contratação de objetos complexos – com especial destaque para os contratos de parceria –, para os quais o adjudicante não teria informações suficientes para descrever suas necessidades. Na França, o diálogo concorrencial começou a ser empregado independentemente do valor do contrato, cujos limites eram fixados na Diretiva 2004. Ademais, foi empregado para outras entidades que não estavam sujeitas ao CMP, mas sujeitas às regras de contratação da União Europeia, assim como para arrendamento de terras públicas, previsto no Código Geral de Propriedade Pública, dentre outras possibilidades.¹⁶⁴

A novidade legislativa, assim, foi recebida de modo efusivo pela legislação francesa, proliferou-se em diversos ramos de contratação pública, permitindo que os agentes se valessem da grande flexibilidade trazida pelo procedimento e a experiência necessária para o aperfeiçoamento. Segundo Mars e Olivier¹⁶⁵, os poucos questionamentos sobre a utilização do diálogo concorrencial que chegaram ao Conselho de Estado referiam-se a decisões de adjudicação, e não a essa maior maleabilidade do procedimento.

Um fato que chama atenção no trabalho de Mars e Olivier, incomum na realidade brasileira, é a emissão de orientações quanto ao emprego do diálogo concorrencial, com destaque para o *Guide de Bonnes Pratiques* (editado pelo governo francês), o *Guide du Dialogue Compétitif* (elaborado pelo *Mouvement des Entreprises de France* – MEDEF), a *Charte du dialogue compétitif* (preparada pela Assembleia dos Departamentos Franceses, Associação de Prefeitos Franceses, Associação de Regiões Francesas, Instituto Francês de PPP e o Gabinete de Apoio à Implementação dos Contratos de Parceria – MAPPP), entre outros¹⁶⁶. Tal circunstância revela um debate amplo sobre a aplicação do diálogo concorrencial, o que demonstra o amadurecimento dos agentes estatais e econômicos nas discussões quanto às melhores práticas para a otimização do uso do procedimento.

Outro ponto interessante é que, conquanto o diálogo concorrencial não tenha um valor mínimo fixado, o CMP irradiou a ideia de um procedimento mais flexível para aquisições de menor valor, com a adoção do procedimento adaptado (*procédure adapté*), pelo qual o comprador define livremente os procedimentos de adjudicação do contrato, observados os princípios da contratação pública e as prescrições do CMP, sendo, inclusive, possível a modelagem do procedimento sob a forma flexível de um diálogo competitivo.¹⁶⁷

¹⁶⁴ MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. Competitive dialogue in France. *op. cit.* p. p. 280.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 281.

¹⁶⁶ *Ibidem*. p. 283.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 285.

O procedimento por negociação também passou a ser admitido a partir do CMP de 2006, com a diferença de que, na sistemática francesa, exige-se licitações na primeira fase, com a negociação sendo realizada apenas entre candidatos selecionados, mas não podendo dizer respeito ao objeto do contrato nem podendo modificar substancialmente as características e condições de execução do contrato, conforme definido nos documentos de consulta¹⁶⁸. Nesse caso, é mais vantajoso se valer do diálogo competitivo, que possui maior flexibilidade no procedimento, o que importou em um declínio na utilização do procedimento por negociação entre os anos de 2006 e 2009, na França.¹⁶⁹

Outro fator de motivação à adoção do diálogo competitivo é o incentivo para a fixação de pagamento das despesas desembolsadas pelos licitantes na formulação dos lances, o que promoveu a participação efetiva dos licitantes e incrementou a qualidade das propostas apresentadas.

Mars e Olivier¹⁷⁰ concluem que a abordagem geral do procedimento é dar às entidades adjudicantes a necessária liberdade de agir, desde que respeitem os princípios gerais da não discriminação, transparência e igualdade de tratamento durante o processo do diálogo. Noutra direção, apontam a possibilidade de customização do procedimento – com pouca abordagem padronizada – como ponto de incentivo à utilização do diálogo concorrencial.

4.3 O diálogo competitivo como nova modalidade licitatória e os desafios para sua implementação

O tópico anterior trouxe linhas gerais sobre os procedimentos licitatórios com negociação previstos na Diretiva 2014/24/EU, cuja espécie diálogo concorrencial inspirou a nova modalidade de licitação criada pela Lei 14.133/21, que é o diálogo competitivo. Segundo a própria definição legal (art. 6.º, XLII), trata-se de

[...] modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

¹⁶⁸ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code des marchés publics**. Paris, 2006. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/sectionlc/LEGITEXT000005627819/LEGISCTA000006145863/2016-01-01/#LEGISCTA000006145863>. Acesso em: 06 ago. 2022.

¹⁶⁹ MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. Competitive dialogue in France. *In*. ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 291.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 304-305.

Não há precedentes no Direito Brasileiro de modalidade licitatória que se assemelhe ao diálogo competitivo. A tradição de contratações públicas no país sempre foi bastante ardua às possibilidades de diálogos público-privados, ainda que se tenha experimentado uma maior flexibilidade nos últimos anos.

O diálogo competitivo representa uma ruptura com um regime jurídico inflexível, que vem sendo adotado nas contratações públicas brasileiras, mediante o reconhecimento, por parte da Administração, de sua inaptidão para a construção da solução adequada a objetos complexos. Admite-se, assim, que o particular tenha melhores condições de contribuir para a definição do objeto a ser contratado, o que inclui a modelagem jurídica, financeira e operacional do ajuste.

Em apertada síntese, o procedimento de diálogo competitivo permitirá à Administração, nos casos que especifica, a solução dialógica para contratações mais complexas. O novo modelo proposto tende a imprimir maior eficiência à futura contratação, uma vez que a delimitação do objeto contará com a atuação decisiva dos próprios operadores econômicos interessados no certame e que, por conseguinte, detêm informações necessárias para entender e adequar as necessidades da Administração.

Por outro lado, houve alguma preocupação em se estabelecer requisitos mínimos para a confiabilidade e transparência nos diálogos, evitando-se que a assimetria informacional possa servir como meio para a proliferação de atos de corrupção e de restrição da concorrência.

Conquanto se possa dizer que o modelo brasileiro adotou boa parte das prescrições da Diretiva 2014/24/UE, cumpre esclarecer que a Lei 14.133/21 trouxe algumas peculiaridades para o diálogo competitivo, que serão analisadas e comparadas a seguir.

O diálogo competitivo encontra-se regulamentado no artigo 32 da Lei 14.133/21. A modalidade também poderá ser empregada para concessões comuns (art. 179) e parcerias público-privadas (art. 180), que têm sido objeto contratual mais recorrente do diálogo concorrencial nos países da União Europeia, para os quais se observa comumente uma complexidade técnica ou econômica relevante para a estruturação do projeto a ser contratado.

As situações trazidas nos incisos I e II do art. 32¹⁷¹ se configuram alternativas¹⁷², assemelhando-se às hipóteses configuradoras do diálogo concorrencial, informadas no art. 26, item 4, alínea “a”, itens i, ii, iii e iv da Diretiva 2014/24/UE.

O inciso III, que foi vetado, previa a possibilidade de emprego do diálogo competitivo em situações nas quais Administração considerasse que os modos de disputa aberto e fechado não permitissem apreciação adequada das variações entre as propostas. O veto presidencial ao inciso III considerou inadequado vincular o diálogo competitivo aos modos de disputa da licitação, tampouco solução de eventuais deficiências como modos de disputa.¹⁷³

No tocante ao procedimento, em uma primeira fase a Administração publicará edital em que especificará suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de vinte e cinco dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. O edital estabelecerá os requisitos objetivos de pré-seleção dos licitantes, admitindo-se participação de todos que se enquadrarem nas exigências do ato convocatório. O procedimento se diferencia, nesse ponto, da Diretiva 2014/24/UE, que autoriza a fixação de um número máximo de candidatos.

Devido à complexidade da contratação, o legislador manteve para o diálogo competitivo a necessidade de formação de uma comissão de contratação, composta de pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros da Administração, permitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão, que assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflitos de interesses.

Feita a seleção dos licitantes aptos, passa-se as fases dos diálogos.

¹⁷¹ 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;

III – (VETADO)

¹⁷² PEREZ, Marcos Augusto. Uma lei que vale pelo que revoga: O diálogo competitivo. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 42, n. 153, p. 48-56, mar. 2022.

¹⁷³ BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 118, de 1º de abril de 2021**. Ao Projeto de Lei nº 4.253, de 2020 (nº 6.814/17 na Câmara dos Deputados): “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

Há uma preocupação do legislador, nesse ponto, quanto a divulgação de informações de modo discriminatório, o que implicaria em benefício a algum licitante. Isso se dá, especialmente, porque os diálogos são mantidos de modo particularizado entre a Administração e os licitantes, não podendo ser divulgadas soluções propostas ou informações sigilosas dos licitantes, salvo se por estes permitido. Destarte, as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo, o que não está previsto na Diretiva 2014/24/EU.

Os diálogos podem ser mantidos pela Administração até que, em decisão fundamentada, identifique-se a solução ou as soluções que atendam às necessidades. Outrossim, admite-se que se estabeleça fases eliminatórias nas discussões, de modo a afunilar as soluções ou as propostas a serem discutidas. Uma vez encerrados os diálogos por ato da Administração, deverão ser juntados aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo. A partir deste ponto, existe uma diferença entre o diálogo competitivo e o diálogo concorrencial.

Segundo o procedimento adotado pela Lei 14.133/21, a Administração deverá publicar novo edital, que inicia a fase competitiva, no qual especificará a solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa, abrindo prazo não inferior a sessenta dias, para que todos os licitantes que participaram dos diálogos possam apresentar suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto.¹⁷⁴

Por seu turno, o diálogo concorrencial europeu prevê a apresentação das propostas finais dos participantes, com base nas quais se julgará e se declarará a proposta vencedora. Procura-se, assim, preservar o máximo possível o sigilo dos diálogos e das soluções apresentadas pelos participantes, o que pode representar um estímulo ao esforço individual elaboração da melhor proposta possível. Pelo procedimento adotado no Brasil, o sigilo é mantido apenas até a divulgação da solução ou soluções que a Administração entendeu ser a mais viável ou viáveis.

Haverá alguma dificuldade em se adaptar o procedimento, nesse ponto, quando se estiver diante de uso de tecnologias protegidas pela propriedade industrial integradas à proposta admitida, ou mesmo em caso de situações que envolvam segredo industrial, o que pode representar um desestímulo durante a fase dos diálogos.

¹⁷⁴ Cumpre esclarecer, neste ponto, que existe uma discrepância entre o procedimento estabelecido e o próprio conceito de diálogo competitivo, trazido pelo art. 6.º, XLII. Este acabou por replicar a sistemática do diálogo concorrencial, prevendo que os licitantes devem apresentar suas propostas finais após o encerramento dos diálogos, desconsiderando a abertura da nova etapa de competição e a possibilidade de reformulação da proposta.

Outrossim, é questionável se os licitantes convidados ao diálogo, diante da possibilidade de divulgação das soluções propostas, se empenharão efetivamente em apresentar a proposta que seja mais adequada à demanda da Administração. Várias suposições podem ser tecidas sobre a decisão do legislador em modificar o procedimento nos termos postos, como a necessidade de se conferir transparência aos critérios técnicos da decisão que justificou a solução adotada, o aumento da competitividade e isonomia entre os participantes e, quiçá, a própria inexperiência brasileira na adoção de expediente com tamanha intensidade de diálogos público-privados.

Um ponto positivo da fase competitiva é o permissivo para que a Administração atue de maneira mais proativa, admitindo-se que solicite esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas.

A proposta vencedora será a que atender os requisitos divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado. A Lei silencia-se quanto ao critério de julgamento, podendo o administrador se valer dos critérios estabelecidos no art. 33. Nesse ponto, o procedimento brasileiro se diferencia do europeu, que estabelece como critério de julgamento a adoção da proposta economicamente mais vantajosa.

Não houve, todavia, qualquer nota a respeito do contrato gerado a partir do diálogo competitivo, lacuna que pode ser prejudicial na modelagem do objeto contratado que, por sua especificidade, possivelmente não se encaixará na perspectiva de um regime jurídico único de contratação. Por sinal, não há menção na lei quanto à necessidade de a minuta do contrato compor o edital de quaisquer das fases de contratação.

A maior liberdade de diálogos adotada no procedimento em estudo tem por consequência uma maior discricionariedade do agente público na definição dos termos do contrato celebrado, que não se adequará ao formato tradicional do contrato por adesão. A propósito, é possível questionar a própria aplicação *tout court* do art. 89, na parte em que estabelece a necessidade de que o contrato se regule por preceitos de Direito público, em vista da natureza *sui generis* do contrato e a complexidade que o modelo de contratação possa adotar.

O Administrador pode optar por alguma das modalidades de contratação oferecidas pela Lei, como contratação integrada ou semi-integrada (em caso de obras e serviços de engenharia), fornecimento e prestação de serviço associado, ou mesmo definir junto aos particulares, na fase de diálogos, aquele formato que melhor se amolde ao escopo da contratação.

Feito o delineamento da nova modalidade e o contrato que dela pode advir, importa analisar os problemas que podem ser enfrentados para sua assimilação na ordem jurídica, que podem ser tanto de ordem instrumental ou procedimental e material.

O legislador acabou por replicar, em sua grande maioria, as normas do diálogo concorrencial, segundo a Diretiva 2014/24/EU. Em princípio, não houve estudo mais detalhado sobre as possibilidades de adequação da nova modalidade à cultura de contratações do Brasil, o que representa o mesmo risco observado na Europa, qual seja, a baixa adesão à sua utilização.

De fato, sustentou-se até o presente ponto que a intensificação dos diálogos público-privados, tem o condão de permitir o avanço da consensualidade nas contratações públicas, permitindo que a maior proximidade entre o Poder Público e os particulares possam resultar na produção de soluções eficientes para as necessidades coletivas, a partir da convergência de interesses e compartilhamento de informações essenciais para o êxito da contratação. Entretanto, a complexidade do procedimento pode representar sério embaraço para o avanço da nova modalidade licitatória, o que se soma ao despreparo dos agentes de contratação e dos próprios interessados nos contratos, já acostumados com a lógica do modelo de contratação por adesão.

A tradição administrativista brasileira ainda está estruturada em redor da relação hierarquizada entre Estado e particular, o que significa significativa resistência para que a consensualidade possa efetivamente avançar no campo do Direito Público. O legislador poderia ter admitido a existência de um procedimento intermediário, como se sucede com o procedimento concorrencial com negociação previsto nas Diretivas 2014/24/UE.

Porém, o principal desafio, que tem sido enfrentado na Europa, é administrar a confidencialidade do procedimento com os princípios da transparência e da não-discriminação. Certamente será um desafio à realidade brasileira.

A Comissão Europeia, em 2005, indicou o diálogo concorrencial especialmente para viabilizar processos de Parcerias Público-Privadas, bem como para contratos complexos, exigindo-se, em ambas as situações, amplas interações entre os múltiplos operadores interessados na contratação, visando à definição do projeto e, ao mesmo tempo, garantindo-se isonomia de tratamento e confidencialidade nos diálogos, em um misto de concorrência leal e cooperação¹⁷⁵. Aparentemente o legislador brasileiro também teve em mira tais propósitos ao

¹⁷⁵ BUCCINO, Giulia *et al.* Competitive dialogue: na economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, Bingley (UK), v. 20, p. 163-185, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JOPP-09-2019-0059/full/html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

incorporar o diálogo competitivo ao ordenamento nacional, quiçá prevendo seu emprego para as situações excepcionais vislumbradas pela Comissão Europeia.

Acredita-se, assim, que o diálogo competitivo tenda a se adaptar como maior facilidade às licitações para a delegação de serviços públicos, especialmente porque a legislação de regência específica possui alguma margem de diálogo entre o Poder Público e os particulares na definição da estrutura do contrato. Tais contratos se caracterizam por uma duração mais longa e por uma relativa complexidade e multiplicidade dos fatores que devem ser gerenciados para que haja uma modelagem contratual eficaz, cenário adequado para o desenvolvimento de diálogos entre a Administração e os particulares.

Todavia, a opção por situações restritas para a utilização do diálogo competitivo pode representar um freio para o avanço da consensualidade no campo das contratações públicas. Justen Filho, quando explica as adaptações que o diálogo competitivo recebeu no Brasil, explica que “[...] as alterações introduzidas refletiram a desconfiança quanto à legitimidade de práticas restritivas de participação de possíveis interessados”, vaticinando, de modo cético, que “[...] o resultado consagrado no direito brasileiro dificilmente obterá sucesso”.¹⁷⁶

Assim sendo, ao presente trabalho interessa buscar na sistemática da nova modalidade de licitação diretrizes que apontem para o aperfeiçoamento dos diálogos público-privados em matéria de licitações e contratos, de modo a permitir o avanço da consensualidade nesse segmento. Tais diretrizes, analisadas no derradeiro tópico do presente trabalho, acabam se interrelacionando em diversos pontos, o que realça a necessidade de sua visão conjuntural.

4.4 Proposta de diretrizes para o avanço da consensualidade nas contratações públicas

4.4.1 Necessidade de planejamento adequado

Quando se defende o incremento da consensualidade em matéria de contratações públicas, o principal efeito é diminuir a assimetria de informações e conferir maior eficiência à contratação, permitindo que o particular colabore durante todo o processo, a partir de sua *expertise* de mercado. Por outro lado, não se pode descuidar da integridade do procedimento, que conclama a observância de isonomia entre os candidatos e a transparência dos diálogos.

Os movimentos de reforma administrativa reforçaram a importância do planejamento no âmbito da Administração Pública, como importante corolário do princípio da eficiência.

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. *op. cit.* p. 457.

As discussões em torno da renovação da sistemática das contratações públicas, sejam elas complexas ou não, partem do pressuposto de que o modelo atual se tem apresentado inadequado e ineficiente. De fato, o planejamento deficitário das contratações públicas, que passa muitas vezes pela precária descrição do objeto contratado, tem conduzido a um ambiente de pouca colaboração, fomentando comportamentos oportunistas, omissão de informações relevantes e frequentes aditamentos que acabam afastando o resultado entregue daquele que foi originalmente pensado e contratado, especialmente no tocante ao preço e qualidade.

A Lei 8.666/93 estabeleceu uma ótica burocrática no que se refere ao planejamento da contratação – também chamado de “fase interna” ou “fase preparatória” da licitação –, conferindo-se pouco espaço para os ajustes necessários ao futuro contrato.

O legislador deu nova roupagem para a fase preparatória do certame – disciplinada a partir do art. 18 da Lei 14.133/21 –, que deve se pautar pelo planejamento, seja da contratação em si, seja no tocante ao seu alinhamento ao planejamento estratégico que cada ente federativo estabelecer. Descortina-se, assim, uma perspectiva gerencial da contratação, com especial enfoque no resultado almejado.

A doutrina especializada vem caminhando para permitir que os diálogos se iniciem já na fase de planejamento, como fica evidente na aprovação do Enunciado 29, aprovado na I Jornada de Direito Administrativo, sob forte influência de Eduardo Jordão e Joel de Menezes Niebhur:

A Administração Pública pode promover comunicações formais com potenciais interessados durante a fase de planejamento das contratações públicas para a obtenção de informações técnicas e comerciais relevantes à definição do objeto e elaboração do projeto básico ou termo de referência, sendo que este diálogo público-privado deve ser registrado no processo administrativo e não impede o particular colaborador de participar em eventual licitação pública, ou mesmo de celebrar o respectivo contrato, tampouco lhe confere a autoria do projeto básico ou termo de referência.¹⁷⁷

O art. 18, *caput*, da Lei 14.133/21 menciona a necessidade de planejamento e integração da licitação ao plano de contratação anual, bem como às leis orçamentárias. A par dessas orientações de cunho interno, o mesmo dispositivo orienta que sejam abordadas todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação.

Há espaço de integração com a iniciativa privada para a formatação do procedimento que ainda está sendo planejado. O administrador é desafiado a promover um diálogo com os

¹⁷⁷ JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. **Enunciado nº 29**. Brasília: CJF, ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1408>. Acesso em: 22 maio 2022.

agentes de mercado, conforme não tenha as informações necessárias para a definição do melhor formato do procedimento licitatório e da contratação. Ademais, a própria Lei 14.133/21 estabelece, em seu art. 18, X, que durante o planejamento da contratação deve ser realizada a “análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”. Um dos propósitos da norma é alinhar a Administração Pública com as práticas de mercado, visando à efetividade da contratação.

Vale mencionar, ainda, a possibilidade de convocação de audiência pública ou consulta pública sobre licitação que se pretenda realizar, na qual se permite a manifestação e encaminhamento de sugestões por parte de todos os interessados (art. 21). Trata-se de importante instrumento dialógico, por meio do qual a Administração poderá discutir aspectos relevantes sobre a futura contratação.

Inclusive, um dos principais fatores que dificultam os diálogos público-privados, que é a confidencialidade, pode ser administrado, na medida em que o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso - que não poderá ser oposto aos órgãos de controle interno e externo -, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Assim, eventual informação confidencial obtida de um agente privado e que tenha sido empregada para a apuração do orçamento, poderá ser mantida em segredo.

É necessário, por outro lado, que haja motivação das decisões administrativas que avancem em diálogos público-privados, apontando-se os fundamentos técnicos que conduziram as decisões do agente público. Em cenário ainda pouco propício à consensualidade, é importante que se tenha elementos objetivos que indiquem a trilha seguida pelo agente público, de modo a não se permitir a deturpação da maior flexibilidade ora defendida.

Observando-se o aspecto prático da discussão, comumente, a Administração se vale de estudos preparatórios prévios para formatar o futuro processo licitatório. Em algumas temáticas de maior complexidade, todavia, é praticamente inviável a atuação solo da Administração, por lhe faltar a necessária *expertise* sobre o tema.

Um bom exemplo se dá com as contratações que exigem a aposição de matriz de riscos, cuja dificuldade na modelagem é assim descrita por Perez:

Quase sempre em que há uma matriz de riscos no contrato, há subjacente a ela arranjos jurídicos e financeiros complexos, que deveriam estar lastreados em diálogos e negociações com os particulares interessados, para que Administração

possibilitasse maior competitividade na licitação e lograsse com isso propostas com melhor relação de custo-benefício.¹⁷⁸

Em tais situações, de maior complexidade, a Administração pode se valer de estudos técnicos preliminares realizados por particulares especializados na temática, que podem, inclusive, participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob a supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade (art. 14, § 2.º da Lei 14.133/21)¹⁷⁹. Tais estudos, de fato, representam importante instrumento de colaboração público-privado no processo de contratação, mas que nem sempre conseguem suprir as necessidades da Administração.

Eventualmente, o planejamento pode indicar que questões técnicas sejam relegadas ao particular após a assinatura do contrato, como a elaboração do projeto básico e executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução (art. 14, § 4.º da Lei 14.133/21).

A intensificação dos diálogos público-privados deve ser previamente planejada e motivada, segundo a necessidade expressamente apontada pelo gestor e diretrizes previamente estabelecidas. O planejamento da licitação deve objetivar a criação de um ambiente propício à consensualidade desde o procedimento até a execução do contrato.

Todavia, há que se reconhecer que as vedações contidas nos incisos I e II do art. 14 representam grande empecilho para diálogos na fase de planejamento, tendo replicado boa parte da sistemática da Lei 8.666/93. Basicamente, os dispositivos vedam que o responsável pela elaboração do anteprojeto ou dos projetos básico e executivo participem da licitação ou da execução do contrato administrativo, o que acaba impedindo que agentes econômicos com grande experiência de mercado não colaborem nessa fase.

A questão é que, na prática, os diálogos ocorrem informalmente durante a fase preparatória, em um ambiente de opacidade indesejável. Ademais, há uma assimetria entre os estudos que embasam a contratação e os agentes de mercado que efetivamente teriam o conhecimento necessário para o ajuste fino do modelo de contratação.

A revogação dos dispositivos poderia ser uma alternativa para que os diálogos ocorram formalmente e de modo transparente nesta fase, adotando-se eventual alternativa proposta por

¹⁷⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *op. cit.* p. 54.

¹⁷⁹ Defende-se a tese de que o estudo preliminar pode, inclusive, justificar a maior flexibilidade do arranjo contratual da futura contratação, tendo em mira os elementos do documento estabelecidos no art. 18, § 1.º, dentre os quais se destacam os requisitos da contratação (inciso III), o levantamento de mercado (inciso V) e o demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis (inciso IX).

agente interessado em futura contratação. Até que isto ocorra, tratando-se de uma vedação legal, a interpretação deve ser restritiva, de modo que eventual interessado na futura contratação que contribua para o planejamento da contratação não pode ser penalizado pela não participação em futura licitação, contanto que os diálogos sejam abertos e registrados e não seja aquele o responsável pela elaboração do anteprojeto ou dos projetos básico e executivo.

Diálogos realizados nessa fase têm grande potencial de otimizar a contratação, especialmente para a compreensão de questões técnicas. Na fase de planejamento o particular pode se inteirar da necessidade da contratação e contribuir para a futura modelagem contratual.

A experiência de caso concreto contribui para se apurar os caminhos para o diálogo eficiente. Nesse aspecto, um importante estudo realizado por Hoezen e outros¹⁸⁰ apresentou aspectos relevantes para a condução eficiente do procedimento de diálogo competitivo, o estudo envolveu o complexo projeto do segundo túnel Coen, em Amsterdã, cujo escopo do contrato firmado previa a construção do túnel, realização de obras no entorno e operação de manutenção das instalações por quarenta anos.

Os autores abordam as dificuldades de conciliação entre os princípios da transparência e não-discriminação com o princípio da confidencialidade – temas que serão abordados mais à frente, porquanto conexos à presente discussão – e a qualidade das perguntas e respostas formuladas durante os diálogos, que foram separadas nas categorias *perguntas gerais*, cujas respostas eram visíveis a todos os candidatos, e *perguntas e sugestões exclusivas para alterações*, com respostas acessíveis apenas ao candidato envolvido.¹⁸¹

Um quantitativo razoável das perguntas (14%) dizia respeito a aspectos técnicos do projeto, o que levou os autores do estudo à conclusão de que as informações inicialmente prestadas pela entidade adjudicante se demonstraram insuficientes. Outro grande quantitativo de perguntas (78%) se destinou a buscar esclarecimentos sem pertinência com o conteúdo da contratação, o que fez com que os autores sugerissem a utilização de contratos e documentos de licitação padronizados nas futuras contratações, nos quais contivessem mais e melhores informações.¹⁸²

Pelo lado da autoridade adjudicante, existia a expectativa de que os diálogos se concentrariam na eficiência do processo de manutenção das vias de acesso e outras questões

¹⁸⁰ HOEZEN, Mieke *et al.* Towards better customized servisse-led contracts through the competitive dialogue procedure. **Construction Management and Economics**, London (UK), n. 28, p. 1177-1186, nov. 2010. Vale esclarecer que esta foi a primeira tentativa de emprego do diálogo competitivo na Holanda, o que revela a importância do estudo para elucidar o raciocínio trazido no presente trabalho.

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² HOEZEN, Mieke *et al.* Towards better customized servisse-led contracts through the competitive dialogue procedure. **Construction Management and Economics**, London (UK), n. 28, p. 1177-1186, nov. 2010.

relacionadas ao túnel, o que fez com que diversas questões não fossem respondidas adequadamente, na visão dos licitantes.¹⁸³

Através de questionários aplicados a ambas as partes, os autores concluíram que a falta de familiaridade com o procedimento contribuiu com esse cenário de comunicação dificultosa, assim como uma dificuldade de gestão de risco de ambas as partes – os licitantes preocupados com o vazamento de informações confidenciais e a autoridade adjudicante focada em observar a não-discriminação.¹⁸⁴

O sucesso maior dos diálogos se deu quando os interessados tiveram conversas técnicas mais abertas com os especialistas indicados pelo governo para acompanhar o procedimento, que não estavam tão preocupados com o princípio da não-discriminação e se as informações efetivamente poderiam ser prestadas. Tais conversas tiveram resultado mais efetivo que os diálogos formais travados no curso do procedimento. Destarte, no tocante a soluções alternativas, segundo a percepção dos licitantes, a autoridade adjudicante estava mais preparada para responder questões de índole financeira e jurídica, do que as técnicas.¹⁸⁵

Em apertada síntese, no que se refere ao tema ora discutido, os autores concluíram que os diálogos poderiam ter sido mais bem sucedidos se presentes os seguintes fatores: i) fornecimento de informações gerais qualitativas no início do diálogo; ii) confiança no procedimento adotado; iii) compreensão sobre o objeto da aquisição e documentos contratuais; iv) pensar com antecedência sobre as ações internas necessárias para responder a soluções alternativas que surgirem durante o procedimento.

Merece destaque, ainda, a conclusão de que os diálogos possuem maior utilidade durante a fase de planejamento¹⁸⁶. De fato, a sistematização dos diálogos já na fase de planejamento – podendo se estender durante todo o procedimento e contratação -, é um fator de previsibilidade e que pode trazer grande eficiência para a contratação.

Por fim, é necessário que haja clareza suficiente quanto aos propósitos da contratação, evitando-se que questões periféricas ou sem relevância assumam o protagonismo. Para tanto, é importante que haja profissionais com qualificação técnica para analisar os questionamentos feitos pelos particulares, buscando-se prever e eliminar, durante os diálogos, problemas que possam surgir durante a licitação ou execução do contrato.

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ibidem.*

¹⁸⁶ *Ibidem.*

4.4.2 Possibilidade de flexibilização do regime jurídico aplicável à contratação

Tendo sido apontada na fase de planejamento a necessidade de maior aproximação com o setor privado, importa analisar as possibilidades de flexibilização do regime jurídico das contratações públicas, seja sob o aspecto formal ou substancial.

Por detrás dessa temática, está a necessidade de se alcançar maior eficiência nas contratações, especialmente diante de objetos com elevado grau de complexidade e para os quais se demanda uma *customização* para a arquitetura jurídica do ajuste. No que concerne ao aspecto procedimental ou formal, importa analisar as possibilidades de arranjos que permitam os diálogos público-privados para outras modalidades licitatórias, que não o diálogo competitivo.

Não se desconsidera a previsão do art. 28, § 2.º, da Lei 14.133/21, que veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação entre as que estão positivadas. De fato, há uma certa especialização buscada pelo legislador, que atrela o procedimento a determinada demanda de contratação. Todavia, a previsão legal deve ser interpretada *cum grano salis*. Nada impede a analogia para emprego de disposições de uma modalidade licitatória em outra, diante da identificação de uma lacuna no texto legal e desde que não exista conflito na aplicação.¹⁸⁷

Ademais, as modalidades pregão e concorrência seguirão o mesmo procedimento, previsto no art. 17 da Lei 14.133/21, adotando-se a primeira modalidade para contratações mais simples, em que se constatar que o objeto possui padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, reservando-se a segunda modalidade para situações de maior complexidade (art. 29).

Descortina-se a possibilidade de utilização dos procedimentos auxiliares, concomitantemente com as modalidades licitatórias (art. 29, § 1.º). E, de todos os procedimentos previstos na Lei 14.133/21, o que melhor se adéqua aos diálogos público-privados é o procedimento de manifestação de interesse (PMI), que foi brevemente analisado no capítulo anterior.

O PMI poderá ser conjugado, como etapa antecedente, a uma concorrência pública, assim como ao próprio procedimento de diálogo competitivo¹⁸⁸. Por meio do PMI, publica-se

¹⁸⁷ O art. 5.º da Lei 14.133/21 determina a observância da LINDB, que elenca os meios de sanar a omissão legal em seu art. 4.º, prevendo a analogia como meio de solução para a omissão legal. É de se observar, inclusive, que as modalidades de concurso, leilão e diálogo competitivo tiveram regulamentação parcimoniosa, o que eventualmente implicará na utilização da analogia para a resolução de lacunas, além de realçar o poder regulamentar.

¹⁸⁸ Vislumbramos esta possibilidade para os projetos de alta complexidade, quando o PMI se apresentar útil para a definição das necessidades e exigências da Administração. Seria uma espécie de ponto de partida para os

um edital com chamamento público, propondo à iniciativa privada a elaboração de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

O procedimento atualmente está regulamentado pelo Decreto 8.428, de 02 de abril de 2015, e tem por finalidade subsidiar a Administração Pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias. Todavia, o Decreto necessitará ser atualizado com o texto da Lei 14.133/21, o que pode implicar na ampliação do escopo do PMI, a fim de se explorar todo seu potencial.

É possível que se integre ao PMI a mesma sistemática dos diálogos que são empregados no procedimento concorrencial com negociação – sem equivalência no Direito brasileiro – ou mesmo no diálogo competitivo, com as especificações técnicas mínimas que indiquem as necessidades de contratação, a previsão de critérios objetivos para admissão dos interessados, apresentação de proposta e diálogos subsequentes com o administrador público, permitindo-se a alteração das propostas sempre que houve alteração das especificações técnicas. Ao fim, o gestor indica a proposta vencedora, mas, diferentemente do que ocorre no Direito europeu, após o resultado do PMI, o Poder Público iniciaria o procedimento de concorrência¹⁸⁹, aberto até mesmo a quem não participou da fase anterior.¹⁹⁰

O expediente acima proposto atenderia as situações em que o Poder Público não possui as informações necessárias para formatar adequadamente o modelo de contratação e em situações que não se enquadram no uso do diálogo competitivo.

Quando se trata de analisar a flexibilidade sob o ponto de vista substancial, o enfoque passa a ser a própria modelagem contratual.

Não há como se ignorar a existência de um regramento para as contratações públicas. Mas o que se pretendeu demonstrar nos capítulos anteriores é que esse regime jurídico não se sustenta tanto em razão de prerrogativas estatais, tampouco na necessidade de aplicação de um controle burocratizante de atuação do agente, mas sim a partir de um enfoque no Estado como agente de tutela de múltiplos interesse públicos e privados e o conseqüente resultado almejado pela contratação.

debates vindouros no diálogo competitivo, abrindo-se nova possibilidade para os interessados contribuírem para o aperfeiçoamento da proposta e outros caminhos possíveis.

¹⁸⁹ Cumpre ressaltar que o texto legal é claro no sentido de que o PMI não obrigará o poder público a realizar licitação.

¹⁹⁰ Reconhece-se que pode representar um desestímulo ao participante a não atribuição de qualquer privilégio na próxima fase. Por outro lado, há duas vantagens, se comparado ao modelo tradicional de contratação. A primeira se refere à possibilidade de fixação de remuneração pelo trabalho feito, a ser pago pelo vencedor da licitação. A segunda concerne à possibilidade de participar da licitação, o que não seria possível se tivesse sido contratado para a elaboração dos estudos técnicos preliminares.

Observada a arquitetura básica do contrato administrativo, a modelagem do regime jurídico aplicável deve se coadunar com o objeto a ser contratado, o que permite que a contratação se torne mais eficiente e eficaz. Este entendimento é adotado por Justen Filho¹⁹¹:

Muitas vezes, a ânsia de proteger um “interesse público” desconhecido e abstrato traduz-se na previsão de um sem-número de ressalvas, exceções, alterações do regime comum.

O agente público não se apercebe que todas essas imposições unilaterais se refletem no preço que será desembolsado em prol do particular.

Há uma forte tendência a rejeitar a aplicação automática do regime das competências anômalas sempre que a Administração Pública dele não necessitar para promover a satisfação dos direitos fundamentais. Ofende ao princípio da República que os cofres públicos arquem com encargos superiores aos necessários como contrapartida da assunção de competências desnecessárias e inúteis.

Mas a questão central que vinha suscitando discussões na vigência da Lei 8.666/93 – da qual o emprego das cláusulas exorbitantes é uma faceta – e que permanece duvidosa na Lei 14.133/21 – é a necessidade de aplicação automática e impositiva das disposições de Direito público aos contratos administrativos. A previsão do art. 54 da antiga lei¹⁹², com redação muito parecida no 89 da nova Lei¹⁹³, traz a impressão de que, obrigatória e automaticamente, as normas de Direito público devem reger as contratações realizadas pela Administração Pública, entendimento com o qual não se anui.

Cumpra pontuar que a Lei 14.133/21 não repetiu a previsão dos chamados contratos privados da Administração, que tinha seu assento no art. 62, § 3º, da Lei 8.666/93. Isso não significa que tais ajustes estejam vedados à Administração Pública.

Trata-se do que se acredita ser um silêncio eloquente do legislador, por meio do qual permite que, no caso concreto, se faça a ponderação sobre o melhor regime aplicável ao ajuste firmado. Conforme salientado em capítulo anterior, não há mais sentido na dicotomia contrato administrativo e contrato privado da Administração, acertando-se a modelagem jurídica segundo seja necessária uma maior ou menor incidência de normas de Direito público.

Vale esclarecer, nesse ponto, que não se desconsidera a previsão do art. 3.º, inciso II, da Lei 14.133/21, que exclui de sua incidência as “contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria”, o que abrangeria alguns contratos privados celebrados pela Administração

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. *op. cit.* p. 1.207.

¹⁹² Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁹³ Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Pública. Mas não se trata de tarefa fácil discernir tais contratos no caso concreto, especialmente sem entrar em colisão com o considerável número de situações previstas no art. 2.º da mesma Lei e que são contratadas segundo sua regência¹⁹⁴, bem como pelo fato de que a regulamentação legal e exaustiva de determinado contrato é situação excepcional no campo dos negócios jurídicos privados, onde vige o princípio da autonomia privada.

Entende-se que o legislador pretendeu evitar colisão entre as legislações, de modo que as contratações públicas não desnaturassem disciplina jurídica específica estabelecida para um determinado tipo de contrato tipificado pela legislação privada, causando, quiçá, o desinteresse de agentes econômicos na contratação, em vista do custo de transação envolvendo a Administração Pública.

Em tais situações, o que se vê é a necessidade de a Administração não subverter a lógica de construção de relações jurídicas em um determinado mercado – e, eventualmente, promovendo seu desequilíbrio – com o uso de prerrogativas contratuais.

Conquanto não se trate de uma inovação propriamente dita, o *caput*, do art. 89, da Lei 14.133/21, estabelece que os contratos sejam regidos por suas próprias cláusulas. Somente depois o legislador trata da incidência das normas de Direito público e da incidência supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito privado.

Quando se desloca para o contrato a fonte principal das obrigações, presumindo-se que eventuais prerrogativas estatais contratuais foram previamente analisadas, traz-se maior segurança jurídica para a contratação. De fato, em um ambiente de “deslegalização” do regime de contratações públicas, é significativo que o contrato seja o principal instrumento de fixação de obrigações e direitos, porquanto a tentativa de disciplina exaustiva em lei seria tarefa impossível de se concretizar.

De mais a mais, o maior equilíbrio nas posições contratuais trazido pela Lei 14.133/21, tem o condão de influir no comportamento das partes durante a execução do ajuste, buscando uma posição mais dialógica, consensual, e mirando o adimplemento substancial.

¹⁹⁴ E vale observar que uma parte de tais contratos possui alguma regulação em legislação própria, como a compra, a prestação de serviços e a empreitada, que possuem regulamentação no Código Civil. Ademais, mesmo com a previsão legal, vê-se que se trata de situações genéricas de contratação, o que não permite concluir se tratar de contratos administrativos típicos ou nominados. Apenas em situações mais específicas e regrados em legislação própria se pode enxergar uma feição própria dos contratos, como, por exemplo, ocorre nas concessões de serviços públicos para as quais a Lei 8.987/95 traz um regramento bem detalhado do contrato, o que lhe confere especificidade. Todavia, com a devida vênia à doutrina que busca classificar contratos estabelecidos na Lei Geral de Licitações e Contratos, não enxergamos em tais situações especificações que permitam classificar tais contratos como típicos ou nominados, mas sim, contratos presentes no direito privado com derrogação parcial do regime privatístico. Logo, o regime jurídico que rege a relação, em si, é que diferencia na prática tais contratos, inexistindo em seu objeto especificidades que permitam diferenciá-los dos seus similares praticados no direito privado.

Nesse ponto, em corroboração ao raciocínio acima trazido, vale a transcrição das lições de Garcia¹⁹⁵ a respeito do tema:

Mas a negociação e a busca da consensualidade pressupõem a inauguração de uma nova era. Exposto em outros termos: é indispensável uma mudança de mentalidade e de postura de parte a parte. A visão que ainda prevalece no seio da Administração Pública e dos próprios contratados é que, sendo os interesses opostos, devem as partes ser inimigas em todas as situações. A lógica é a do antagonismo, e não a da cooperação, solidariedade e boa-fé. Arbitragem, mediação e cláusulas mais abertas à negociação são instrumentos que podem viabilizar esse novo cenário no seio da contratação pública.

É preciso fixar novas bases nas relações contratuais firmadas entre os entes públicos e os contratados. Pautar os respectivos comportamentos pelo princípio da boa-fé é de fundamental importância para tutela as legítimas expectativas geradas entre as partes, o que contribui para garantir a necessária estabilidade e a segurança jurídica nas relações contratuais travadas.

A incidência de normas de Direito público deve se dar quando necessária ao ajuste, especialmente porque a própria lei, em perspectiva maior, abriu espaço para a integração de diálogos públicos-privados. Obviamente se trata de uma conciliação de interesses, do contrário nenhum agente privado se interessaria em estabelecer diálogos em uma via que só conhece uma mão de direção.

A partir de tal pressuposto, observando-se o caso concreto e as necessidades da contratação, ter-se-á a modelagem mais adequada ao ajuste. Tem-se, assim, maior maleabilidade na construção da solução para a demanda apresentada, não tão preocupada com a classificação dicotômica do regime jurídico que a regerà. Mas não se pode ignorar que uma escolha desse gênero traz alguma complexidade para o cenário de contratação, que se viu consolidado em torno de um regime jurídico único.

Moreira Neto¹⁹⁶ defende, nesse aspecto, a adoção da chamada teoria da dupla motivação que complementaria a escolha discricionária delegada à Administração:

1.º. um momento da motivação, para a adoção ou para o afastamento em tese de cláusula exorbitante em contratos em que a Administração vá buscar prestações no mercado sob a égide do sinalagma, seguindo-se,

2.º. um novo momento de motivação, para a aplicação de uma determinada cláusula exorbitante, inserida em determinado contrato com previsão para atuar em determinadas circunstâncias.

¹⁹⁵ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. *op. cit.* p. 355-356.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 557.

Logo, é imperioso que o agente público de contratação lance no procedimento as necessárias justificativas para a adoção de determinada postura contratual, a fim de que sua conduta seja sindicável e, especialmente, seja averiguado se o mesmo cumpriu os requisitos de integridade e governança pública ou não contrariou determinada orientação interna.

A motivação se faz necessária porque existe um regime jurídico-legal pré-concebido e que pode ser seguido pelo agente público. É possível que a grande maioria das contratações caminhe por essa direção, salvo se algum elemento específico justifique o afastamento de alguma prerrogativa estatal ou garanta mais segurança ao particular contratado, como a necessidade de obter economia de escala ou adaptações na execução do objeto.

4.4.3 Conciliação entre a confidencialidade, não-discriminação e a transparência dos diálogos

Um grande desafio enfrentado atualmente no Direito europeu nos procedimentos licitatórios com negociação é a conciliação entre a confidencialidade, não-discriminação e transparência.

Em um ambiente de consensualidade visando à futura contratação, a informação de qualidade é o principal elemento para que os participantes tenham condições de tomar as decisões e avançar nos diálogos, daí se ter sustentado a necessidade de um planejamento adequado para a contratação. Mas para que os diálogos sejam efetivos e construtivos, é importante que se observe uma dinâmica que respeite minimamente a ética negocial empregada na iniciativa privada. Não se pode enxergar os diálogos público-privados apenas como via de facilidades para a Administração Pública, sob pena de não atingir os objetivos almejados.

Em alguma medida, a Administração deverá prever confidencialidade nos diálogos com particulares, especialmente quando as soluções buscadas em suas contratações envolverem propriedade intelectual ou sigilo industrial, que são protegidos constitucionalmente. Em outras situações, poderá restringir a confidencialidade, desde que tal circunstância seja informada com antecedência aos participantes dos diálogos.

Uma preocupação enfrentada nos países europeus, e que por aqui poderá se replicar, é a ocorrência do chamado *cherry picking*, que é a situação em que a Administração se vale de informações pontuais e confidenciais – geralmente as melhores ideias –, para a construção de da proposta que melhor lhe convém.

Não se pode perder de mira que os agentes econômicos realizam investimentos para ofertar soluções inovadoras postuladas pela Administração, não sendo desejável o compartilhamento de tais informações com os demais agentes participantes. Esta premissa se

aplica ao diálogo competitivo ou a outras situações em que Poder Público e particular buscam soluções consensuais quanto ao melhor formato da contratação.

Caso a Administração, ainda assim, pretenda se valer das informações prestadas pelos particulares durante o diálogo, a fim de construir uma terceira proposta, poderá lançar mão de um PMI e prever, como incentivo, o pagamento de remuneração pela contribuição dos participantes para a construção do objeto contratado, cujo custo poderá ser atribuído ao vencedor da licitação, conforme dispõe o art. 81, § 1.º da Lei 14.133/21.

A fim de se evitar que uma proposta de alteração feita por um candidato seja adrede aproveitada pela Administração e divulgada aos demais candidatos, é necessário que a apresentação de resposta a eventual questionamento que sinalize algum tipo de inovação seja previamente discutido com o interessado, que poderá anuir ou não com sua divulgação.

O importante é que seja estabelecida sistemática de tratamento de dados confidenciais, trazendo a Administração clareza, desde o início dos diálogos, quanto às informações serão resguardadas por sigilo e quais ficarão à disposição de todos os participantes, conferindo-se a segurança jurídica necessária. O gestor poderá modelar o grau de confidencialidade aplicável aos diálogos, conforme haja maior ou menor assimetria das informações, contando, para tanto, com auxílio de profissional técnico especializado.

De toda sorte, ainda que se decida por estabelecer confidencialidade em algum aspecto dos diálogos, deve-se criar mecanismos de não-discriminação entre os participantes. A não-discriminação em um ambiente de consensualidade de contratações refere-se à necessidade de que as informações necessárias à construção da solução dialógica sejam prestadas de modo igualitário aos contratados. Destarte, cumpre que seja registrado efetivamente que a Administração conferiu transparência nas informações prestadas aos particulares, o que poderá ser aferido a partir das respostas dadas aos participantes, bem como às motivações lançadas pelos agentes de contratação em cada fase do procedimento.

Cumpre esclarecer que não fere a isonomia o fato de a Administração promover etapas nos diálogos, com a eliminação daqueles que não atendam requisitos objetivos estabelecidos ou à solução técnica mais consentânea à necessidade da contratação. Todavia, para que isto ocorra, é importante que as informações relevantes sejam apresentadas a todos os participantes. A melhor forma de se aferir se houve ou não discriminação é registrar os diálogos, seja de modo escrito ou em suporte audiovisual, o que é previsto para o diálogo competitivo. Logo, o fornecimento de informações relevantes deve observar alguma formalidade, para eventual checagem, até mesmo para que se dissipem mal-entendidos quanto aos requisitos técnicos.

Retomando-se o trabalho elaborado por Hoezen e outros¹⁹⁷, no diálogo concorrencial iniciado para a contratação do projeto do segundo túnel Coen, todas as questões foram respondidas por escrito. Ademais, a autoridade adjudicante estabeleceu parâmetros para apresentar as respostas solicitadas, encerrando a discussão de forma amigável em situações nas quais o questionamento se referia a uma fase de diálogos ainda não iniciada, tudo devidamente registrado. Noutra giro, as respostas de interesse geral eram encaminhadas aos demais candidatos, de modo a garantir que todos recebessem a mesma informação.

Essa sistemática pode ser adotada nas contratações públicas brasileiras, cuidando-se para que haja sempre a devida motivação em caso de negativa de informações ao candidato, assim como para se evitar que informações confidenciais de um candidato sejam repassadas aos demais.

A transparência, por seu turno, está intrinsecamente ligada à dinâmica da não-discriminação, sendo os mecanismos anteriormente discutidos essenciais para se dar visibilidade ao efetivo teor dos diálogos. A transparência é uma faceta dos diálogos essencial para se realizar a fiscalização da conduta do gestor público, seja pelos próprios interessados no processo de contratação, seja pelos meios de controle previstos na Lei.

Quando se confere maior discricionariedade ao gestor para a implementação de diálogos com os particulares, sua atuação deve passar por uma análise de conformidade, segundo o novo contexto de controle de atos previsto pela Lei 14.133/21.

Para tanto, deve existir efetivo registro dos diálogos, conforme sustentado anteriormente, bem como as decisões tomadas pelo agente devem ser efetivamente motivadas.

A transparência no setor público é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito e ingrediente essencial para se avançar na maior convergência entre interesse públicos e privados, no processo de caminhada para a formatação de uma moderna governança pública.

A atividade correccional, nesse novo cenário das contratações públicas, contribuirá para a criação de um ambiente de integridade, o que lhe confere um aspecto mais amplo e a relevância merecida. Outrossim, haverá a necessidade de maior amadurecimento da função de controle à luz de um regime de contratações mais flexível e que incentiva a consensualidade administrativa, com a proposta de diálogo mais intenso entre o Poder Público e os possíveis interessados na contratação, algo antes impensado na sistemática das contratações públicas brasileiras.

¹⁹⁷ HOEZEN, Mieke *et al.* Towards better customized service-led contracts through the competitive dialogue procedure. **Construction Management and Economics**, London (UK), n. 28, p. 1177-1186, nov. 2010.

CONCLUSÃO

A relação do Poder Público com os administrados construiu-se, ao longo dos anos, sob uma ótica de verticalidade, regida por um regime jurídico que confere prerrogativas ao Estado, ancorado na supremacia do interesse público sobre o privado.

No capítulo primeiro, discutiu-se a influência do regime jurídico administrativo na concepção da teoria dos contratos administrativos, que desembocou, especialmente, na adoção de sistemática que garantia uma posição diferenciada à Administração, consubstanciada em cláusulas exorbitantes de Direito privado. Todavia, foi abordada a dificuldade de se submeter as contratações públicas a um regime jurídico único, hábil a enquadrá-las no campo do Direito Público, propondo-se a possibilidade de modulação do regime jurídico aplicável. Por sinal, a sina de submissão dos contratos administrativos a um regime jurídico único – fulcrado nas prerrogativas estatais – tem conduzido a sérias dificuldades práticas, tais como, o incremento dos custos de transação, ausência de planejamento, ineficiência e abusos da posição contratual.

Tem-se observado uma tendência de amenização de conceitos tradicionais do Direito Administrativo, como a imperatividade, o que também vem ganhando espaço no campo dos contratos administrativos, representando um desafio para a Administração reduzir a assimetria existente, sem se despir de sua função primordial, que é o atendimento do interesse público.

Entretanto a própria ideia de interesse público vem sofrendo sensíveis transformações com o passar do tempo, desde a concepção clássica da época de estruturação do regime jurídico-administrativo, até os dias atuais, nos quais não se pode dissociá-lo da tutela de outros valores relevantes à sociedade democrática.

Assim, no processo de modernização do Direito Administrativo, as prerrogativas estatais vêm sendo repensadas e adequadas a uma realidade de maior diálogo entre o público e o privado, o que nem sempre é possível se se tem um rígido regime jurídico que valorize dicotomias, como a que distingue o Direito público do privado.

Essa temática foi abordada no capítulo dois, que apontou a influência desse novo modo de pensar nos modelos de gestão administrativa. A visão dicotômica de interesse público e privado apresenta-se como um dos fundamentos do estado burocrático, focado excessivamente no controle de atuação do agente por meio de processos rigorosos.

Surge, então, a necessidade de renovação dos modelos de gestão administrativa, visando maior aproximação com as melhores práticas da iniciativa privada, em que se passa a prestigiar o resultado a ser obtido pela atuação do agente. Essa tendência levou a uma série de movimentos

de reforma administrativa nos países ocidentais, que serviram de pano de fundo para o surgimento dos fenômenos da contratualização da gestão administrativa e da consensualidade.

Nessa esteira, o gestor ganha protagonismo através do exercício responsável de sua competência discricionária e de salvaguardas legais para buscar as melhores práticas que levem à inovação da Administração Pública. As contratações públicas vêm acompanhando tal evolução: a partir de um regime jurídico especial forjado da arquitetura dos contratos privados, mas com incidência de normas de prerrogativa estatal, avança-se na busca pelo consenso e uma maior abertura para a convergência de interesses públicos e privados.

De fato, conquanto as contratações públicas guardem suas peculiaridades, muito podem se aproveitar da dinâmica dos negócios jurídicos privados, especialmente no que se refere à sua força criativa, o que torna importante um maior diálogo com os agentes privados na busca de soluções para as necessidades estatais. As múltiplas demandas administrativas surgem de uma sociedade cada vez mais complexa, o que demanda a construção de arranjos contratuais inovadores, o que muitas vezes esbarra em uma visão conservadora e legalista sobre as prerrogativas estatais nas contratações.

Não se nega a necessidade de alguma adaptação nos arranjos dos negócios jurídicos à presença estatal, segundo um regime peculiar de incidência de normas de Direito público, mas se passa a admitir um avanço considerável na internalização de boas práticas da iniciativa privada, especialmente com maior margem de modelagem, segundo a natureza do objeto contratado, conferindo-se mais eficiência aos contratos.

Nesse cenário, o capítulo três se propôs a discutir a nova percepção trazida pela Lei 14.133/21, que tem como grande desafio estabelecer um ambiente de confiabilidade entre as partes contratantes, mediante a inserção de garantias ao contratado e instrumentos incentivadores da consensualidade contratual. Discutiu-se, destarte, fatores importantes para esse desiderato e incorporados ao texto legal, como a amenização do regime das cláusulas exorbitantes, a releitura da função de controle e das nulidades contratuais, assim como foram apresentados alguns instrumentos propícios a maior abertura para os diálogos público-privados, visando à construção de um modelo contratual otimizado a partir do essencial apoio de agentes privados.

O principal indício de uma nova mentalidade nas contratações públicas se pode extrair a partir da inclusão do diálogo competitivo como nova modalidade licitatória e como elemento de destensionamento entre a relação público-privada, ofertando oportunidade ímpar para o avanço da consensualidade nos ajustes contratuais. Mais do que isto, traz consigo um novo paradigma de construção do regime jurídico dos contratos administrativos, a partir da

negociação entre as partes, rompendo com a lógica da Lei 8.666/93, que os considerava como contratos de adesão. Essa temática foi objeto do derradeiro capítulo quatro.

O legislador, olvidando-se da tradição brasileira de contratações fundadas em um regime jurídico único, acabou dando um salto grande para assimilar a modalidade licitatória europeia que mais prestigia a convergência de interesses entre os particulares e o Poder Público, na construção de uma solução dialógica para a demanda administrativa. Criou-se, assim, um hiato entre o regime contratual regrado pela lei e outro que se posiciona em outro extremo.

A importação do modelo europeu poderia ter sido acompanhada de outras possibilidades dialógicas intermediárias, como o procedimento de concorrência por negociação, aplicável a situações em que a Administração possui algum conhecimento do objeto a ser contratado. Não se pode ignorar que o modelo europeu de negociação na seara das contratações públicas vem se consolidando ao longo das últimas décadas, tendo passado por um período de amadurecimento até desembocar no modelo mais flexível do diálogo concorrencial.

A falta de tradição dialógica nas contratações brasileiras pode levar ao desuso da *novel* modalidade licitatória, que ainda é pouco aplicada na Europa. No pior cenário, a regulamentação do diálogo competitivo pode vir inquinado de uma série de vícios que já assolavam a legislação que será revogada, como o excesso de controle burocrático do procedimento e a falta de transparência nas negociações.

Mas há que se mirar para além do texto legal e extrair parâmetros, a fim de se permitir o avanço da consensualidade por meio de diálogos nas contratações públicas, sendo o modelo do diálogo competitivo útil nesse aspecto, especialmente porque se optou por uma maior *deslegalização* de temas na Lei 14.133/21, remetendo diversos assuntos aos regulamentos administrativos. Dessa forma, o presente trabalho propôs diretrizes para o incremento de uma cultura dialógica nas contratações públicas, para permitir a convergência de interesses públicos e privados, nos espaços abertos pela nova legislação.

O planejamento se desponta como primeira diretriz, vez que indica a necessidade de contextualização da contratação à toda a gestão administrativa e ter suas etapas devidamente organizadas, a fim de se preparar, desde o início, um campo propício para a realização de diálogos público-privados. O foco na busca do melhor resultado da contratação muda a perspectiva de atuação do gestor na condução do procedimento, incentivando maior convergência com o contratado para se buscar a eficiência máxima da contratação, o que inclui a necessidade de que os diálogos possuam qualidade e forneçam elementos suficientes para a futura modelagem do procedimento licitatório e do contrato.

Um dos pontos mais sensíveis a essa nova visão se refere à possibilidade de maior flexibilidade conferida à contratação. Sob o aspecto procedimental, propôs-se a releitura da contratação sob uma ótica instrumental, com a possibilidade de alguns arranjos para a que se obtenha o melhor resultado. Sob o aspecto material, exemplificativamente, defendeu-se a possibilidade de a Administração prescindir do regime de exorbitância, transformando-se o contrato no principal centro irradiador de direitos e obrigações das partes.

Realça-se a competência discricionária do gestor, na tomada de decisões técnicas que apontem para a necessidade de existir um diálogo mais intenso com o particular na contratação, sempre apresentando a motivação para adoção de um caminho de maior flexibilidade.

O terceiro e último fator diz respeito à necessidade de compatibilização entre a confidencialidade, não-discriminação e transparência. Na confidencialidade, a Administração respeita a dinâmica de mercado e estabelece, de antemão, o nível de visibilidade dos diálogos e observando as situações em que o sigilo é necessário. Quanto à não-discriminação, exige-se a divulgação das informações de interesse geral a todos os interessados na contratação, permitindo que esses tenham condições de entender efetivamente as necessidades da Administração e participar efetivamente dos diálogos. Por fim, a transparência permite o controle da atuação do gestor, o que passa pelo registro dos diálogos e pela necessária motivação dos atos praticados pelo agente público durante a marcha processual, evitando-se que haja uma opacidade nos diálogos.

A consensualidade nas contratações públicas tem o condão de permitir a adoção de boas práticas de gestão realizadas na iniciativa privada, assim como uma espécie de entrelaçamento e alinhamento entre as políticas de conformidade (*compliance*) praticadas no mercado com a nova perspectiva de controle estabelecida pela Lei 14.133/21.

Mas, para além da fixação de parâmetros para a condução dos diálogos entre o Poder Público e os particulares, importa que haja uma nova concepção das contratações públicas, que permita o avanço da consensualidade.

Não há, assim, como se sustentar uma relação inconciliável entre o público e o privado. Pode existir ambiente propício ao diálogo e à construção de soluções que se apresentem mais adequadas às necessidades coletivas, o que passa por uma correta modelagem que se adéque ao objeto contratado e suas especificidades, e não apenas com o comprometimento com um regime jurídico tido por obrigatório.

A par da construção de bases éticas para intensificação dos diálogos público-privados, tendo por modelo o diálogo competitivo, importa que igualmente exista uma mudança de mentalidade construída em redor das contratações públicas brasileiras, para que as diretrizes

propostas efetivamente ecoem com mais intensidade. Quiçá, poder-se-á conceber o avanço dos diálogos de projetos complexos para contratações mais simples, que foi realidade vivenciada na França.

Os diálogos público-privados podem ser conduzidos dentro de um cenário de governança pública e integridade. Não se trata de tarefa simples, diante de um vasto histórico de corrupção nas contratações públicas, mas que deve ser experimentado. Importa que se supere o medo de inovar e que se admita o cometimento de erros, a partir dos quais e adquirirá a experiência necessária para o aperfeiçoamento de um ambiente dialógico nas contratações públicas.

A Lei 14.133/21 permite um novo olhar para as contratações públicas, que necessita respirar os ares da inovação do Direito Administrativo moderno, sob pena de se tornar uma atualização da lei antiga, o que não é desejável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. *In*: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Teoria do Contrato Administrativo**: Uma abordagem histórico-evolutiva com foco no Direito Brasileiro. 2010. Tese (Livre-Docência em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIANCHI, Alvaro. O conceito de estado em Max Weber. **Lua Nova**, São Paulo, n. 92, p. 79-104, 2014.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Justiça em números**: Sumário executivo. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/justica-em-numeros-sumario-executivo.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de Veto nº 118, de 1º de abril de 2021**. Ao Projeto de Lei nº 4.253, de 2020 (nº 6.814/17 na Câmara dos Deputados): “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.

BUCCINO, Giulia *et al.* Competitive dialogue: na economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, Bingley (UK), v. 20, p. 163-185, n. 2, 2020. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/JOPP-09-2019-0059/full/html>. Acesso em: 25 jun. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, [s.l.], 17 dez. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 02 jun. 2022.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Salvador: JusPodvm, 2008.

CASSESE, Sabino. **Lo stato introvabile**: modernità e arretratezza delle istituzioni italiane. Roma: Donzelli, 1998.

CLARICH, Marcello. **Manuale di Diritto Amministrativo**. 3. ed. Bologna: Pandora Campus, 2017.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Livro Verde: Contratos Públicos na União Europeia**: pistas de reflexão (apresentado pela Comissão). Bruxelas, 1986. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0583&from=EN>. Acesso em: 26 jun. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Mediação e conciliação no Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Novo CPC: Doutrina selecionada: Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.a ed., 1949, v. II. *Apud* TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 53-58, abr./jun. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUGUIT, Léon. El servicio público. In: DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)**. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2004/18/CE**. Estrasburgo, em 31 de Março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 26 jun. 2022

EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2014/24/EU**. Strasbourg, 26 February 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 26 jun. 2022.

EUROPEAN. **Concil Directive 71/305/CEE**. Brussels , 26 July 1971 Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31971L0305&from=EN>. Acesso em 26 de junho de 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA. **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**. Paris, 1790. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704777/>. Acesso em: 23 maio 2022.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo: Parte general**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.

GORE JR., Albert Arnold; Report of the National Performance Review. **From red tape to results: Creating a government that works Better & Costs Less**. Washington, D.C.: Fredonia Books, 1993.

HOEZEN, Mieke *et al.* Towards better customized servisse-led contracts through the competitive dialogue procedure. **Construction Management and Economics**, London (UK), n. 28, p. 1177-1186, nov. 2010.

EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. **Directive 2004/18/CE**. Estrasburgo, em 31 de Março de 2004. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0018&from=PT>. Acesso em: 26 jun. 2022.

JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. **Enunciado nº 10**. Brasília, DF: CJF, ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1390>. Acesso em: 27 maio 2022.

JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. **Enunciado nº 11**. Brasília, DF: CJF, 2000. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1391>. Acesso em: 27 maio 2022.

JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1. **Enunciado nº 29**. Brasília, DF: CJF, ago. 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1408>. Acesso em: 22 maio 2022.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1. **Enunciado nº 23**. Brasília, DF: CJF, set. 2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em: 27 maio 2022.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1. **Enunciado nº 26**. Brasília, DF: CJF, set. 2023. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. Nova Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Giuffrè, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez/2009.

MARS, Sylvia de; OLIVIER, Frédérique. Competitive dialogue in France. *In*. ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Sten. **Competitive dialogue in EU procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Interesse público. *In*: GRANDES temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando as consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei n.º 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev., ref. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. O “Custo da Administração” em Contratos Administrativos: uma análise da repercussão econômica das cláusulas exorbitantes e o abuso da posição da administração pública enquanto contratante. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, RS, v. 32, n. 3, p. 528-544, set./dez. 2018.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NÓBREGA, Marcos. O Leviatã retroalimentado: quem paga a conta das Cláusulas Exorbitantes? **Direito do Estado**, [s.l.], n. 397, 2018. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/marcos-nobrega/o-leviata-retroalimentado-quem-paga-a-conta-das-clausulas-exorbitantes>. Acesso em: 14 dez. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A Agenda da Arbitragem com a Administração Pública: “Mais do Mesmo” ou Há Espaço para a Inovação? *In: CONTRAPONTO Jurídico: Posicionamentos Divergentes Sobre Grandes Temas do Direito*. São Paulo: Revista dos Tributais, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa. *In: JOTA*, [s.l.], 18 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>. Acesso em: 27 abr. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo brasileiro. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, Belo Horizonte, v. 20, n. 232, p. 67-106, abr. 2021.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público**. Trad. Sérgio Fernando Guarischi e Ewandro Magalhães Jr. 5. ed. Brasília: MH Comunicação, 1995.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Prerrogativas administrativas: o que muda? **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 42, n. 153, p. 78-85, mar. 2022.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização e sanção**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PEREZ, Marcos Augusto. Uma lei que vale pelo que revoga: O diálogo competitivo. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 42, n. 153, p. 48-56, mar. 2022.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. 4. ed. atual. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code des marchés publics**. Paris, 2006. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/sectionlc/LEGITEXT000005627819/LEGISCTA000006145863/2016-01-01/#LEGISCTA000006145863>. Acesso em: 06 ago. 2022.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Décret no 2001-210, du 7 mars 2001**. Portant code des marchés publics. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000409237>. Acesso em: 06 ago. 2022.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 232, p. 53-58, abr./jun. 2003.

TÁCITO, Caio. A reforma da jurisdição administrativa na França. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 458-460, 1954.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2009.