



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS

**OS ÓBICES AO AVANÇO DA PRÁTICA DA CONSENSUALIDADE NAS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

BRASÍLIA/DF
2022



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS

**OS ÓBICES AO AVANÇO DA PRÁTICA DA CONSENSUALIDADE NAS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito – Área de Concentração 1 – Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, Linha de Pesquisa 1 – Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professor: Dr. Sandro Lúcio Dezan.

**BRASÍLIA/DF
2022**



FREITAS, Alexandre Mattos de.

Os óbices ao avanço da prática da consensualidade nas contratações públicas/ Alexandre Mattos de Freitas – 2022

___f.

Dissertação (mestrado) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, 2022.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan

1. Consensualidade na Administração Pública. 2. Contratações Públicas. 3. Consensualidade na LINDB. 4. Nova Lei de licitações e Contratos Administrativos. 5. Princípio da Eficiência.

ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS

**OS ÓBICES AO AVANÇO DA PRÁTICA DA CONSENSUALIDADE NAS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito – Área de Concentração 1 – Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento, Linha de Pesquisa 1 – Políticas Públicas, Constituição e Organização do Estado, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professor: Dr. Sandro Lúcio Dezan.

BRASÍLIA/DF, de julho de 2022

Banca Examinadora

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan
Orientador

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
Examinador Interno

Prof. Dra. Vanessa Vilela Berbel
Examinadora Externa

AGRADECIMENTOS

Primeiro, agradeço a Deus por tantas bênçãos em minha vida.

À minha esposa, companheira diária de luta, sem a qual nada seria possível.

Ao meu pai e minha mãe, pelo incentivo.

Aos meus filhos Alexandre e Dudinha, a razão de tudo.

Aos amigos, sócios e demais familiares, pelo apoio e compreensão.

Ao Professor Sandro Lúcio Dezan, pelas aulas nas duas disciplinas; pelo Grupo de Pesquisa; convites para feitura de artigos acadêmicos; pela gentileza, fidalguia e, é claro, imensurável contribuição teórica na orientação desta Dissertação.

Aos Professores Paulo Carmona e Vanessa Berbel, pelas valiosíssimas contribuições na banca de qualificação, para aprimoramento deste trabalho.

Aos demais professores que ministraram disciplinas a mim, que, sem exceção, ajudaram com ideias, textos e livros, que estão contidos nesta Dissertação.

“Quando, numa cidade, dizem alguns filósofos, um ou muitos ambiciosos podem elevar-se, mediante a riqueza ou o poderio, nascem os privilégios de seu orgulho despótico, e seu jugo arrogante se impõe à multidão covarde e débil. Mas, quando o povo sabe, ao contrário, manter suas prerrogativas, não é possível encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque então permanece árbitro das leis, dos juízos, da paz, da guerra, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um; então, ou só então, é a coisa pública coisa do povo”.

CÍCERO, Da República

“A boa decisão é aquela que terá sido contraditoriamente debatida, aberta à expressão de pontos de vista divergentes, lembrando que a decisão administrativa frequentemente corresponde a uma arbitragem entre conflitos de interesses públicos e privados.”

Jacqueline Morand-Deville

RESUMO

É comum que agentes públicos que lidam com contratações governamentais se deparem com situações em que decidir tão somente com base na literalidade da lei, na unilateralidade e mediante uso do poder extroverso não se traduz na obtenção de uma solução que melhor atenda ao interesse público. Por vezes, faz-se necessário adotar uma alternativa consensual com os interessados e que esteja em consonância com o princípio da juridicidade administrativa e com o princípio constitucional da eficiência. Assim, este trabalho busca identificar as barreiras à disseminação da prática da consensualidade, a fim de que esses obstáculos possam ser removidos, com o fito de ampliar o escopo de decisão do agente público, por meio da busca de soluções que efetivamente estejam orientadas à eficiência nas contratações públicas. Do ponto de vista metodológico, o trabalho compreende a discussão teórica das hipóteses, mediante pesquisa bibliográfica e documental; e a pesquisa empírica, realizada por meio da aplicação de questionários estruturados a servidores públicos que lidam com contratações no Senado Federal, na Câmara dos Deputados e no TCU. Os resultados encontrados demonstram que se tem como barreiras à disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas: (i) a prevalência da visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*; (ii) a necessidade de superação do apego ao legalismo estrito, com a consequente vinculação ao princípio da juridicidade pela Administração; e (iii) o receio por parte de servidores públicos no recebimento de questionamentos e sanções de órgãos de controle na adoção de instrumentos consensuais, dada a sua natureza de maior aproximação com o particular, bem como a existência de disfunções na atividade controladora, em razão de um suposto viés punitivista.

Palavras-chave: Consensualidade na Administração Pública. Contratações Públicas. Consensualidade na LINDB. Nova Lei de licitações e Contratos Administrativos. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT

It is common for public agents dealing with government contracts to come across solutions in which decide only based on the literality of the law, unilaterally and using extroverted power do not translate into offering one that best meets the public interest. Sometimes, it is necessary to adopt a consensual alternative with the interested parties, in the line with the constitutional principle of efficiency. Thus, this work seeks to identify the barriers to the dissemination of the practice of consensus, so that these obstacles can be removed, with the aim of expanding the scope of decision of the public agent, through the search for solutions effectively oriented to efficiency of the government procurement. From the methodological point of view, the work comprised a theoretical discussion of the hypotheses, through bibliographic and documental research; and empirical research, carried out through the application of structured questionnaires to public servants who deal with public purchases in the Federal Senate, the Chamber of Deputies and the Federal Court of Accounts. The results found demonstrate that barriers to the dissemination of the practice of consensuality in public procurement are considered: (i) the prevalence of the atavistic view of the supremacy of the presupposed public interest; (ii) the need to overcome the attachment to strict legalism; and (iii) the fear on the part of civil servants in receiving questions and sanctions from control bodies in the adoption of consensual instruments, given their nature of closer approximation with the particular, as well as the existence of dysfunctions of the controlling activity, due to a punitive bias.

Keywords: Consensus in Public Administration. Public Contracting. Consensus at LINDB. New Law on Public Procurement and Administrative Contracts. Principle of Efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I – Consensualidade na Administração Pública em geral e no subsistema de contratações públicas: possibilidades e limites	21
1.1 - Meios já existentes para atuação consensual na Administração Pública em geral e nas contratações públicas	22
1.1.1 - A consensualidade na Legislação Ambiental.....	22
1.1.2 – A consensualidade no Direito Concorrencial	24
1.1.3– A consensualidade no Direito Regulatório	27
1.1.4 – A consensualidade no Direito Urbanístico	33
1.1.5 - A possibilidade de solução consensual de conflitos preconizada pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) e pelo CPC de 2015.....	38
1.1.6 - O acordo de leniência celebrado pela Administração Pública com fulcro na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua conexão com as infrações administrativas havidas no bojo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.	42
1.1.7 – A consensualidade nas Contratações Públicas	44
1.2 - Novos Instrumentos de consensualidade e reforço de mecanismos já existentes na Administração Pública	54
1.2.1 - A norma geral autorizadora genérica de acordos administrativos contida no art. 26 da LINDB, que fomentou os acordos substitutivos em procedimentos sancionatórios e os acordos integrativos	55
1.2.2 - Os instrumentos de consensualidade na Lei nº 14.133/2021 e a mitigação da unilateralidade na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos	65
1.2.2.1 - A nova modalidade de licitação Diálogos Competitivos	67
1.2.2.2 - O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI);	73
1.2.2.3 - As audiências e consultas públicas;.....	78
1.2.2.4 - Os métodos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.	82
1.2.2.5 – Medidas que mitigam a unilateralidade das decisões em contratações públicas	95
II - Argumentos teóricos que justificam a não-disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas no Brasil.....	101

2.1 – A Crise nos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro como obstáculos à disseminação da prática da consensualidade.	101
2.1.1 – A visão atávica da supremacia do interesse público <i>a priori</i> como óbice às práticas consensuais pelos gestores públicos;	101
2.1.2 – A necessidade de superação do legalismo estrito, com conseqüente vinculação ao princípio da juridicidade pela Administração, para uma efetiva ação interpretativa autônoma e proativa dos administradores, dotada do poder-dever de exegese, para condução à melhor decisão em busca da eficiência na gestão pública.	112
2.2 - Receio de aplicação de sanções pelos agentes públicos na adoção de soluções consensuais, em decorrência do posicionamento dos órgãos de controle, que, por vezes, promovem apontamentos lastreados apenas no apego à legalidade estrita.	125
2.2.1 – Disfuncionalidades nos órgãos de controle e fiscalização em face dos agentes públicos e políticos e seus reflexos para a disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas.	128
2.2.2 – O contexto de receio de responsabilização por parte dos gestores públicos, conhecido como o “apagão das canetas”, como antecedente para as recentes alterações da LINDB (Lei 13.655/2018) e as conseqüências para a consensualidade nas contratações públicas.	135
III – Pesquisa empírica: aplicação de questionário para compreensão das razões que impedem a disseminação da prática consensualidade no âmbito das contratações públicas	146
3.1 – Descrição Geral dos métodos de pesquisa.....	146
3.2 – Caracterização dos Órgãos do Poder Legislativo Federal e do TCU, unidades (ou áreas) e servidores que lidam com contratações nesses órgãos.....	149
3.3 – Caracterização e descrição dos instrumentos de pesquisa	154
3.4 – Quantitativo de formulários enviados e taxa de resposta.....	157
3.5 Análise de dados e discussão de resultados	158
CONCLUSÕES.....	184
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189
APÊNDICE A - FORMULÁRIO.....	201
APÊNDICE B - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA PESQUISAS VIRTUAIS.....	211
APÊNDICE C – ROL DE QUESTÕES COM RESULTADOS INCONCLUSIVOS (OU NEUTROS)	213

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Distribuição de respostas de servidores entre os órgãos públicos	158
Figura 2 – Distribuição de lotação dos servidores que atuam com contratações públicas.....	159
Figura 3 – Nível de conhecimento acerca da possibilidade de atuação consensual.....	160
Figura 4 – Nível de conhecimento dos tipos de instrumento de consensualidade	160
Figura 5 – Servidores que já fizeram uso de algum dos instrumentos de consensualidade.	163
Figura 6 – Resultado da questão 6.....	164
Figura 7 – Resultado da questão 7.....	165
Figura 8 – Resultado da Questão 20	166
Figura 9 – Resultado da Questão 26	168
Figura 10 – Resultado da Questão 8	169
Figura 11 – Resultado da Questão 9	170
Figura 12 - Resultado da Questão 11	171
Figura 13- Resultado da Questão 12.....	173
Figura 14 – Resultado da Questão 16	173
Figura 15 – Resultado da Questão 14.....	175
Figura 16 – Resultado da Questão 15.....	175
Figura 17 – Resultado da Questão 18.....	176
Figura 18 – Resultado da Questão 19.....	177
Figura 19 – Resultado da Questão 23.....	179
Figura 20 – Resultado da Questão 24.....	179
Figura 21 – Resultado da Questão 25.....	180
Figura 22 – Resultado da Questão 27.....	181
Figura 23 – Resultado da Questão 10.....	213
Figura 24 – Resultado da Questão 13.....	213
Figura 25 – Resultado da Questão 17.....	214
Figura 26 – Resultado da Questão 21.....	214
Figura 27 – Resultado da Questão 22.....	215

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ACC	Acordo de Concentração
ACP	Ação Civil Pública
AL	Acordo de Leniência
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANP	Agência Nacional do Petróleo
ANTT	Agência Nacional de Transporte Terrestres
APRO	Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DRBF	Dispute Resolution Board Foundation
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMBio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
FAR	Federal Acquisition Regulation
FIDIC	Federation Internationale des Ingenieurs Conseils
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
PAR	Processo Administrativo de Responsabilização
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PPP	Parceria Público-Privada
RDC	Regime Diferenciado de Contratações
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
Sisnama	Sistema Nacional do Meio Ambiente
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TCC	Termo de Compromissos de Cessação de Prática
TCU	Tribunal de Contas da União

INTRODUÇÃO

Não é raro que servidores públicos que lidam com contratações governamentais se deparem com situações em que decidir tão somente com base na literalidade da lei e dos regulamentos não se traduz na obtenção de uma solução eficiente, razoável e que melhor atenda ao interesse público.

Em certas situações, esses agentes públicos acabam por escolher, por exemplo, o caminho da rescisão do contrato ou da mera penalização do administrado, se distanciando de obter um resultado com menores custos administrativos, o que poderia se dar por meio da celebração de um acordo, permeado pela juridicidade e pela efetiva concretização do interesse público.

Em casos excepcionais e atendidos os requisitos legais e regulamentares, é possível que a Administração pública substitua decisões unilaterais por propostas alternativas que, muito embora possam eventualmente se afastar do princípio da legalidade estrita, são consentâneas com o princípio da juridicidade¹, o qual fora positivado no inciso I, art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

Diversos são os casos concretos em que há possibilidade de adoção da consensualidade; da redução da unilateralidade e da mitigação do apego ao legalismo estrito nas contratações governamentais que podem melhor elucidar o tema². Além

¹ FREITAS, Alexandre Mattos. As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). **Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos**: ordem jurídica e serviços públicos. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

² Exemplo “A”: Determinada contratada que executava obras no complexo arquitetônico de um órgão público recebeu notificação para apresentar defesa prévia em razão de não ter mantido os funcionários identificados durante o trabalho, descumprindo regra prevista em edital. Tendo em vista que esse descumprimento ocorreu durante um longo período, a multa aplicada alcançou um valor elevado, abalando severamente as finanças da empresa e prejudicando inclusive a continuidade da execução do contrato. Temos que nesse cenário, uma solução pactuada, que determinasse prazo para que a contratada sanasse a irregularidade; exigisse contrapartidas da empresa; e garantisse a continuidade da execução da obra teria efeitos mais benéficos que a concretização do procedimento de penalização. Isso porque uma solução consensual que ensejasse o recebimento da obra sem uma longa interrupção decorrente de nova contratação parece ser mais consentânea ao princípio da eficiência e da economicidade, se comparado ao atendimento ao princípio da legalidade estrita isoladamente. Ademais, a opção pela penalização, que envolvia a exposição da Administração a riscos de interrupção da execução, também afrontaria o princípio da proporcionalidade, uma vez que o descumprimento ocorreu em obrigação acessória.

disso, eles podem perfeitamente ser observados em qualquer órgão público³ de qualquer esfera da federação, dado que todos esses estão submetidos a mesma lei de licitações e contratos, seja o antigo estatuto, a Lei n° 8.666/1993, ou a Lei n° 14.133/2021.

Tem-se, portanto, que o gestor público, no processo decisório, por vezes, deixa de levar em consideração princípios constitucionais como o da eficiência e da razoabilidade, que podem conduzir a situações que melhor atendam aos interesses do órgão e dos administrados, em detrimento da adoção a um legalismo estrito que pode não se coadunar com a maximização do bem comum.

Para embasar esse entendimento, recorre-se a Sandro Lúcio Dezan, para quem é salutar a operacionalização valorativa do texto constitucional, na medida em que o conteúdo de valor decorre de seu próprio direito-texto, coerente e permeado por aportes morais e políticos, plenamente identificáveis por meio da atividade interpretativa. Sob essa visão de funcionalidade ativa dos Poderes, os aplicadores do direito

Exemplo “B”: Contratação emergencial de Sistema para viabilizar a votação eletrônica e remota em órgão do Poder Legislativo durante os momentos mais críticos da pandemia. O primeiro parecer jurídico opinou pela vedação da contratação emergencial e se manifestou no sentido da celebração de um termo de reconhecimento de dívida, em razão do contido na lei de licitações acerca da restrição à contratação verbal. Outro parecer jurídico, entretanto, se manifestou no sentido que o contrato que teve instrução diferenciada e formalização diferida (complementação da instrução e assinatura do instrumento contratual projetados para momento futuro) em razão da situação peculiar e extrema a impactar a vida dos brasileiros e o funcionamento dos órgãos e das atividades públicas e privadas. Para chegar a esse conclusão, o parecerista tomou por base dispositivos da LINDB e se manifestou no sentido de que o apego à legalidade estrita não pode vulnerar o princípio da continuidade no serviço público. Além disso, apontou que repulsa ao Direito que eventuais formalidades para celebração dos contratos acabem por obstar o próprio funcionamento do Órgão Legislativo, que se viu atingindo por uma crise sanitária mundial a impedir o desenvolvimento dos trabalhos legislativos de forma presencial e demandou, em caráter de extrema urgência, a disponibilidade de ferramentas tecnológicas que viabilizassem de imediato os trabalhos dos parlamentares de forma virtual. Ademais, mencionou o teor do Acórdão TCU/Plenário n° 211/2006, que se manifestou no sentido que “(...) não se afigura razoável que, em favor da legalidade estrita, sejam sacrificados outros princípios que devem balizar a atividade administrativa, sobretudo os princípios da eficiência e o da supremacia do interesse público”; e do Acórdão TCU/Plenário n° 119/2016, em que foi assentado que “diante do caso concreto, na busca da melhor solução para a situação concreta, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público em toda a sua plenitude, o princípio da legalidade estrita acaba perdendo força frente a outros princípios”. Assim, entendeu por razoável a decisão administrativa que admitisse, em caráter excepcional, a formalização diferida do contrato emergencial a fim de possibilitar a implementação da votação eletrônica e remota. Neste exemplo, evidenciou-se patente a mitigação da unilateralidade e a presença da consensualidade, inclusive em razão das tratativas entre particular e Administração para a formalização diferida.

³ Optou-se pela expressão órgão público haja vista que há entidades, tais como as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia mistas que podem ter suas contratações reguladas pela Lei n° 13.303/2016, a intitulada de “Lei das Estatais”. De toda sorte, tanto a Lei n° 8.666/1993 quanto a Lei n° 14.133/2021 devem ser aplicadas a outros tipos de entidades, tais como as Autarquias e Fundações Públicas.

têm fundamental papel de coautores concretistas de direitos, inclusive aqueles de caráter fundamental⁴.

Para o autor, o princípio da juridicidade confere à Administração legitimidade interpretativa do texto-normativo para a resolução de casos concretos. Desse modo, atuar conforme a lei e o direito não representa o poder de distanciar a Administração do encargo de gestor da coisa pública, mas, ao contrário, lhe dá deveres, uma vez que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito e orientada pelo interesse público.

Esse fenômeno vem na esteira da constitucionalização do Direito Administrativo, que se propagou após a II Guerra Mundial, quando a Constituição passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico e ampliou a extensão e a intensidade da vinculação do legislador ordinário aos seus princípios, o que deu início a uma nova forma de compreender o Direito⁵.

Após, com o início do Século XXI, imersos em uma perspectiva pós-moderna, a cultura passou a ser compreendida como uma rede móvel, plural, aberta e variável, em permanente transformação. Igualmente, o Direito também está imerso nesse ambiente da epistemologia da complexidade, uma vez que, nesse contexto, fica evidente que as soluções para os problemas não são encontradas apenas no determinismo. Com a revolução digital e velocidade de circulação de informações, o mundo se trans-

⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Editora Juruá, 2018.

⁵ FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo**: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

formou em um gigantesco ecossistema que requer para a sua compreensão o desenvolvimento de um pensamento complexo⁶. Em um momento em que “até o futuro próximo se tornou imprevisível, o Direito não consegue fornecer soluções *a priori* para problemas e angústias que se multiplicam”⁷.

A despeito disso, o Direito Administrativo contratual brasileiro se encontra apegado à utilização de prerrogativas que exprimem cláusula exorbitantes, especialmente com a possibilidade de tomada de decisões unilaterais, quando o ambiente e o mercado apresentam um incremento significativo na complexidade contratual, além de estarem configurados em relações paritárias. Diante desse cenário e a fim de atender ao aumento qualitativo e quantitativo de demandas da sociedade, urge que a Administração pública continue caminhando nessa virada paradigmática, com propostas de modificação de um regime de autoridade por um modelo mais negocial⁸.

Da mesma forma, cita-se a lição de Almiro do Couto e Silva⁹, para quem a ideia de que a Administração Pública é apenas aplicadora das leis é anacrônica e ultrapassada. Para o autor, o agente público possui o hoje um dilatado campo para exercer sua função formadora de situações concretas, não se limitando à mera execução de atos.

Nessa esteira, a ideia de juridicidade administrativa, segundo Gustavo Binembom, implica que a atividade administrativa continua a se realizar (i) segundo a lei; (ii) mas pode encontrar fundamento diretamente na Constituição, independente ou para além da lei; ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a

⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Revolução Tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **REI – Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>>. Acesso em: 4 set. 2020.

⁸ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170/44329>>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

lei, em uma atividade de ponderação entre a legalidade e os princípios constitucionais, sempre tendo por objetivo uma aplicação otimizada da Constituição Federal de 1988¹⁰.

Esse autor também preceitua que, em tempos de proliferação de autoridades administrativas no Brasil, ganha relevo a aderência da Administração Pública aos princípios e regras constitucionais, de forma a tornar mais denso o escopo decisório do agente público.

Reconhece-se, entretanto, em aderência ao entendimento de Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos¹¹, que as possibilidades de soluções consensuais são a princípio mais reduzidas, por estarem inseridas em um contexto de Direito Público. Em outras palavras, se a transação fosse admissível em qualquer hipótese, e se a Administração pudesse fazer todas as concessões que julgasse pertinente, estaríamos desconsiderando quase que na totalidade a observância ao princípio da legalidade.

Exatamente por isso que a admissibilidade das transações deve ser ater a situações especiais e pragmáticas, sem o condão de transformar em regra o que deve ser tratado como exceção. Dito de outra forma, deve-se adotar essa solução alternativa quando a lei, no caso concreto, possa ensejar uma solução flagrantemente prejudicial ao bem comum, se comparada com a solução consensual.

Pontuam ainda que no contexto burocrático atual é preciso que o agente público tenha coragem para não se prender às interpretações estéreis da lei. Segundo eles, estando o administrador diante de uma alternativa que leve ao melhor interesse público possível, é poder/dever desse agente optar pela via transacional, mesmo sabendo que possa sofrer questionamentos por parte de órgãos de controle, que, por vezes, atuam com uma visão mais estreita do múnus da Administração Pública. Isso porque posturas dotadas de preconceitos, fruto de uma cultura burocrática e ortodoxa, servem de obstáculo à possibilidade de celebração de acordos pela Administração,

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

¹¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

inclusive porque não são incomuns penalizações (ou ao menos imputações) aos agentes públicos que buscam soluções fora da estrita legalidade.

Diversas são as normas autorizadoras específicas de consensualidade, como os acordos firmados por órgãos ambientais, nos termos da Lei nº 6.938/1981; pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), nos termos do §5º, art. 11 da Lei nº 6.385/76; pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consoante dispõe a Lei nº 12.529/2011, com seus acordos de leniência e compromissos de cessação; além das Agências Reguladoras, com leis e atos normativos infralegais, a exemplo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional do Petróleo (ANP) e Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT).

Com o passar dos anos, novas leis e atos infralegais foram sendo editados em um movimento de ampliação dos instrumentos de consensualidade disponíveis à Administração Pública brasileira. Exemplo disso é o advento da Lei nº 13.655/2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público e estabeleceu um novo regime jurídico de negociação com a Administração, que, mais precisamente em seu art. 26, pode ser tido como um verdadeiro permissivo genérico para que a Administração Pública celebre acordos.

Cumpram ressaltar que essa lei fora regulamentada pelo Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que, dentre outras disposições, indicou o conteúdo mínimo que devem prever os compromissos a serem firmados pela Administração. Esses dispositivos tiveram, portanto, o condão de propiciar segurança jurídica na celebração de acordos administrativos e garantir compromissos eficientes à sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes¹².

Outros passos foram dados rumo a uma maior paridade contratual entre Administração e particular com a publicação da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo, a Lei nº 14.133/2021, que reforçou mecanismos de consensualidade já existentes e dispôs acerca de novos instrumentos: a nova modalidade de licitação Diálogos Competitivos; o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); as audiências

¹² GUERRA, Sérgio; e SAMPAIO, Rômulo, S. R. Acordos Substitutivos como instrumento de regulação ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 3, set./dec. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13739/pdf>. Acesso em: 26 Jul 2021.

e consultas públicas; a alocação de riscos prévia entre Administração e contratado; os métodos alternativos de resolução de controvérsias: conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (dispute boards) e a arbitragem; e medidas que mitigam a unilateralidade das decisões administrativas em contratações públicas, a exemplo da redução do prazo de 90 para 45 dias em exceção de contrato não cumprido.

Cumpre, ainda nesta introdução, apresentar os principais conceitos operacionais necessários à delimitação e à compreensão do presente trabalho.

O termo “**contratações Públicas**” adotado no título e no decorrer desta Dissertação engloba a relação jurídica existente entre Administração Pública e particular durante a licitação (quando for o caso), contratação e execução da avença firmada no bojo da Lei n° 8.666/93, antigo estatuto geral de licitações e contratos; Lei n° 14.133/2021, nova lei de licitações e contratos; Lei n° 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; Lei n° 10.520/2002 (Lei do pregão); Lei n° 11.079/2004 (normas gerais para licitações e contratações de Parcerias Público-Privadas); Lei n° 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC); e Lei n° 13.303/2016 (Lei das estatais).

Já o termo “**consensualidade**” (ou concertação) adotado neste trabalho pode ser definido, em linhas gerais, como uma alternativa à tradicional unilateralidade presente na atuação e na decisão administrativa. Além disso, é, segundo Luís S. Cabral de Moncada, uma concepção que refuta a ideia de que o interesse público é apenas aquele dito pela Administração e que esse se opõe necessariamente ao interesse particular. Representa um meio democrático de construção da escolha administrativa, que contempla a participação privada, sem excluir da Administração a prerrogativa de decisão¹³. Ademais, neste trabalho, a consensualidade pode ser tida como “um fenômeno de valorização de instrumentos dialógicos contratuais, procedimentais ou organizacionais favoráveis à edificação de consensos (...) nas relações entre Poder Público e sociedade.¹⁴”

¹³ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹⁴ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 79, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

O termo “**contrato**” adotado por esse trabalho é o contido no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Adota-se, também, sob uma baliza doutrinária, mas não contrária ao conceito aberto plasmado pela antiga lei de licitações, a definição de contrato de Rafael Roque Garofano¹⁵, a qual já está contextualizada no panorama da Administração-Consensual. Assim, segundo o autor, o contrato administrativo deixa de ser uma resultante da supremacia do interesse público *a priori* para ser:

o acordo de vontades formatado no exercício da capacidade e da autonomia pública contratual da Administração, limitada pelo ordenamento próprio da Administração – o Direito Administrativo –, que pode ou não conformar o regime de prerrogativas de ação unilateral independente do **consenso**, em distintos degraus, mas que sempre, **necessariamente, orienta a atividade contratual da Administração e impede que ela se afaste dos princípios e fins de interesse público inerentes de toda ação administrativa. (nosso grifo)**

O último conceito operacional a ser delineado nesta introdução é o “**Princípio da Eficiência**”, haja vista que permeia todo o trabalho e está intrinsecamente relacionado aos efeitos da adoção da consensualidade nas contratações públicas. Cabe ressaltar que essa definição também foi acolhida sob uma baliza doutrinária, desta vez de Danielle Cristina Lanius. Assim, parte-se da premissa que a eficiência é, de fato, um princípio constitucional, ou seja, uma “categoria jurídica de conteúdo indeterminado, que obriga ao intérprete construir seu conteúdo, provendo-lhe significado prático¹⁶”. Desse modo, uma vez que foi incluído na Constituição federal, é “dever de

¹⁵ GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 346. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-130652/pt-br.php>. Acesso em 30 mar. 2022.

¹⁶ LANIUS, Danielle Cristina. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) o, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018, p. 8.

todo administrador público respeitá-lo e dos órgãos de controle e do Judiciário de fazê-lo respeitar¹⁷.

Assim, adota-se nesta Dissertação o termo eficiência para exprimir o sentido técnico relacionado à “eficiência produtiva, sempre associado às ideias de produtividade, economia e diminuição de desperdícios”¹⁸, na esteira do que vem sendo feito na história administrativa do Brasil¹⁹. Rejeita-se, portanto, a visão doutrinária de que o princípio da eficiência sequer seria um princípio; bem como a percepção daqueles que o associam à ideologia neoliberal sem ao menos correlacionar essa corrente com o significado do princípio.

Passa-se ao exame da relevância do tema do presente trabalho. O estudo objeto desta Dissertação é necessário para identificar as razões pelas quais a consensualidade ainda não se disseminou nas contratações públicas brasileiras, de modo que essas barreiras possam ser removidas, com o fito de ampliar o escopo do processo de decisão pelo agente público, para que esse não se restrinja à legalidade estrita e busque soluções que levem em conta o princípio da eficiência e da razoabilidade.

Tendo em vista que as compras governamentais em todas as esferas são inequivocamente expressivas, tendo o Poder Público empenhado mais de R\$ 124 bilhões²⁰ entre dezembro de 2020 e dezembro de 2021, conclui-se que o presente trabalho poderá contribuir para o mister da economicidade, valor constitucional inserto no caput do art. 70 da Constituição Federal de 1988.

¹⁷ LANIUS, Danielle Cristina. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) o, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018, p. 8.

¹⁸ *Ibidem*, p. 118.

¹⁹ Da análise da referida obra de Danielle Cristina Lanisus, verifica-se que a busca pela eficiência tem raízes desde o período colonial e esteve presente em todos os governos independente de seu viés ideológico. Perscrutando o assunto na legislação brasileira, a autora concluiu que, de forma inequívoca, o sentido do termo eficiência está sempre associado à ideia de mitigar desperdícios, aumentar a economia dos recursos e obter maior produtividade.

²⁰ BRASIL. **Portal da Transparência**. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/>. Acesso em: 30 Jun. 2022.

Além disso, tem-se que a contribuição deste trabalho no que diz respeito a maior observância ao princípio da eficiência acaba por colaborar com a melhoria da qualidade do dispêndio público, ainda mais se considerarmos a magnitude do aparato estatal e do volume de contratações governamentais, especialmente no atual grave contexto fiscal brasileiro, que nos últimos anos apresentou grandes déficits como resultado²¹.

Exemplo de que a consensualidade pode imprimir mais eficiência na Administração Pública repousa no fato de que é irrisório o percentual de arrecadação financeira das multas aplicadas por órgãos e entidades federais com atribuição de fiscalização e controle, consoante se evidencia no Acórdão TCU n° 729/2020 – Plenário²², exarado no terceiro acompanhamento realizado em cumprimento ao Acórdão TCU n° 1.665/2014 – Plenário.

O referido estudo da Corte de Contas da União, que teve amplíssimo alcance, uma vez que compreendeu as multas aplicadas no subsistema ambiental (IBAMA), concorrencial (CADE), mercado de valores mobiliários (CVM), mercado financeiro (Banco Central), além de todas as Agências Reguladoras Federais, apurou que ínfimos 2,37% (dois virgula trinta e sete por cento) do total das multas aplicadas foram efetivamente recebidas pelo Poder Público.

Desta feita, se somado o custo administrativo de todos esses processos sancionadores ao custo dos processos judiciais decorrentes, fica evidente a excessiva onerosidade para o Estado. Fica patente ainda que a adoção de acordos substitutivos podem colaborar para que as atividades de fiscalização e controle dos órgãos e entidades sejam mais profícuos. Isso porque, passar por um longo e oneroso *iter* proces-

²¹ FREITAS, Alexandre Mattos. As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). **Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos**: ordem jurídica e serviços públicos. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 729/2020 – Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A729%2520ANO-ACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 29 jul. 2021.

sual, para, ao final, sequer ter recebida a retribuição por parte daqueles que cometeram infrações, nem de longe representa o caminho mais atinente ao princípio constitucional da eficiência e ao interesse público.

A metodologia utilizada no presente artigo se dá mediante pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise da legislação, jurisprudência, pareceres jurídicos e doutrina, com especial relevo à literatura relacionada à administração pública consensual, mormente no que toca às contratações públicas no Brasil. Além disso, o trabalho contemplará uma pesquisa empírica, por meio da aplicação de questionários estruturados que buscam apurar se os agentes públicos que lidam com contratações conhecem os instrumentos de consensualidade, se os aplicam, e, caso não apliquem, as razões para tanto.

A presente dissertação se estrutura em três partes, além de introdução e conclusão. O primeiro capítulo tratará dos limites e possibilidades da consensualidade na Administração Pública em geral e, especialmente, no subsistema de contratações públicas. Abordará os novos instrumentos de consensualidade que podem ser aplicados nas contratações públicas, a exemplo da norma geral autorizadora contida no art. 26 da LINDB e o fortalecimento dos acordos substitutivos em procedimentos sancionatórios; bem como os instrumentos contidos na nova lei de licitações e contratos administrativos, tais como: a nova modalidade de licitação Diálogos Competitivos; o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); as audiências e consultas públicas; a alocação de riscos; e os métodos alternativos de resolução de controvérsias.

No segundo capítulo, tratará dos argumentos teóricos que justificam a não-disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. Abordará em especial as seguintes hipóteses acerca das possíveis barreiras à disseminação da prática consensualidade nas contratações públicas: (i) a prevalência da visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*; (ii) a necessidade de superação do apego ao legalismo estrito, com a consequente vinculação ao princípio da juridicidade pela Administração; e (iii) do receio de servidores em face de questionamentos ou sanções de órgãos de controle na adoção de instrumentos consensuais, dada a sua natureza de maior aproximação com o particular, bem como a existência de disfunções na atividade controladora, em razão de um suposto viés punitivista.

No terceiro capítulo, buscará compreender, por meio de pesquisa empírica, as razões que impedem a disseminação da consensualidade no âmbito das contratações públicas. Para tanto, serão aplicados questionários a agentes públicos que lidam com contratações no Senado Federal; Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União. Ao final, os resultados serão compilados, explicitados, analisados e debatidos.

Desse modo, pode-se dizer que o problema de pesquisa se substantiva a partir do seguinte questionamento: **Quais são os óbices à disseminação da prática da consensualidade nas Contratações Públicas, segundo um recorte junto a servidores do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União?**

Para responder a essa pergunta e elucidar as hipóteses do trabalho será indagado aos agentes públicos que lidam com contratações nos mencionados órgãos se conhecem os instrumentos de administração consensual; quais mecanismos conhecem; se os utilizam; e, caso não os utilizem, quais as razões. Além disso, será perguntado se possuem receio de atuar fora da legalidade estrita; além de responder acerca da existência de acordos verbais (ou não solenes) entre os agentes públicos e as empresas contratadas, que não se submetem às exigências legais, prescindindo, por exemplo, de parecer jurídico e/ou publicação, deixando o ajuste na informalidade.

Assim, demonstrado o método utilizado para a realização da pesquisa, passa-se à discussão teórica das hipóteses aduzidas.

I – Consensualidade na Administração Pública em geral e no subsistema de contratações públicas: possibilidades e limites

É sabido que a consensualidade na Administração Pública não é um fenômeno propriamente novo e, mesmo no Brasil, conta com instrumento positivado no ordenamento desde meados do século passado. Trata-se do instituto da desapropriação amigável, que está prevista no ainda vigente Decreto-Lei nº 3.365/1941. Em decorrência do art. 10, caput, desse diploma²³, pode-se concretizar a desapropriação do bem e a aquisição originária da propriedade pelo poder público, mediante acordo entre Administração e particular no que diz respeito ao valor da indenização.

Desde então, a consensualidade no direito público brasileiro tem sido levada a efeito de uma forma segmentada. Isso porque, nas últimas décadas, diversos atos normativos trouxeram previsões que se traduzem em instrumentos de consensualidade administrativa disponíveis à Administração Pública em geral, tais como: as consultas e audiências públicas; as possibilidades de arbitragem, conciliação e mediação; e a possibilidade de celebração de acordos substitutivos em processos administrativos sancionadores.

Especificamente acerca dos acordos substitutivos, houve ainda diversos outros instrumentos insertos em subsistemas específicos, tais como: o direito ambiental, concorrencial e o regulatório. Igualmente, no âmbito das contratações públicas, houve passos, ainda que discretos e de maneira esparsa, rumo à consensualidade.

Nesse capítulo, examinaremos o arcabouço normativo que dá supedâneo aos instrumentos de consensualidade previstos em subsistemas específicos, incluído o de contratações públicas, além daqueles postos à disposição da Administração Pública em geral. Ademais, analisaremos os novos mecanismos de consensualidade, em especial o recém-criado marco genérico para celebração de acordos administrativos, previsto no art. 26 da LINDB; bem como os novos e renovados instrumentos previstos na Lei nº 14.133/2021, a novel norma de Licitações e Contratos Administrativos.

²³ Decreto-Lei nº 3.365/1941 - Art. 10, caput: “A desapropriação deverá efetivar-se mediante **acordo** ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”. **(nosso grifo)**

1.1 - Meios já existentes para atuação consensual na Administração Pública em geral e nas contratações públicas

Neste tópico, examinar-se-ão os instrumentos de consensualidade previstos em diversos subsistemas específicos (legislação ambiental, concorrencial e regulatório); os marcos genéricos de consensualidade da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil de 2015; o Acordo de Leniência celebrado pela Administração Pública com fulcro na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua conexão com as infrações administrativas havidas no bojo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos; e, em especial, a consensualidade nas Contratações Públicas, acompanhada da análise jurisprudencial relacionada à temática.

1.1.1 - A consensualidade na Legislação Ambiental

Desde a publicação da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) há mecanismo de concertação administrativa previsto na legislação ambiental. Isso por que o inciso IX do art. 9º da referida lei dispõe que as penalidades disciplinares ou **compensatórias** são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente²⁴. Previu-se assim, ainda que de forma incipiente, que as sanções ambientais pudessem ser cambiadas por acordos substitutivos.

Com a edição do Decreto nº 94.764/1987, que alterou a regulamentação das Leis nº 6.938/1981 e nº 6.902/1981 (que dispõe sobre as Estações Ecológicas e as Áreas de Proteção Ambiental), surgiu no ordenamento brasileiro a faculdade de que as multas ambientais pudessem ter a exigibilidade suspensa caso o infrator celebrasse acordo com a autoridade ambiental que aplicou a sanção, desde que o particular se obrigasse a adotar medidas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Na hipótese de que o infrator cumprisse essas obrigações, poderia ter uma redução

²⁴ Lei nº 6.938/1981 - Art. 9º - "São Instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) IX - **as penalidades disciplinares ou compensatórias** ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental". (**nosso grifo**)

de até 90% (noventa por cento) no valor da multa. O referido Decreto foi revogado pelo de nº 99.274/1990, mas conservou, em seu art. 42, a mesma previsão de acordo substitutivo de sanção²⁵.

Mesmo com cerca de quatro décadas de previsão normativa para que os órgãos ambientais substituam sanções administrativas por medidas compensatórias, poucas foram as oportunidades em que a Administração Pública lançou mão desse instrumento. Sérgio Guerra e Rômulo S. R. Sampaio²⁶ aduzem que essa resistência decorre da ausência de regras procedimentais claras para balizar as hipóteses em que há possibilidade de maximização do interesse público decorrente da celebração de um acordo. Assim, poder-se-ia potencializar a segurança jurídica do acordo e eliminar as barreiras à disseminação da consensualidade como um instrumento de controle efetivo não só na seara ambiental, como também em outros setores regulados.

A edição do Decreto nº 9.179/2017²⁷ reforça a tese de incompletude do permissivo normativo da década de 1980 e a conseqüente falta de segurança jurídica ao Administrador Público para celebração dos acordos substitutivos. Isso porque a edição desse ato traz um detalhamento do procedimento inserto no “Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama.”

²⁵ Decreto nº 99.274/1990 - Art. 42: “As multas poderão ter a sua exigibilidade suspensa quando o infrator, por **termo de compromisso** aprovado pela autoridade ambiental que aplicou a penalidade, se obrigar à adoção de medidas específicas para cessar e corrigir a degradação ambiental. Parágrafo único. Cumpridas as obrigações assumidas pelo infrator, a multa será reduzida em até noventa por cento.” **(nosso grifo)**

²⁶ GUERRA, Sérgio; e SAMPAIO, Rômulo, S. R. Acordos Substitutivos como instrumento de regulação ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13739/pdf>. Acesso em: 26 Jul 2021.

²⁷ Decreto nº 9.179/2017- Art. 1º: “(...) Fica instituído o **Programa de Conversão de Multas Ambientais** emitidas por órgãos e entidades da União integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama. Parágrafo único. **A autoridade ambiental federal competente para a apuração da infração poderá converter a multa simples em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente**, observado o disposto no § 4º do art. 72 da Lei nº 9.605, de 1998.” **(nosso grifo)**

Com o roteiro previsto nesse Decreto, entidades como o IBAMA²⁸ e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio²⁹ puderam editar Instruções Normativas que atendessem as suas especificidades para que, mediante provocação do particular, os agentes públicos tenham maior segurança jurídica para utilizar a consensualidade como mecanismo regulatório e de controle do meio ambiente. Desse modo, caso as referidas regulamentações surtam efeito, esses acordos substitutivos podem funcionar como instrumentos adicionais para que o Poder Público promova uma recuperação ambiental de forma mais eficiente³⁰.

Por fim, cabe mencionar a Lei nº 13.465/2017, norma que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, conhecida como “Lei do Reurb”. Trata-se de diploma que aborda inúmeros aspectos ambientais no bojo da regularização fundiária. Em seu art. 10, inciso V, apregoa que estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade é objetivo da Reurb, que deve ser observado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Trata-se de um importante vetor aos entes federados para que atuem de forma cooperativa e dialógica, a fim de que busquem meios extrajudiciais de pacificação de controvérsias.

1.1.2 – A consensualidade no Direito Concorrencial

A utilização de instrumentos de consensualidade no ambiente concorrencial tanto se soma ao processo administrativo, por meio dos acordos integrativos, quanto o afastam, no caso dos acordos substitutivos. Além dessas duas espécies de acordos,

²⁸ Instrução Normativa IBAMA nº 6, de 15 de fevereiro de 2018.

²⁹ Instrução Normativa ICMBio nº 2, de 19 de janeiro de 2018.

³⁰ GUERRA, Sérgio; e SAMPAIO, Rômulo, S. R. Acordos Substitutivos como instrumento de regulação ambiental. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13739/pdf>. Acesso em: 26 Jul 2021.

a lógica pró-concertação no presente subsistema alcança diferentes tipos e momentos processuais³¹.

Em síntese, são quatro os mecanismos de consensualidade previstos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). No âmbito do **controle preventivo**, relativo às atribuições autorizativas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), há os Acordos de Concentração (ACC) e os Acordos de Preservação de Reversibilidade de Operação (APRO). No que diz respeito ao **controle de condutas**, no bojo de processamentos repressivos, há os Acordos de Leniência (AL) e os Termos de Compromissos de Cessação de Prática (TCC).

No que tange os acordos de controle preventivo, ou controle de concentração, cabe ressaltar o Acordo de Controle de Concentração (ACC), que possui fundamento no inciso V³², do art. 9º da Lei nº 12.529/2011³³, e representa um ajuste formal e escrito, além de integrar a decisão de aprovação de concentração. Pode ser tido por um acordo integrativo, uma vez que está incorporado ao ato administrativo final.

Thiago Marrarra³⁴ pontua que o ACC substitui o esquema binário de meramente autorizar ou não uma concentração, que pode não ser suficiente para conduzir a decisões justas, efetivas e razoáveis, dada a complexidade e grau de diferenciação do mercado. Isso porque o diálogo com agentes econômicos que atuam em cada setor e possuem relevante conhecimento e experiência a agregar no processo, ensejam um resultado superior ao que o CADE poderia produzir unilateralmente.

³¹ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78 – 103, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

³² Lei nº 12.529/2011. Art. 9º, inciso V: “Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...) V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do **acordo em controle de concentrações**, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; (...) **(Nosso Grifo)**”

³³ Cabe esclarecer que a Lei nº 12.529/2011 revogou a Lei nº 8.884/1994. Essa norma previa, originalmente, instrumentos de consensualidade como o “termo de compromisso de cessação” e o “compromisso de desempenho”. Além disso, desde a alteração realizada pela Lei nº 10.149/2000, foi possibilitada a celebração de acordo de leniência, instrumento balizador da extinção da ação punitiva da administração pública ou da redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que cumpridos os requisitos legais.

³⁴ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78 – 103, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

No que diz respeito ao controle de condutas, atividade voltada para apuração de infrações administrativas contra a ordem econômica, a realidade do direito concorrencial também é dotada de eficientes instrumentos de consensualidade. Pontua o autor que eles são úteis por duas razões principais: a **função leniência** favorece a pretensão punitiva estatal no combate a descumprimentos nocivos à população e ao mercado; enquanto a **função do compromisso de cessação** permite que se afaste comportamentos suspeitos e possivelmente deletérios sem os custos envolvidos em um processo administrativo sancionador.

O Acordo de Leniência, disciplinado pelos arts. 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011, é um instrumento que pode ser celebrado entre o CADE e o autor de infração à ordem econômica, com vistas à extinção da ação punitiva pela Administração ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, desde que haja efetiva colaboração com o processo administrativo e com as investigações, a fim de que possam ser identificados os demais envolvidos, bem como sejam obtidas informações e documentos e comprovem as infrações sob análise.

Já o Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) é disciplinado pelo art. 85 da Lei nº 12.529/2011³⁵ e tem o efeito de substituir o processo administrativo sancionador. Em outras palavras, o mister desse mecanismo não é viabilizar a instrução do processo, assim como ocorre no acordo de leniência, mas sim evitar o próprio processo. Trata-se de um instrumento celebrado pelo CADE e o compromissário, a fim de suspender o processo acusatório por um prazo determinado. Caso cumpridas as obrigações avençadas, os autos são arquivados.

A utilização do TCC confere permite três benefícios evidentes: (i) impedir a continuidade da prática que tenha suspeita de ilicitude antes de eventual condenação ou medida preventiva; (ii) conferir celeridade e economia processual, concretizando o princípio constitucional da eficiência administrativa; e (iii) conferir maior estabilidade e

³⁵ Lei nº 12.529/2011. Art. 85: "(...) o Cade poderá tomar do representado **compromisso de cessação da prática** sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;

II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;

III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. (...)

efetividade às decisões do CADE, sob um viés democrático, em detrimento da litigiosidade³⁶.

Nessa senda, assevera o autor que a disseminação da consensualidade no direito concorrencial, seja pela função preventiva ou pela repressiva, é um verdadeiro laboratório para outros subsistemas ou mesmo para o direito administrativo em geral. Pontua que a experiência consensual havida nessa seara deve ser levada em conta na construção de respostas à seguinte indagação: “já é hora de transformar esses acordos em ferramentas gerais do direito administrativo, aplicáveis a todos os setores e níveis da Administração Pública?”³⁷

1.1.3– A consensualidade no Direito Regulatório

No final da década de 1990, teve início um movimento de criação de Agências Reguladoras no Brasil, no bojo de um contexto de redefinição do papel do Estado rumo ao gerencialismo, o qual tinha o fito de transpor adversidades do modelo burocrático na Administração Pública. Tendo em vista as privatizações e a necessidade de atrair capital estrangeiro para financiar a prestação de serviços públicos, essas entidades foram concebidas para blindar a atividade regulatória de ingerências políticas indevidas; e para conferir maior segurança jurídica nas relações jurídicas entre Estado e integrantes do mercado, com maior previsibilidade e estabilidade nas regras do jogo³⁸.

Nesse contexto, houve também mudanças nos processos da atividade regulatória do Estado, com o início de deslocamento do eixo de regulação para o plano

³⁶ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 8, n. 2, p. 78 – 103, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

³⁸ BINENBOJM, G. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 147-167, 1 abr. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622>. Acesso em: 26 Jul 2021.

horizontal, além de maior transparência³⁹. Isso permitiu que os instrumentos de consensualidade pudessem se disseminar de forma expressiva pelas Agências Reguladoras brasileiras, positivados por meio de atos normativos que disciplinaram a regulação consensual, cada qual com sua especificidade.

Juliana Bonacorsi de Palma⁴⁰ pontua que a regulação consensual possui múltiplas finalidades, como, por exemplo, a de **condicionar** a prática de um ato administrativo a ser exarado pela Agência Reguladora à formalização de um acordo administrativo. Cita, para tanto, o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁴¹, a qual, para a expedição de *ato* de revisão técnica de contrato, demanda da operadora a celebração de **termo de compromisso** para que implante Programa de Reestruturação Gerencial, com balizas consensualmente firmadas, tais como: metas qualitativas e quantitativas, prazos, ações e efeitos do descumprimento.

Ela alerta, entretanto, que é o ato de autorização que subordina a formalização de acordos entre a entidade reguladora e o agente regulado, formando uma avença consensual de natureza integrativa. Como exemplo temos a Resolução ANP n° 5/2012, que disciplina a atividade de formulação de combustíveis, que abrange a construção, modificação, ampliação de capacidade e operação de plantas. Para autorização da operação, a Agência Nacional de Petróleo (ANP) condiciona a assinatura de termo de compromisso, ajuste parte integrante da Autorização, que estabelece prescrições para a atividade de operação, manutenção, inspeção, treinamento de pessoal, desativação de plantas de formulação de combustíveis e exigências quanto à proteção ambiental e à segurança industrial.

Ainda que os instrumentos de consensualidade no ambiente regulatório se prestem a finalidades diversas, os acordos substitutivos de processos sancionatórios

³⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-38, 2003. Disponível em: <http://www.direitodoes-tado.com.br/codrevista.asp?cod=15>. Acesso em: 26 Jul 2021.

⁴⁰ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 26 Jul 2021.

⁴¹ Resolução Normativa ANS n° 19/2002 (recentemente revogada pela Resolução Normativa n° 462/2020).

são os que prevalecem. Trata-se de consequência lógica do papel fiscalizador das Agências Reguladoras acerca do desenvolvimento privado de atividades econômicas e da prestação de serviços públicos por particulares. Exatamente por ser ínsito às entidades reguladoras a fiscalização e o “controle de qualidade” da prestação dos serviços públicos, natural a função de instrução de processos administrativos sancionadores⁴².

Assim, aos poucos, foram sendo previstos no ordenamento jurídico brasileiro diversos instrumentos de consensualidade no ambiente regulatório. Cita-se como exemplo o do art. 29 da Lei n° 9.656/1998 (Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde), alterado pela Medida Provisória n° 2.177, de 2001, que previu⁴³ a possibilidade de a ANS suspender o processo administrativo de aplicação de penalidade caso a operadora ou prestadora de serviços assinasse termo de compromisso de ajuste de conduta. Ademais, o art., 29-A⁴⁴, inserto pela mesma Medida Provisória, estabeleceu também a possibilidade de celebração de termo de compromisso para implantação de medidas benéficas aos consumidores, com o objetivo de manter a qualidade dos serviços prestados.

No âmbito da regulação do mercado de valores mobiliários, por sua vez, a Lei n° 6.385/1976, criadora da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dispôs, após alteração pela Lei n° 13.506/2017, que a Autarquia poderá deixar de instaurar ou sus-

⁴² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 26 Jul 2021.

⁴³ Lei n° 9.656/1998: Art. 29: “As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos. § 1° - O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar **termo de compromisso de ajuste de conduta**, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes. (...)” **(nosso grifo)**

⁴⁴ Lei n° 9.656/1998: Art. 29-A. “A ANS poderá celebrar com as operadoras **termo de compromisso**, quando houver interesse na implementação de práticas que consistam em vantagens para os consumidores, com vistas a assegurar a manutenção da qualidade dos serviços de assistência à saúde”. **(nosso grifo)**

pendar o processo administrativo destinado à apuração de infração, caso o investigado celebre Termo de Compromisso, cesse as práticas deletérias e corrija as irregularidades, sem prejuízo de pagamento de indenização⁴⁵.

A despeito de os referidos mecanismos de consensualidade citados estarem previstos em atos normativos primários, cumpre esclarecer que grande parte dos instrumentos de consensualidade estão disciplinados em atos normativos infralegais de cada Agência Reguladora, cada qual com suas especificidades e características. Exemplo disso é a Resolução nº 5.083/2016 – ANTT⁴⁶, em que a Agência Nacional de Transportes Terrestres, atribuiu competência para celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) e delineou de forma detalhada o procedimento, inclusive quanto à suspensão dos processos administrativos sancionadores.

Independente da nomenclatura dos ajustes firmados e das diversas disciplinas de procedimentos delineados pelas Agências Reguladoras, inequívoco que a consensualidade encontrou terreno fértil nesse subsistema. O caminho rumo à consensualidade, ao invés do punitivismo, se torna ainda mais relevante se tomado em conta o baixíssimo percentual de arrecadação de multas aplicadas por Agências Reguladoras

⁴⁵ Lei nº 6.385/1976: Art. 11, § 5º - “A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar **termo de compromisso** no qual se obrigue a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos”. **(nosso grifo)**

⁴⁶ Resolução nº 5.083/2016 – ANTT:

Art. 14. “Com a finalidade de corrigir pendências, irregularidades ou infrações, a ANTT, (...), poderá, antes da instauração ou até o encerramento de processo administrativo de que trata o presente Regulamento, convocar os representantes legais de sociedades empresárias, concessionárias, permissionárias, autorizatárias, transportadores habilitados ou inscritos perante a ANTT, para prestação de esclarecimentos e, se for o caso, celebração de Termo de Ajuste de Conduta - TAC.

Art. 15. O TAC conterá: I - data, assinatura e identificação completa das partes; II - especificação da pendência, irregularidade ou infração e da fundamentação legal, regulamentar ou contratual pertinente; III - o prazo e os termos ajustados para a correção da pendência, irregularidade ou infração; e IV - as medidas administrativas e as penalidades previstas para o caso de não cumprimento. (...)

§2º No transcurso do prazo fixado, o processo administrativo, se instaurado, ficará suspenso.

Art. 16. Decorrido o prazo estipulado no TAC, a autoridade competente verificará a execução, ou não, do compromisso assumido mediante relatório específico.

§1º Comprovado o cumprimento do compromisso, o processo administrativo para apuração de infração, se instaurado, será arquivado, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

§2º Verificado o não cumprimento do compromisso, sem prejuízo das penalidades previstas no TAC, serão adotadas as providências necessárias à instauração do processo administrativo para apuração das responsabilidades e aplicação das penalidades cabíveis ou ao seu prosseguimento, se anteriormente instaurado.

e órgãos e entidades federais com atribuição de fiscalização e controle, consoante se evidencia no Acórdão TCU nº 729/2020 – Plenário⁴⁷, decisão exarada pela Corte de Contas no terceiro acompanhamento realizado em cumprimento ao Acórdão TCU nº 1.665/2014 – Plenário.

Além do já mencionado irrisório percentual de arrecadação financeira das multas aplicadas, com média de 2,37%, é digno de nota o risco de prescrição das referidas penalidades, 45,67%, e o percentual de multas que sequer foram inscritas no Cadin, 25,75%, conforme se observa a seguir:

Tabela 1 – Média dos Indicadores dos Exercícios de 2015 a 2016

Agências/ Entidades	Multas							
	Não inscritas no Cadin	Risco de Prescrição	Canceladas		Suspensas		Arrecadadas	
			% Físico	% Físico	% Financ.	% Físico	% Financ.	% Físico
ANA	94,44%	5,56%	7,67%	11,72%	0,13%	0,78%	42,25%	57,81%
Anac	87,52%	0,00%	1,23%	4,27%	58,25%	7,23%	6,93%	27,29%
Anatel	2,91%	0,00%	2,58%	1,09%	57,97%	10,02%	4,76%	35,97%
Ancine	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	1,32%	1,39%	4,26%	24,74%
Aneel	0,00%	0,00%	0,45%	2,42%	0,00%	0,00%	4,80%	36,50%
ANP	68,00%	0,00%	0,01%	0,05%	16,63%	6,83%	11,30%	45,96%
ANS ⁽¹⁾	-	-	0,09%	0,07%	0,00%	0,00%	10,49%	16,73%
Antaq	0,00%	0,00%	0,16%	0,37%	0,00%	0,00%	32,50%	38,10%
ANTT	11,25%	0,00%	0,43%	0,80%	18,38%	10,15%	0,75%	0,79%
Anvisa	0,00%	0,00%	2,08%	1,32%	10,46%	8,02%	7,28%	11,40%
Bacen	0,00%	0,00%	0,00%	0,48%	31,23%	6,33%	1,05%	79,80%
Cade	82,06%	0,00%	0,00%	0,00%	0,80%	2,92%	0,55%	10,71%
CVM	0,20%	0,00%	1,72%	10,63%	8,80%	2,97%	2,52%	24,17%
Ibama	3,31%	96,69%	17,29%	1,59%	0,16%	0,18%	0,17%	10,14%
Susep	23,81%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,73%	25,29%
Média ⁽²⁾	25,75%	45,67%	7,92%	0,94%	5,17%	9,07%	2,37%	4,27%

Fonte: planilhas enviadas pelas unidades técnicas e/ou obtidas dos relatórios de gestão (2016) das entidades federais de fiscalização e de regulação.

⁽¹⁾ A ANS informou que os valores dos subitens 9.6.1 e 9.6.2 foram registrados com zero em função de nova metodologia aplicada pela Agência referente aos dados de 2015 e 2016.

⁽²⁾ A média dos indicadores foi obtida por meio dos dados consolidados das quinze entidades de fiscalização e de regulação, portanto, não é uma média dos indicadores individuais dessas entidades.

Cumpra ressaltar, todavia, no que diz respeito à possibilidade de prescrição, que o IBAMA apresentou o altíssimo percentual de 96,69%, o que contribuiu consideravelmente para subir a média dos órgãos e entidades analisados.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 729/2020 – Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A729%2520ANO-ACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVAN-CIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 29 jul. 2021.

No voto do Ministro Relator, Aroldo Cedraz, foi evidenciado que o baixo valor arrecadado em comparação às multas aplicadas ocorrem, em boa medida, dada a postura de os fiscalizados pagarem as multas de menor valor e questionarem as mais elevadas em outras instâncias⁴⁸. Se somado o custo administrativo desses processos sancionadores aos custos dos processos judiciais decorrentes, fica evidente a excessiva onerosidade para o Estado.

Da análise dos dados compilados no Acórdão em tela, que reforçam os levantamentos de anos anteriores, bem como da manifestação do Ministro Relator no bojo do estudo mais atual sobre o tema, resta inequívoco que instrumentos de consensualidade podem colaborar para que as atividades de fiscalização e controle dos órgãos e entidades sejam mais profícuas. Passar por um longo e oneroso *iter* processual, para, ao final, sequer ter a retribuição por parte daqueles que cometem infrações nem de longe representa o caminho mais atinente ao interesse público e ao princípio constitucional da eficiência.

Com o incremento da complexidade regulatória, tem sido ampliados os meios à disposição do Estado-regulador para conduzir o curso de ação dos regulados rumo ao interesse público. A punição é apenas um desses meios e não pode ser vista como um fim em si mesma. Trata-se de um instrumento para se atingir os objetivos da regulação. Ocorre que, por vezes, a mera penalização não alcança os resultados mais baratos e céleres se comparado à utilização dos acordos substitutivos, mecanismos cada vez mais valorizados no direito contemporâneo⁴⁹.

Alerta-se, todavia, que tão somente prever a possibilidade de celebração de TAC's não é suficiente para que esses instrumentos efetivamente cumpram os seus

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 729/2020 – Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz, p. 12. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A729%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 29 jul. 2021.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas Sanções Regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1578007/mod_resource/content/2/Acordos%C2%A0substitutivos%C2%A0nas%C2%A0san%C3%A7%C3%B5es%C2%A0regul%C3%B3rias.pdf. Acesso em 26 Jul. 2021.

objetivos. Isso fica evidente em manifestação do TCU⁵⁰ ao analisar os TAC's firmados pela ANATEL. Segundo o órgão de controle, esses TAC's apresentavam problemas relacionados a déficits informacionais no processo decisório, falta de transparência e deficiência na fiscalização dos acordos. É necessário que haja a devida reflexão acerca da operacionalização desses mecanismos no desenho regulatório e institucional a ser aplicado, de modo que haja precisão e segurança jurídica para os agentes públicos envolvidos na celebração do acordo e para os agentes regulados⁵¹.

1.1.4 – A consensualidade no Direito Urbanístico

Floriano de Azevedo Marques Neto⁵² pontua que o **urbanismo** e a **consensualidade na Administração Pública** constituem pauta hodierna no direito público. Aduz isso quanto ao primeiro, justificando que a vida urbana é fonte de praticamente todos os desafios de políticas públicas, haja vista que se interrelaciona com meio ambiente, mobilidade, soluções sanitárias, abastecimento de água, além de serviços públicos tradicionais, a exemplo de energia elétrica e abastecimento de gás, e de serviços públicos mais modernos, como o acesso à *internet* de alta velocidade. Assim, esclarece que o direito público guarda uma grande proximidade com o fenômeno urbano, uma vez que institutos como serviços públicos, poder de polícia e bens públicos só se desenvolveram em decorrência dos anseios de uma sociedade que vive em um espaço compartilhado e carece de uma disciplina geral e cogente, própria de direito público.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Processo TC 022.280/2016-2. Disponível em: <https://www.telesintese.com.br/wp-content/uploads/2017/05/TAC-TELEFONICA-TCU-1.pdf>. https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/-/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A729%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em 29 jul. 2021.

⁵¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 3, 1, 2017, p. 89 – 122, jul. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/153>. Acesso em 29 jul. 2021.

⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prefácio. In: REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Quanto ao segundo ponto, o da consensualidade na Administração Pública, aduz que o Poder Público passa por uma necessária ampliação da margem de atuação, com o deslocamento do Direito Administrativo de matiz da autoridade em direção ao consenso; à parceria; e à participação dos atores sociais e econômicos envolvidos. Em função disso, o poder público tem buscado maior legitimidade e eficiência ao recorrer aos contratos, em substituição aos tradicionais atos de autoridade.

Assim, o autor interrelaciona os dois mencionados assuntos, apontando que não só o Direito Administrativo é desafiado a rever os seus paradigmas, mas também o Direito Urbanístico, uma vez que a disciplina do “uso da propriedade urbanística, do provimento de infraestruturas e de serviços aos habitantes das cidades desafia a necessidade de novos instrumentos jurídicos⁵³”.

Antes de abordar instrumentos de consensualidade no subsistema do Direito Urbanístico, cabe trazer algumas considerações acerca da gestão democrática e a participação social no desenvolvimento urbano. Inicialmente, vale lembrar que a Constituição Federal aproximou a política urbana à democracia representativa, uma vez que assentou o planejamento urbano às Câmaras Municipais, responsáveis pela aprovação dos respectivos planos diretores, nos termos de seu art. 182⁵⁴.

Após, esse tema fora regulamentado e sistematizado pela Lei nº 10.257/2001, intitulado de Estatuto da Cidade, que, nos termos de seu art. 2º, II, trouxe o modelo democrático de gestão como diretriz geral para a política urbana⁵⁵. Outras importantes diretrizes nesse sentido estão contidas no art. 2º, III da lei em tela, que preconiza o

⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prefácio. In: REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. VIII.

⁵⁴ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 1º **O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. (nosso grifo)**

⁵⁵ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

II – **gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; (nosso grifo)**

modelo de “cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social”; bem como no art. 2º XVI, que apregoa a “isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social”.

Além disso, o mencionado diploma legal trouxe ainda capítulo próprio destinado a regular e fomentar a gestão democrática da cidade. Assim, para alcançar esse mister, o art. 43 do Estatuto da Cidade determina a utilização de instrumentos, tais como: a formação de órgãos colegiados de política urbana, em todos os níveis da federação; a realização de debates, audiências, conferências e consultas públicas; além da iniciativa popular na elaboração de projetos de lei, de planos, projetos e programas de desenvolvimento urbano.

Nessa linha, segundo o autor Guilherme F. Dias Reisdorffer⁵⁶, o exemplo mais concreto de disciplina da participação da sociedade na execução da política pública urbana está contido no art. 32 da Lei nº 10.257/2001 e diz respeito à **operação urbana consorciada**. Esse instituto representa uma gama de medidas e intervenções organizadas pelo Município “com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

Segundo o autor, trata-se de importante instituto, uma vez que confirma a possibilidade de que os particulares possam contribuir com o processo urbanístico não apenas pelos mecanismos tributários, pelo cumprimento da função social da propriedade ou mesmo pelo controle social das atividades desempenhadas pelo Estado. Assim, com a operação urbana consorciada, os particulares podem contribuir pela assunção direta e em nome próprio de tarefas do interesse público.

Desse modo, os instrumentos de gestão democrática tornam evidente a premissa de que o processo urbanístico não corresponde a uma prerrogativa exclusiva estatal, uma vez que a abertura à participação da sociedade permite a atuação da

⁵⁶ REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

comunidade e da iniciativa privada no processo urbanístico, a fim de viabilizar a divisão das responsabilidades entre grupos sociais e o Estado na execução de tarefas de interesse público⁵⁷.

Outro instrumento que pode ser inserido nesse contexto é o do **consórcio imobiliário**, preconizado no art. 46 do Estatuto da Cidade⁵⁸, que corresponde a uma forma de ajuste entre o Poder Público e o particular que busca viabilizar financeiramente um plano de urbanização, em que a propriedade do consorciado está inserida. Dito de outra forma, nesse modelo, o particular transfere seu imóvel ao Poder Público e, após a conclusão da obra, recebe, como contrapartida, uma quantidade de unidades imobiliárias já edificadas ou urbanizadas. Trata-se, portanto, de valioso mecanismo de concretização conjunta da função social da propriedade e que encontra inúmeros exemplos virtuosos decorrentes de diplomas municipais congêneres⁵⁹.

Essa espécie de cooperação entre Poder Público e particular pode ser classificada como um mecanismo do **urbanismo operativo**, que representa oposição ao modelo convencional de regulação urbanística. Trata-se de alternativa que se afasta da visão de que os planos urbanísticos incumbem tão somente ao Estado. Busca-se, assim, a modificação da realidade das cidades e a concretização da política urbana,

⁵⁷ REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁵⁸ Art. 46. O poder público municipal poderá facultar ao proprietário da área atingida pela obrigação de que trata o caput do art. 5º desta Lei, ou objeto de regularização fundiária urbana para fins de regularização fundiária, o estabelecimento de **consórcio imobiliário como forma de viabilização financeira do aproveitamento do imóvel**. (Redação dada pela lei nº 13.465, de 2017) **(nosso grifo)**

§ 1º Considera-se **consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização, de regularização fundiária ou de reforma, conservação ou construção de edificação por meio da qual o proprietário transfere ao poder público municipal seu imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas, ficando as demais unidades incorporadas ao patrimônio público. (nosso grifo)**

⁵⁹ No Município de Belo Horizonte/MG há instituto congênere ao consórcio imobiliário, que é chamado de Convênio Urbanístico de Interesse Social, previsto no Plano Diretor de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 11.181/2019): "(...) Art. 76. O convênio urbanístico de interesse social é uma forma de acordo de cooperação firmado entre o Executivo e a iniciativa privada para execução de empreendimentos de interesse social". Cabe ressaltar, que, após a conclusão das obras, o proprietário recebe participação do resultado da operação.

por meio da participação direta de particulares voltados a melhorias no domínio urbano. Essa interação pode se dar por meio de contratos administrativos, usualmente fruto de concessões; mas também por meios de atuação tipicamente urbanísticos⁶⁰.

Segundo Guilherme F. Dias Reisdorffer, exemplo do primeiro caso temos quando particulares celebram contratos administrativos, fruto de uma concessão, e assumem encargos de caráter urbanístico relacionados à construção ou à manutenção de equipamentos públicos ligados ao entorno da operação. Observa-se essa espécie de cooperação no empreendimento da Arena Pernambuco, que envolveu uma forma associada de desenvolvimento de núcleo urbano no entorno, intitulado “Cidade da Copa”, que além da construção e operação do estádio, compreendeu inclusive a comercialização de unidades de habitações nos arredores da arena esportiva.

Além disso, como visto, temos tipos de operacionalização de acordos autônomos do Direito Urbanístico, firmados entre Poder Público e particulares, que são realizados fora do subsistema do regime de concessões, como por exemplo o instituto da **urbanização consorciada**, parceria extraída da Lei Complementar nº 111/2011 do Município do Rio de Janeiro/RJ. Nos termos do art. 93 desse diploma, esse instrumento visa a integração e a divisão de competências e recursos para a execução de determinados projetos e obras, “com a participação de recursos privados obtidos através de contrapartidas dos proprietários, de consórcios ou da aplicação dos instrumentos de gestão do uso e ocupação do solo⁶¹”. Além disso, essa parceria pode se dar por iniciativa do poder público ou por meio de proposta dos interessados e terá coordenação da administração municipal.

⁶⁰ REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁶¹ Lei Complementar nº 111/2011 do Município do Rio de Janeiro: (...) IX - **Da Urbanização Consorciada** (...) Art. 93. **A urbanização consorciada será utilizada em empreendimentos conjuntos de iniciativa privada e dos poderes públicos** federal, estadual e/ou municipal, sob a coordenação deste último, **visando à integração e à divisão de competências e recursos para a execução de projetos e obras específicos, com a participação de recursos privados obtidos através de contrapartidas dos proprietários, de consórcios ou da aplicação dos instrumentos de gestão do uso e ocupação do solo. (nosso grifo)**

Parágrafo único. A urbanização consorciada poderá ocorrer por iniciativa do Poder Público ou através de propostas dos interessados, avaliado o interesse público pelo órgão responsável pelo planejamento urbano do Município e ouvido o Conselho Municipal de Política Urbana - COMPUR.

Assim, todos esses tipos de interações se pautam na premissa de que é possível que tarefas anteriormente tidas por essencialmente públicas, tal como a execução de planos urbanísticos, sejam realizadas por meio de uma gestão pública pactuada e compartilhada. Essa atuação não pode ser justificada apenas com a aplicação dos paradigmas teóricos tradicionais, tendo em vista as possibilidades de atuação administrativa se avolumaram e se diversificaram em face de um ambiente mais complexo e dinâmico. Dito de outra forma, a institucionalização e a formalização dessas “vias de diálogo (...) para a concepção e promoção de intervenções urbanísticas serve não para ‘privatizar’ o desempenho das atividades estatais, mas para ampliar as possibilidades de atuação estatal e do correspondente controle”⁶².

1.1.5 - A possibilidade de solução consensual de conflitos preconizada pela Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 1985) e pelo CPC de 2015.

A Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, desde que foi alterada pela Lei nº 8.078, de 1990, passou a prever⁶³ no §6º do art. 5º a possibilidade de que órgãos públicos celebrassem com os interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações inseridas nesses ajustes. Trata-se, portanto, do primeiro permissivo **genérico** para soluções pactuadas no ordenamento jurídico brasileiro.

A exemplo da maioria dos demais instrumentos de consensualidade previstos na década de 1980 e 1990, o comando legal é lacônico e pouco informa acerca do que pode ser objeto do compromisso e como ele se daria. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara defendem que o permissivo consensual previsto na Lei da Ação

⁶² REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual**: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 226.

⁶³ Lei nº 7.347, de 1985: Art. 5º - “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (...) § 6º **Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.** (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) **(nosso grifo)**

Civil Pública é uma autorização legal aberta para que a autoridade administrativa competente possa inclusive substituir sanções por acordos de ajustamento de conduta. Em outras palavras, entendem que a referida legislação não limitou o conteúdo do que pode ser pactuado, mas tão somente determinou que haja a adequação da situação jurídica posta às “exigências legais”⁶⁴.

Eles reforçam, portanto, que a autorização para a celebração de compromisso no bojo da Lei da Ação Civil Pública teve o objetivo de permitir aos agentes públicos competentes o poder de transigir acerca do cumprimento de exigências legais. Entendem que a lei não limitou o conteúdo do que pode ser pactuado justamente para viabilizar o consenso e a negociação, com a única condição de que o particular deixe de estar em desconformidade com o que exigem as leis.

É sabido que a Lei de Ação Civil Pública⁶⁵, consoante previsto em seu art. 1º, tutela a responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentro outros. Desse modo, tanto a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quanto as entidades da Administração Indireta⁶⁶ poderão ajuizar a ação em tela, estando autorizados a celebrar compromisso de ajustamento, desde que a atuação guarde pertinência temática com os objetos tutelados pela lei. Trata-se, portanto, de uma norma que tem o efeito de legitimar a utilização dos Termos de Ajustamentos Conduta (TAC's) pelo Poder Público em processos Administrativos, a despeito da existência de normas específicas regulando o tema⁶⁷.

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas Sanções Regulatorias. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1578007/mod_resource/content/2/Acordos%2%A0substitutivos%2%A0nas%2%A0san%C3%A7%C3%B5es%2%A0regulat%C3%B3rias.pdf. Acesso em 26 Jul. 2021.

⁶⁵ Lei nº 7.347, de 1985 - Art. 1º - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e VIII - ao patrimônio público e social.

⁶⁶ Lei nº 7.347, de 1985 - Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (...)

⁶⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito,

Também o Código de Processo Civil de 2015 acabou por trazer reflexos positivos à consensualidade na Administração Pública, auxiliando na inserção dos cidadãos em um “processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal⁶⁸”.

Esse fenômeno tem origem no modelo cooperativo que foi adotado pelo Código de Processo Civil vigente, que impôs o dever de cooperação aos sujeitos, de modo que essa sistemática auxilie em uma decisão justa, efetiva e em tempo razoável. Além disso, disciplinou no §2º do art. 3º que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Assim, no campo da consensualidade, o Código de Processo Civil de 2015, que valorizou a vontade das partes e os acordos em detrimento de um sistema rígido e formal, está no mesmo sentido do novo paradigma consensual do Direito Administrativo⁶⁹.

É ínsito ao CPC o estímulo a autocomposição das partes, mediante solução pacífica e consensual das contendas. Somado esse espírito ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), tem-se que o Código de Processo Civil teve o condão de produzir um sistema eficiente, exatamente por meio da adoção de modelos consensuais de conflitos⁷⁰.

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 26 Jul 2021.

⁶⁸ 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. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 305, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em 28 Jul. 2021.

⁶⁹ NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827>. Acesso em 26 Jul. 2021.

⁷⁰ WANBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Reflexo disso para a Administração Pública está contido no art. 174 do CPC, que dispôs que os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) criarão câmaras de conciliação e mediação, com competências relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito da Administração. Essas Câmaras poderão avaliar a admissibilidade de pleitos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no bojo Administração; bem como promover a celebração de termo de ajustamento de conduta, quando couber⁷¹.

Da interpretação gramatical que se dá ao referido artigo, em especial do vocábulo “criarão”, verifica-se que a criação das Câmaras mencionadas não são uma faculdade, mas sim uma obrigação dos entes federativos. Além disso, as hipóteses de atuação elencadas pela lei são meramente exemplificativas, conforme se denota da expressão “tais como” contida no art. 174, o que pode ampliar potencialmente a utilização de instrumentos consensuais para dirimir conflitos entre a Administração Pública e os particulares⁷².

Por fim, cumpre ressaltar que o art. 15 do CPC⁷³ apregoa que na ausência de normas que regulem o processo administrativo serão aplicadas supletiva e subsidiariamente as disposições do referido Código. Trata-se de dispositivo inovador em relação ao CPC anterior e importante ponto de contato entre a normal processual e a Administração Pública, que somado ao muito mais efetivo art. 174, constitui mais um passo rumo à consensualidade nas relações entre o Poder Público e os particulares.

⁷¹ Lei nº 13.105, de 2015 - Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **criarão** câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. **(nosso grifo)**

⁷² PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público: uma análise a partir do CPC/2015 e da lei 13.140/2015. **Revista de Processo**. v. 261/2016. p. 467-497. nov. 2016.

⁷³ Lei nº 13.105, de 2015 - Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

1.1.6 - O acordo de leniência celebrado pela Administração Pública com fulcro na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e sua conexão com as infrações administrativas havidas no bojo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Em um contexto de intensas manifestações populares, que incluíram diversas pautas sociais e econômicas, além de protestos contra os escândalos de corrupção que dominavam os noticiários, foi editada a Lei nº 12.846/2013, intitulada de Lei Anticorrupção. Essa norma previu em seu art. 16 a possibilidade de celebração de **acordos de leniência** para que, em resumo, a pessoa jurídica cesse por completo o seu envolvimento na infração investigada e coopere efetivamente com a apuração do ilícito⁷⁴. Além disso, permitiu que a pessoa jurídica que celebre o referido acordo, desde

⁷⁴ Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar **acordo de leniência** com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e

II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

§ 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

II - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo;

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

§ 4º O acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 5º Os efeitos do acordo de leniência serão estendidos às pessoas jurídicas que integram o mesmo grupo econômico, de fato e de direito, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas.

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 7º Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8º Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

§ 9º A celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos nesta Lei.

§ 10. A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

que cumpridos os requisitos legais, fique isenta de determinados tipos de sanções, bem como tenha o benefício de redução de multa em até dois terços.

Trata-se de instituto que já havia sido previsto no subsistema concorrencial com suas peculiaridades próprias (vide item 1.1.2 desta Dissertação), por meio da Lei nº 12.529/2011, e vem sendo continuamente disseminado com o fito de buscar prevenir os efeitos do ato ilícito praticado por pessoa jurídica. Além disso, vem sendo utilizado para retirar essa pessoa jurídica da condição de ilegalidade, por meio da implantação ou reforço de programa de integridade (*compliance*).

Já no art. 17 da Lei nº 12.846/2013 representou um ponto de contato com as contratações públicas⁷⁵, uma vez que esse dispositivo permitiu que a Administração Pública celebre acordo de leniência com a pessoa jurídica que cometer os ilícitos previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993), com a finalidade de atenuar ou isentar as sanções administrativas previstas nos arts. 86 a 88 do antigo estatuto de compras. Cumpre ressaltar que dentre essas sanções previstas estão a multa; a suspensão temporária de participação em licitação; o impedimento de contratar com a Administração; e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Ainda que haja possibilidade de a Administração celebrar acordo de leniência acerca de ilícitos contidos na lei de licitações e contratos, verifica-se que as instâncias são autônomas e independentes, consoante previsto no art. 30 da lei anticorrupção⁷⁶, que dispõe que as sanções previstas nessa lei não afetam os processos de responsabilização e aplicação de pena decorrente de atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, assim como outras normas de licitações e contratos, a exemplo da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações. Percebe-se,

⁷⁵ Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 17. A administração pública poderá também celebrar **acordo de leniência** com a pessoa jurídica responsável **pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. **(nosso grifo)**

⁷⁶ Lei nº 12.846, de 2013 - Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 ; e II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

portanto, que tanto o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), preconizado pela lei anticorrupção, tanto o processo administrador sancionador previsto na lei de licitações e contratos administrativos terão seu curso regular, podendo serem objeto de acordo de leniência em caso do atendimento dos requisitos legais e regulamentares⁷⁷.

Cumprido ressaltar, por fim, que mecanismo do acordo de leniência somente atenderá ao interesse público se a colaboração do setor privado efetivamente promover um incremento de integridade pela pessoa jurídica ou dos elementos de investigação. A empresa deve ofertar de forma completa informações, depoimentos e documentos que detenha acerca do ilícito e efetivamente colaborar com o desenvolvimento das investigações. Para além dos benefícios diretos advindos dessa perspectiva consensual entre Administração Pública e particular, evidencia-se que a lei anticorrupção e o instrumento do acordo de leniência colocaram na ordem do dia empresarial a preocupação com a fixação de processos e sistemas de atendimento às prescrições legais e regulamentares, colocando também o setor privado como fiscal da atuação de seus pares⁷⁸.

1.1.7 – A consensualidade nas Contratações Públicas

Inicialmente, cumpre destacar que a Lei nº 8.666/1993, ao dispor sobre normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, substituiu o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e foi estruturada mediante reforço das cláusulas exorbitantes, bem como da supremacia do interesse público *a priori* na relação contratual com os particulares⁷⁹.

⁷⁷ A Lei nº 12.846, de 2013 (lei anticorrupção) foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.420/2015.

⁷⁸ TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. Acordo de Leniência e Investigações Internas como Mecanismos Eficazes de Enfrentamento da Corrupção. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 257 – 269.

⁷⁹ Isso porque foram reiteradas no texto da Lei nº 8.666/1993 as cláusulas exorbitantes contidas no Decreto-Lei nº 2.300/1986, as quais, diga-se de passagem, estão todas presentes na nova lei de licitações (Lei nº 14.133/2021):

O regime adotado na Lei nº 8.666/1993, na visão de Vivian Lopez Valle⁸⁰ coloca o contratado em uma relação de subordinação e em um contexto de desconfiança, litígio e beligerância, ao invés da parceria. Essa visão do particular como litigante em potencial implica, em última análise, em maior onerosidade aos cofres públicos, em razão do aumento dos valores contratados, como consequência do maior nível de insegurança e risco impostos ao licitante/contratante.

Segundo a autora, uma vez que as prerrogativas tradicionais da Administração estão contidas no contrato *a priori* e expressas em uma lei geral de licitações e contratos, há uma certa presunção que a empresa contratada poderá faltar com a boa-fé. Essa visão gera instabilidade e animosidade, o que tumultua o bom andamento da execução contratual. Trata-se de um jogo perde-perde. Isso porque o contratado presume comportamentos unilaterais e imprevisíveis por parte da Administração Pública, ao passo que essa presume ausência de boa-fé, inexecução contratual e, por vezes, impõe suas prerrogativas nas decisões antes mesmo da situação concreta efetivamente justificar a medida.

Diante desse cenário, pouco temos de consensualidade na Lei nº 8.666/1993. O art. 4º da norma dispõe que qualquer cidadão pode acompanhar o procedimento licitatório⁸¹. Além disso, o art. 7º, §8º e o art. 15, §6º, permitem, respectivamente, que o cidadão requeira à Administração os quantitativos e preços unitários de obra executada⁸², bem como possa impugnar preço incompatível com o mercado⁸³. O art. 41, §1º

modificar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos; fiscalizar sua execução; aplicar sanções administrativas; reter créditos; ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato; e restrição à aplicação da cláusula de exceção do contrato não cumprido.

⁸⁰ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

⁸¹ A Lei nº 8.666, de 1993 – Art. 4º “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos”.

⁸² A Lei nº 8.666, de 1993 – Art. 7º, §8º - “Qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”.

⁸³ A Lei nº 8.666, de 1993 – Art. 15, §6º - “Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.”

da lei, por sua vez, dispõe que o cidadão também poderá impugnar o edital de licitação em razão de irregularidade na aplicação da lei⁸⁴. Entende-se, todavia, que esses dispositivos são mais voltados à transparência do que propriamente à consensualidade.

Como principal mecanismo de consensualidade da Lei nº 8.666/1993 temos o art. 39, que dispõe as audiências públicas serão obrigatórias para licitações com valor estimado superior a R\$ 330.000.000,00 (trezentos e trinta milhões de reais)⁸⁵. A existência desse instrumento foi um primeiro passo na participação popular nas licitações, muito embora tenha sido declarada obrigatória apenas para certames de altíssimo valor. Cumpre ressaltar que a falta da referida audiência constitui vício insanável, que macula todo o procedimento licitatório, conforme entendimento pacífico do TCU⁸⁶.

A finalidade dessa medida é o cumprimento do dever de transparência, por meio de uma ampla discussão, a fim de que sejam exibidos os parâmetros e fundamentos do modelo aventado pela Administração, bem como para que os interessados sejam ouvidos, levados em consideração e que possam propor novos caminhos. Trata-se, portanto, de um diálogo entre as agentes públicos e os cidadãos⁸⁷.

⁸⁴ A Lei nº 8.666, de 1993 – Art. 41 °, § 1° - “Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113”.

⁸⁵ A Lei nº 8.666, de 1993 – Art. 39 “Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, **obrigatoriamente**, com uma **audiência pública** concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual **terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.” (nosso grifo)**

A respeito do valor, cumpre ressaltar que o Decreto Federal nº 9.412/2018 alterou o limite previsto no art. 23, I, “c” para R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), razão pela qual chega-se ao montante exposto no corpo da dissertação.

⁸⁶ V.g. Acórdão TCU nº 2397/2017-Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz; e Acórdão TCU nº 2690/2011-Plenário, TC010.098/2010-0, Relator Ministro Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.

⁸⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, ago/set/out, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>. Acesso em 8 ago 2021.

Isso porque com a audiência pública, a Administração, ainda que não se vincule obrigatoriamente aos resultados obtidos da participação popular, deve ao menos provar que a sua decisão, não obstante questionada pela comunidade envolvida, foi a melhor escolha. Em outras palavras, a audiência, além do atendimento ao *múnus* de transparência, tem o condão de reforçar a motivação da Administração, o que acaba por tornar essa decisão mais legítima.

Fazer uso das audiências públicas importa segundo Lúcia Figueiredo Valle⁸⁸ uma atuação eficiente, haja vista que permite que a Administração contemple todas as possibilidades de se obter a melhor contratação possível, mediante uma decisão amplamente discutida, com efetiva colaboração de setores da sociedade civil. Para tanto, não pode ser a audiência uma mera formalidade; mas sim um instrumento que escute e leve em conta as manifestações dos envolvidos.

A Lei nº 8.987/1995, norma que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos prevista no art. 175 da CRFB/1988, por sua vez, vai além, e representa um novo avanço da Administração Pública no caminho de uma relação mais paritária com os particulares. A referida lei disciplina⁸⁹ no art. 1º que seu regime é público e privado⁹⁰. Além disso, dispõe que é cláusula essencial no contrato de concessão aquela relativa ao modo amigável de solução de divergências contratuais⁹¹. Ademais, após a alteração pela Lei nº 11.196/2005, passou a permitir a adoção de mecanismos privados de resolução de controvérsias relacionadas ao contrato,

⁸⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, ago/set/out, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>. Acesso em 8 ago 2021.

⁸⁹ A Lei nº 8.987, de 1995 – Art. 1º “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

⁹⁰ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

⁹¹ A Lei nº 8.987, de 1995 – Art. 23. “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XV - ao foro e ao **modo amigável de solução das divergências contratuais.**” (nosso grifo)

inclusive por meio de arbitragem⁹². A lei de concessões permitiu ainda, mediante autorização, o auxílio da iniciativa privada na elaboração de estudos, levantamentos e projetos vinculados a contratação, os quais serão custeados pelo vencedor da licitação⁹³.

Pode-se dizer que há na Lei n° 8.987/1995 uma maior liberdade de atuação pelo particular, em especial pela possibilidade de realização de investimentos de longo prazo, para paulatina amortização de capital, com vistas ao incremento da eficiência na prestação. Outro exemplo de maior liberdade para o particular no campo das concessões e permissões é a possibilidade de que o autor do projeto básico ou executivo possa participar da licitação, da obra ou serviço, nos termos do art. 31 da 9.074/1995, que dispõe sobre normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos⁹⁴. À guisa de comparação, a Lei n° 8.666/1993 veda expressamente essa possibilidade⁹⁵.

É natural que a consensualidade tenha encontrado ambiente mais fértil nos contratos de concessão, haja vista que as avenças de longa duração por natureza estão mais sujeitos à incerteza e demandam uma regulação jurídica que permitam mutabilidade, aliada à segurança jurídica. Nessa senda, Vivian Cristina Lima Lopez Valle⁹⁶ pontua que para esses tipos de contratos há necessidade de reposicionamento

⁹² Lei n° 8.987, de 1995 – Art. 23-A. “O contrato de concessão poderá prever o emprego de **mecanismos privados para resolução de disputas** decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996”. **(nosso grifo)**

⁹³ Lei n° 8.987, de 1995 – Art. 21. “Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”.

⁹⁴ Lei n° 9.074, de 1995 – Art. 31. “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

⁹⁵ Lei n° 8.666, de 1993– Art. 9° “Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; (...)”

⁹⁶ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

do regime jurídico administrativo atual, uma vez que a complexidade contemporânea e os contratos administrativos de prazo de longa duração exigem uma nova racionalidade da Administração Pública.

Isso porque, nesses contratos de longo prazo, há uma evidente sujeição de fatores econômicos, políticos e de mercado, o que impede que esses ajustes sejam tidos por completos. Há um espaço natural de incompletude nessas avenças a ser regulado. Desenvolver essa regulação jurídica que consiga dar conta dessas relações é um desafio para a Administração Pública Contemporânea. Desta feita, a autora defende “a existência de um espaço de diálogo Estado-Sociedade mais equilibrado e um relacionamento público-privado sem prevalências *a priori*”⁹⁷.

Seguindo a ordem cronológica de medidas consensuais nos estatutos relacionados a contratações públicas, tivemos na Lei nº 10.520/2002, norma que instituiu a modalidade pregão, o advento da possibilidade de lances verbais⁹⁸, instituindo uma possibilidade de negociação entre particular e Administração na definição do preço para a futura relação contratual. Percebe-se, portanto, outro indicativo de flexibilização na rígida autoridade da Administração Pública que permeia de forma tão marcante os procedimentos licitatórios.

Cabe ressaltar ainda que o Decreto Federal nº 10.024/2019, que regulamenta o pregão na modalidade eletrônica, também reservou espaço para mitigação de unilateralidade ao disciplinar a negociação da proposta⁹⁹, consoante se observa de seu

⁹⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 58.

⁹⁸ Lei nº 10.520, de 2002 – Art. 4º “A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela **poderão fazer novos lances verbais** e sucessivos, até a proclamação do vencedor; IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), **oferecer novos lances verbais** e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

⁹⁹ Decreto nº 10.024/2019 – Art. 38. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá **encaminhar**, pelo sistema eletrônico, **contraproposta** ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, **para que seja obtida melhor proposta**, vedada a negociação em condições diferentes das previstas no edital. § 1º A **negociação** será realizada por meio do sistema e poderá ser acompanhada pelos demais licitantes (**nosso grifo**)

art. 38. Cabe ressaltar que aqui a negociação se dará com o licitante que apresentar a melhor proposta e será feita por meio do sistema, no que será acompanhada pelos demais licitantes. Trata-se de uma prática de consensualidade ágil e transparente que tem trazido benefícios à Administração Públicas atinentes aos princípios da eficiência e da economicidade.

Volvendo-se às avenças de longo prazo de duração, tivemos com a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP's), Lei nº 11.079/2004, novas inserções de consensualidade nas contratações do Poder Público. Pela própria natureza da contratação, difícil se cogitar o sucesso de um projeto complexo como uma PPP sem que haja um mínimo de alinhamento entre as partes envolvidas¹⁰⁰. Em outras palavras, as características intrínsecas dessa espécie de contrato demandam a participação dos interessados, a fim de que o Poder Público possa capturar a criatividade própria da iniciativa privada e possibilitar que essa conceba e desenvolva meios alternativos para a gestão da utilidade pública¹⁰¹.

No art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 consta a possibilidade de utilização de mecanismo privado de resolução de disputa, inclusive por meio da arbitragem¹⁰². Já no art. 12, inciso IV, há a possibilidade de complementações pelo particular, saneamento de falhas e correções formais havidas no curso do certame¹⁰³, o que além de refletir uma postura mais dialógica, importa um cariz menos burocrático e formalista por parte da Administração nas contratações públicas.

¹⁰⁰ MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. 2016. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁰¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de. (Org.). *Parceria público-privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 53-85.

¹⁰² Lei nº 11.079, de 2004 – Art. 11 – “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato (...), podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos **mecanismos privados de resolução de disputas**, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. **(nosso grifo)**

¹⁰³ Lei nº 11.079, de 2004 – Art. 12 – “O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: (...) IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.”

Além disso, no art. 3º da Lei das PPP's é disposto que às concessões administrativas aplica-se também o art. 21 da Lei nº 8.987/1995 e o art. 31 da Lei nº 9.074/1995, que, como visto, autorizam estudos, projetos e levantamento por particulares; bem como a participação na licitação daqueles que produziram o projeto básico ou executivo. Ainda que esses permissivos constassem do ordenamento desde meados da década de 1990, somente com a Lei das PPP's e com o art. 2º da Lei nº 11.922/2009¹⁰⁴, efetivamente foi disseminada a interação entre os futuros parceiros de uma concessão¹⁰⁵.

Isso porque a adoção dessas sistemáticas no bojo das PPP's fez aumentar a percepção de que a atribuição desse encargo aos particulares que tenham interesse em contratar tende a aumentar a eficiência de uma contratação, haja vista o estímulo ao próprio contratado em buscar soluções técnicas acerca da atividade que terá que desenvolver por longos anos de execução da avença¹⁰⁶. Essa interação dialógica entre particular e Administração no bojo das contratações públicas por meio de Concessões e PPP's foi intitulada de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)¹⁰⁷ e regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.458/2015, além de inúmeros¹⁰⁸ Decretos nas esferas Estadual e Distrital.

A Lei nº 12.462/2011, por seu turno, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e foi criada para conferir flexibilidade e agilidade nas contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014; dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016; bem como para infraestrutura e de contratação de serviços para os

¹⁰⁴ Lei nº 11.922/2009 - Art. 2º - "Ficam os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios autorizados a estabelecer normas para regular procedimento administrativo, **visando a estimular a iniciativa privada a apresentar, por sua conta e risco, estudos e projetos relativos à concessão de serviços públicos**, concessão de obra pública ou parceria público-privada" **(nosso grifo)**

¹⁰⁵ MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. 2016. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁰⁶ SILVA, Danilo Tavares. Licitação na Lei nº 11.079/04. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-96.

¹⁰⁷ Instituto que será abordado no item 1.2.2.2 desta Dissertação.

¹⁰⁸ A exemplo do Decreto nº 45.294/2015, do Estado do Rio de Janeiro; Decreto nº 962/2012, do Estado de Santa Catarina; e Decreto nº 39.613/2019, do Distrito Federal.

aeroportos das capitais. Com o passar dos anos, foram sendo inseridas novas possibilidades de adoção desse regime, a exemplo das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC (em 2012); de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (em 2012); e das ações no âmbito da segurança pública (em 2015). Algumas das inovações desse estatuto se disseminaram e estão contidas inclusive na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, tais como a possibilidade de orçamento sigiloso e de contratação integrada.

A Lei do RDC, portanto, se apresentou mais voltada à eficiência se comparada aos estatutos anteriores, consoante se observa no art. 1º, §1º, que dispõe que essa norma tem como objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas, bem como promover a troca de experiências e tecnologias em prol de benefícios ao Poder Público¹⁰⁹.

Além disso, a exemplo dos estatutos já citados, a Lei do RDC previu que os contratos por ela regidos podem empregar mecanismos privados de resolução de controvérsias¹¹⁰, inclusive a arbitragem, a ser realizada consoante dispõe a Lei nº 9.307/1996¹¹¹; e a mediação, a fim de dirimir conflitos relacionados à execução dos contratos.

A Lei nº 13.303/2016, intitulada de Lei das Estatais, por sua vez, foi criada para regulamentar o art. 173, §1º da CRFB/1988¹¹² e dentre outros avanços, buscou mitigar

¹⁰⁹ Lei nº 12.462/2011 – Art 1º - (...) § 1º O RDC tem por objetivos: I - ampliar a **eficiência** nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - **promover a troca de experiências e tecnologias** em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; **(nosso grifo)**

¹¹⁰ Lei nº 12.462/2011 -Art. 44-A. “Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a **arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a **mediação**, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015) **(nosso grifo)**

¹¹¹ Como será visto em tópico próprio, trata-se da Lei que dispõe sobre Arbitragem e foi alterada pela Lei nº 13.129/2015, para permitir que a Administração Pública direta e indireta possa se utilizar desse instrumento para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹¹² Constituição Federal, art. 173, § 1º: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)”

a influência política na nomeação de dirigentes de Empresas Públicas, de Sociedades de Economias Mistas e de suas subsidiárias. Além disso, a referida lei teve o condão de delinear disposições de caráter geral de licitações e contratos a serem adotados pelas referidas entidades.

Natural que o estatuto de contratações de entidades que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços tenda a ser mais paritário e dialógico que o estatuto que rege as contratações da Administrações diretas, autárquicas e fundacionais. Exemplo evidente disso é o art. 72 da Lei nº 13.303/2016, que dispõe que os contratos celebrados no bojo desse estatuto somente poderão ser alterados por meio de acordo entre as partes¹¹³.

Cabe esclarecer que o art. 81 desse diploma também dispõe que as modificações nos contratos regidos pela Lei das Estatais somente se darão por meio da anuência das partes, opção do legislador que reforça e valoriza o aspecto consensual em detrimento do modelo tradicional de contratações¹¹⁴. Ou seja, resta claro uma negação à unilateralidade e ao regime de prerrogativas, acompanhada da abolição das cláusulas exorbitantes que permeavam e permeiam as normas gerais de licitações (Decreto 2.300/1986, Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 14.133/2021).

Assim, não terão lugar nos contratos regidos pela Lei das Estatais, por exemplo, acréscimos e supressões unilaterais dos objetos contratuais, rescisões unilaterais, ou ocupações provisórias de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato.

Ainda no que toca a Lei nº 13.303/2016, cabe ressaltar que nela fora previsto o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), instrumento de consensualidade que permite que a Administração se aproxime de projetos, inovações e tecnologias da iniciativa privada, mitigando a assimetria de informações entre as partes. Desse modo, o art. 31, 4º da lei dispõe que a empresa pública e a sociedade de economia mista

¹¹³ Lei nº 13.303/2016 - Art. 72. “Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes, vedando-se ajuste que resulte em violação da obrigação de licitar”.

¹¹⁴ FERRAZ, Luciano. **Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos**. Consultor Jurídico, Set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-15/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-bilateralidade-contratos>. Acesso em: 10 Ago. 2021.

poderão adotar o procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas.

No mesmo ano de publicação da Lei das Estatais foi criado o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, por meio da Lei nº 13.334/2016, com o objetivo de ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura, nos termos do art. 1º, caput da referida norma.

Cumprе ressaltar, todavia, que os mencionados contratos de parceria não constituem nova modalidade de contrato, uma vez que representam, nos termos do art. 1º, §2º da lei, avenças já existentes e que representam a atuação de particulares em atividades de interesse público, tais como: concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, dentre outros. Consoante anota Odete Medauar¹¹⁵, “trata-se de programa que visa a ressaltar a colaboração de particulares na execução de empreendimentos públicos”.

1.2 - Novos Instrumentos de consensualidade e reforço de mecanismos já existentes na Administração Pública

Passa-se agora ao exame de recentes instrumentos de consensualidade inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pelo art. 26 da LINDB, por meio da Lei nº 13.655/2018; quanto pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ademais, far-se-á um estudo do reforço dos mecanismos já existentes de concertação administrativa em razão da novel Lei nº 14.133/2021. Além disso, explorar-se-ão os dispositivos do novo estatuto de compras que tem o condão de mitigar a unilateralidade das decisões administrativas em contratações públicas.

¹¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.323.

1.2.1 - A norma geral autorizadora genérica de acordos administrativos contida no art. 26 da LINDB, que fomentou os acordos substitutivos em procedimentos sancionatórios e os acordos integrativos

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹¹⁶ (LINDB), Decreto-Lei nº 4.657, está em vigor desde 1942 e representa um diploma de sobredireito acerca de, por exemplo, vigência de normas, nos termos dos art. 1º e 2º; interpretação, art. 5º; aplicação da lei no tempo, art. 6º; aplicação da lei no espaço, arts. 7º a 19, dentre outras.

Com a publicação da Lei nº 13.655/2018, houve a inserção dos art. 20 ao 30 para contemplar disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Em outras palavras, a referida lei fez constar na LINDB normas de sobredireito também na aplicação do direito público¹¹⁷.

O art. 26 da LINDB¹¹⁸ estrutura o que normas esparsas já tratam, há longa data, sobre institutos que encaminham a Administração Pública rumo à consensualidade. Consagra a dinâmica de atuação consensual ao fixar permissivo genérico para que toda a Administração Pública celebre ajustes com os particulares, independentemente da existência de regulamentação específica. Assim, o dispositivo em tela se soma ao

¹¹⁶ A Lei nº 12.376/2010, a fim de tornar formal o aumento o campo de aplicação da norma de sobredireito, alterou o nome da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Isso porque a incidência da norma por óbvio não se restringia tão somente ao Código Civil, uma vez que sempre alcançou a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹¹⁸ Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

art. 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública¹¹⁹ ampliando no sistema jurídico brasileiro as normas autorizadas genéricas de consensualidade. Ademais, traz importantes diretrizes para uma prática negociada mais paritária e pública, visando o efetivo atendimento do bem comum. Em outras palavras, o referido dispositivo contribui para que se viabilize a consensualidade administrativa com maior segurança jurídica e efetividade¹²⁰.

Além disso, o mencionado dispositivo representa mais uma superação de paradigma construído a propósito do exercício do poder extroverso, uma vez que o novel diploma se apresenta como relevante previsão de consenso no exercício do poder estatal, conferindo importante avanço para o vetor da consensualidade no direito público brasileiro. Nesse novo contexto, resta superada a ideia de que o poder de polícia deva ser sempre coercitivo, uma vez que, com esse diploma, há um reforço da segurança jurídica para que o administrado seja convocado para participar da decisão¹²¹.

Com o disposto no art. 26 da LINDB, passamos a contar com uma norma de sobredireito no ordenamento jurídico brasileiro que estabelece uma diretriz geral de aplicação de soluções acordadas por toda a Administração Pública, com o fito de eliminar irregularidades; incertezas jurídicas; ou situações contenciosas na aplicação do direito. Quanto a esse ponto, cabe observar que o próprio dispositivo admite a possibilidade de existência de incertezas no direito público, o que já representa uma evolução em relação à racionalidade originária da LINDB, e que essas incertezas podem ser solucionadas de modo dialógico.

Desde a publicação da Lei nº 13.655/2018, a Administração não pode tão somente aplicar a lei desacompanhada da análise das consequências de sua

¹¹⁹ Vide item 1.1.5 desta Dissertação.

¹²⁰ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

¹²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

decisão¹²² e sem levar em conta a possibilidade de transigir ou de buscar soluções alternativas de consensualidade em relação ao dissenso com particulares. Rafael Wallbach Schwind¹²³ vai além e entende que diante desse dispositivo há um dever por parte da Administração de efetivamente avaliar a possibilidade de celebrar compromisso com os envolvidos, com o objetivo de buscar uma solução equânime, proporcional e eficiente.

Essa posição acompanha o entendimento de Onofre Alves Batista Júnior e Sarah Campos¹²⁴, para quem, estando a autoridade administrativa diante de uma alternativa que leve ao que chamam de melhor interesse público possível, é poder/dever desse agente público optar pela via transacional, mesmo sabendo que pode sofrer questionamentos por parte de unidades de controle que porventura tenham uma visão mais estreita do *múnus* da Administração Pública.

Dito de outra forma, o que os autores aduzem é que se existe a possibilidade de celebração de contratos alternativos ao ato exclusivamente unilateral, que propiciem soluções mais ajustadas ao desiderato do atendimento otimizado do bem comum, em especial se o direito estabelece cláusulas autorizativas, como agora temos no art. 26 da LINDB, firma-se um poder-dever de transacionar.

Ainda sobre o alcance do art. 26 da LINDB, temos que quando a norma específica fizer previsão de sancionamento, será cabível, cumpridos os requisitos formais da própria LINDB, a celebração de acordos administrativos, excetuados os casos em que a norma expressamente repila a utilização de instrumentos de consensualidade¹²⁵, tal como se verificava na redação anterior do art. 17 da Lei de

¹²² Com a publicação da Lei nº 13.655/2018, a autoridade administrativa não poderá decidir com base em valores jurídicos abstratos e sem que se observe as consequências práticas da decisão, nos termos do art. 20.

¹²³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹²⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A Administração Pública consensual na modernidade líquida**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

¹²⁵ MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB: consensualidade, tensões, sentidos e processo**. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021.

Improbidade Administrativa, antes da reforma desse estatuto, levada a cabo pela Lei nº 14.230/2021.

Cabe ressaltar que, após a edição dessa lei, o Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar **acordo de não persecução civil**¹²⁶, desde que dele advenham, ao menos: o integral ressarcimento do dano; e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Volvendo-se à nova LINDB, passa-se ao exame das quatro possibilidades permissivas elencadas expressamente no caput do art. 26 para a celebração de compromissos com particulares. A primeira delas é a celebração de ajuste para *eliminação de irregularidade*. Com essa medida, é reconhecido pela LINDB que a invalidação/anulação e o sancionamento não são as únicas alternativas no ordenamento jurídico. Busca-se resolver a irregularidade, para que o particular passe a estar em conformidade com o ordenamento, mediante a celebração de um compromisso. A segunda é a *incerteza jurídica*, hipótese em que a Administração não sabe ao certo se a situação é ou não regular ou quando paira dúvida jurídica razoável. Abre-se a possibilidade de solução consensual nessas ocasiões inclusive para

¹²⁶ Lei nº 8.429/1992 - Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar **acordo de não persecução civil**, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. § 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. § 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. § 6º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. § 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

proteger a boa-fé dos agentes públicos e particulares envolvidos. A terceira é a da *situação contenciosa*, que autoriza a celebração de compromisso para situações de conflito com o particular. A quarta é a possibilidade de celebração de ajuste administrativo com vistas a viabilizar a *expedição de licença* ao particular. Desse modo, o dispositivo reforça uma situação que tipicamente não envolveria consensualidade, mas que pode ser solucionada de modo mais eficiente por meio da celebração de compromisso¹²⁷.

Juliana Bonacorsi de Palma¹²⁸, por sua vez, apresenta exemplos de aplicação para as situações permissivas. Acordos para eliminar *irregularidades* podem se dar no bojo de contratos de gestão ou de termos de ajustamento para correção de irregularidade havida, *v.g.*, dentro de um cronograma de *compliance*. Pode ser firmado termo de compromisso para eliminar *incerteza jurídica* a fim de viabilizar licença ambiental. Por fim, pode ser celebrado, em face de *situação contenciosa*, termo que substitua processos sancionadores por compromissos de investimentos.

Gabriel Soares dos Santos Machado também ilustra possibilidades práticas de celebração de acordo para os tipos de permissivos contidos na lei. Para o caso de *eliminar irregularidade* pontua que pode ocorrer quando a produção de um ato administrativo que tenha efeitos sobre o interessado não está em conformidade com a lei. Diante dessa situação seria suficiente que a administração aplicasse as sanções ou nulidades estabelecidas em lei, as quais, a depender do conteúdo, poderia significar o fim de uma licitação, de um contrato, de uma atividade, dentre outros. Entretanto, por meio do art. 26 da LINDB, mais precisamente no caso de *eliminação de irregularidade* na aplicação do direito, a administração, por meio da celebração de compromisso, pode, sob certas condições, sanear a inconformidade. Trata-se de uma

¹²⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹²⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021.

propensão a reconhecer valor em certas soluções as quais antes eram “inflexivelmente inaproveitáveis, ao menos sob as lentes do mundo jurídico¹²⁹.

A respeito desse ponto, cabe ressaltar que, independentemente da celebração de compromisso, a superação dessa visão inflexível e monológica de tão somente rescindir ou anular a qualquer custo vem sendo aos poucos superada por órgãos e entidades da Administração Pública, com a chancela dos órgãos de controle, inclusive do Tribunal de Contas da União, a exemplo do recente Acórdão nº 1737/2021 - Plenário¹³⁰, que se manifestou no sentido que a rescisão do contrato em razão de vício na habilitação do licitante, dispensando a convalidação de atos irregulares, poderia ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.

Tem-se, portanto, que a *eliminação de irregularidade* por meio da celebração de compromisso como possibilidade do art. 26 da LINDB autoriza a superação de situação hostil à Administração Pública, usualmente receosa e adstrita à letra da lei e do contrato, a buscar outros remédios que não sejam mais amargos do que a aplicação da literalidade dos normativos. Nesse sentido, há um possível campo de utilidade dos *acordos substitutivos*, para buscarem minimizar os efeitos deletérios de uma dada conduta¹³¹.

Para *eliminar situação contenciosa* igualmente pode a Administração Pública se utilizar dos *acordos substitutivos*, com o seu efeito terminativo acerca de processo

¹²⁹ MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB**: consensualidade, tensões, sentidos e processo. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021, p. 76.

¹³⁰ **“O risco de prejuízos para a Administração decorrentes de eventual rescisão de contrato pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de indevida inabilitação de licitante, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.” (nosso grifo) BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1737/2021 – Plenário. Relator: Ministro Substituto Weder de Oliveira. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1737%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 18 Ago. 2021.**

¹³¹ MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB**: consensualidade, tensões, sentidos e processo. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021, p. 76.

sancionador potencial ou já em andamento. Também para *eliminar situação contenciosa* em situações de entendimentos díspares entre Poder Público e particular, a exemplo de uma autorização, pode-se utilizar os *acordos integrativos*. Gabriel Soares dos Santos Machado dá como exemplo uma situação contenciosa decorrente do fato de o particular pretender exercer uma atividade inovadora, mas que vedada por textos legais que não mais espelham a evolução da sociedade, do mercado e das relações jurídicas. A Administração Pública, por seu turno, não abdica de sua atuação mecanicista na sua decisão e em face da vinculação estrita aos normativos. Nesse caso, cabível, portanto, um *acordo integrativo* para uma situação contenciosa em que já há posições firmadas e pretensões resistidas¹³².

A celebração de compromisso com os interessados para *eliminar incerteza jurídica* na aplicação do Direito Público pode ocorrer quando há necessidade de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, valores e princípios pela Administração acerca da abrangência de determinada incidência normativa¹³³. Além disso, aplicável quando possa haver uma zona de penumbra, fora da certeza positiva e da certeza negativa, que propicia a existência de dúvida razoável acerca da possível interpretação de um caso concreto¹³⁴. Nos casos em que há incertezas tão evidentes pode-se justificar a solução por meio de um formato de composição, mediante celebração de *acordos integrativos*. A finalidade é a de se obter um pronunciamento concreto acerca do objeto da dúvida, permitindo o avançar do particular ante uma autorização incerta. Nesse caso, pensa-se os acordos integrativos como um instrumento regulatório à disposição das autoridades públicas¹³⁵. Exemplo claro disso é a celebração dos Acordo de Controle de Concentração (ACC), acordo integrativo

¹³² MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB**: consensualidade, tensões, sentidos e processo. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021, p. 76.

¹³³ *Ibidem*, p. 76.

¹³⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

¹³⁵ MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB**: consensualidade, tensões, sentidos e processo. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021, p. 76.

previsto em lei específica e já amplamente difundido na consensualidade inserta no subsistema concorrencial¹³⁶.

Cabe esclarecer que a LINDB, por ser uma norma de sobredireito, não descreveu de forma detalhada um procedimento específico para celebração de compromissos, tendo somente estabelecido alguns requisitos formais, tais como: a necessidade de oitiva por órgão jurídico; e a possibilidade de realização de consulta pública.

A *oitiva pelo órgão jurídico* é salutar para verificação do cabimento, bem como da lisura de todas as etapas do processamento do acordo. Ademais, essa etapa tende a conferir maior segurança tanto aos agentes públicos quanto aos particulares envolvidos¹³⁷. Além disso, a manifestação do órgão jurídico muito embora seja um requisito de validade do compromisso a ser firmado não importa dizer que vincule obrigatoriamente a decisão da autoridade Administrativa¹³⁸.

Cabe ressaltar ainda o Decreto Federal nº 9.830/2019, que regulamentou o assunto inserto nos art. 20 ao 30 da LINDB, dispôs que o processo que instruir a celebração de compromisso deve conter parecer conclusivo acerca da viabilidade jurídica da avença a ser firmada, além da devida análise jurídica da minuta.

O caput do art. 26 dispõe ainda que, quando for o caso, antes da celebração de compromisso com os envolvidos, pode ser realizada *consulta pública*. Trata-se de um mecanismo de participação dos interessados, preferencialmente pela via eletrônica, cujas manifestações devem ser consideradas na decisão da autoridade administrativa. A utilização da consulta pública no bojo da celebração de um acordo administrativo tem como finalidade mapear eventuais conflitos e interesses afetados;

¹³⁶ Vide o item 1.1.2 desta Dissertação.

¹³⁷ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹³⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

permitir um melhor desenho das cláusulas do compromisso; além de conferir maior legitimidade à avença a ser firmada¹³⁹.

Ainda que se reconheça os inúmeros benefícios da consulta pública, parece razoável medir os custos e benefícios de sua instalação. Isso porque parece mais adequado convocar consulta pública, e despender tempo e recursos com isso, em face de situações que envolvam negociação de valores maiores; sensibilidade social, política ou humanitária; bem como em casos quando o compromisso seja complexo e de difícil mapeamento dos interesses¹⁴⁰. Natural que uma consulta pública seja bem-vinda, por exemplo, quando envolverem direito de um grupo numeroso de interessados; e não seja recomendada, por outro lado, para regularização de um simples alvará de um estabelecimento que não tenha uma relevância especial¹⁴¹.

Além da oitiva do órgão jurídico e da possibilidade de realização da consulta pública, o caput do art. 26 da LINDB preceitua que o compromisso deve ser firmado somente quando “presentes razões de relevante interesse geral”. Essa limitação parece ter o objetivo de conduzir o gestor público ao ônus argumentativo de demonstrar de forma concreta a presença desse pressuposto, o qual de forma alguma se confunde com o interesse particular daquele que celebra o compromisso¹⁴².

Essa exigência do dever de motivar o compromisso especificamente no que tange ao atendimento das “razões de relevante interesse geral”, facilita o controle e busca afastar alegações de captura da autoridade administrativa pelo compromissário. Assim, quando bem delineada as razões para o acordo, a Administração acaba por demonstrar que o ajuste a ser firmado representa o interesse público no caso concreto. Em outras palavras, diante desse dispositivo, incumbe à autoridade administrativa o dever de motivação, apresentando de forma clara a

¹³⁹ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹⁴² *Ibidem*

situação concreta e os elementos fáticos que a qualificam; expondo como aquele compromisso pode solucionar a questão; e indicando concretamente “as razões de relevante interesse geral”¹⁴³.

Rafael Wallbach Schwind¹⁴⁴ assevera, por sua vez, que desde o advento do art. 26 da LINDB estaria sepultada a compreensão de que a Administração não está autorizada a transacionar e a celebrar compromissos e acordos em geral, o que se consubstancia em uma evolução do pensamento jurídico acerca da indisponibilidade do interesse público.

Por fim, cabe ressaltar que não só o art. 26 da LINDB, assim como todos os demais dispositivos aplicáveis da norma de sobredireito, v.g. arts. 20 ao 30, devem ser observados na aplicação da Nova Lei de Licitações e Contratos, consoante dispôs a parte final do art. 5º da Lei nº 14.133/2021, estabelecendo uma vinculação direta entre as normas de aplicação do direito público e o subsistema de contratações públicas¹⁴⁵.

¹⁴³ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

¹⁴⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

¹⁴⁵ Lei nº 14.133/2021 - Art. 5º. **Na aplicação desta Lei, serão observados** os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, **assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (nosso grifo)**

1.2.2 - Os instrumentos de consensualidade na Lei nº 14.133/2021 e a mitigação da unilateralidade na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

A Lei nº 14.133/2021, dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, com fulcro no art. 22, XXVII da Constituição Federal¹⁴⁶, e substituirá a Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e parte do Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011). Além disso, a nova lei de licitações incorpora dispositivos contidos em atos infralegais, tais como Decretos e Instruções Normativas; além de diversos entendimentos já sedimentados no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Ademais, as disposições da nova lei, nos termos de seu art. 1º, aplicam-se às Administrações Públicas Diretas (órgãos vinculados aos Poderes dos Entes Federativos), Autárquicas e Fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e aos fundos especiais por eles administrados.

Cabe ressaltar que o art. 194 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que a norma entra em vigor na data de sua publicação. Ou seja, uma vez que não houve *vacatio legis*, o diploma pode ser aplicado pela Administração Pública desde o dia 1º de abril de 2021, data da sanção e publicação da lei. Além disso, foi previsto um regime de transição, uma vez que a Administração poderá, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados da data publicação da lei, optar por licitar e contratar diretamente nos termos da nova legislação, ou com base: na Lei nº 8.666/1993; na Lei nº 10.520/2002; e nos artigos 1º ao 47-A da Lei nº 12.462/2011.

Cumprе esclarecer, todavia, que nova lei revogou, desde a publicação, os art. 89 a 108 da Lei 8.666/1993. Ou seja, os crimes e as penas contidos no estatuto antigo de contratações foram imediatamente revogados. Assim, os novos crimes relacionados a licitações e contratos passaram a constar do Código Penal Brasileiro, nos termos do art. 178 da Lei nº 14.133/2021.

¹⁴⁶ Constituição Federal – Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Além disso, cabe pontuar que após o período de 2 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133/2021, em 1º de abril de 2023, serão revogados os demais dispositivos da Lei nº 8.666/1993, bem como a Lei nº 10.520/2002 (integralmente) e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011.

Digno de nota também a grande quantidade de princípios que devem ser observados na aplicação da Lei nº 14.133/2021, consoante se observa de seu art. 5º. Isso porque, além de replicar os princípios da *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade*, *eficiência* contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal; repetiu os princípios da *igualdade*, *probidade administrativa*, *vinculação ao edital*, *juízo objetivo* e *desenvolvimento nacional sustentável* da Lei 8.666/1993; e adotou os princípios da *motivação*, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, *segurança jurídica* e *interesse público*, já previstos na Lei 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal. Além disso, inovou ao exigir expressamente o dever de observância aos princípios do *planejamento*, da *transparência*, da *eficácia*, da *segregação de funções*, da *competitividade*, da *celeridade* e da *economicidade*¹⁴⁷.

É sabido que desde a promulgação da Constituição de 1988, observamos uma crescente influência dos princípios nas decisões exaradas por autoridades administrativas. Isso porque, dado o aumento da complexidade das relações em que a Administração Pública está imersa, os princípios, por vezes, auxiliam na superação de lacunas e omissões no ordenamento jurídico na busca do interesse público.

Desse modo, se reconhece a importância dos princípios para a disseminação do paradigma da juridicidade administrativa em contraposição ao legalismo estrito, fundamental para a ampliação da consensualidade, uma vez que a interpretação apegada a “literalidades da lei, parece não conseguir corresponder aos anseios da sociedade por uma Administração Pública mais eficiente, rápida, efetiva, econômica, racional, proba e inovadora¹⁴⁸”. Fica a dúvida, todavia, se a determinação do art. 5º da

¹⁴⁷ FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed., Brasília: Ed. dos autores. 2021.

¹⁴⁸ BARBOSA, Jandeson da Costa. A possibilidade de prorrogação de contratos administrativos por apostilamento. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53469/a-possibilidade-de-prorrogao-de-contratos-administrativos-por-apostilamento> Acesso em: 20 Ago. 2021.

Lei nº 14.133/2021 de que os destinatários observem tantos princípios pode não acabar mais por confundir os envolvidos do que propriamente agregar na melhor interpretação da norma.

Parte da doutrina entendeu que foi perdida uma oportunidade para que a o novo estatuto de contratações fosse mais moderno, dinâmico e ousado, no sentido de acompanhar as transformações da sociedade contemporânea, imersa em um contexto de revolução digital e de grande velocidade de transações e circulação de informações. De toda sorte, ainda que não tenhamos tido uma nova lei disruptiva, é inegável que ela trouxe alterações e avanços importantes¹⁴⁹.

Passa-se agora ao exame dos mecanismos de consensualidade previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como das modificações que contribuem para mitigar o paradigma da unilateralidade nas contratações públicas.

1.2.2.1 - A nova modalidade de licitação Diálogos Competitivos

O mecanismo do Diálogo Competitivo teve origem no Direito Comunitário Europeu, mais precisamente na Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, posteriormente atualizada pela Diretiva 2014/24/CE¹⁵⁰, de 26 de fevereiro de 2014, que teve o condão de permitir o “Diálogo Concorrencial” com o setor produtivo em contratações de maior complexidade. Além disso, o instituto também teve influência das práticas de diálogo e abertu-

¹⁴⁹ FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed., Brasília: Ed. dos autores. 2021.

¹⁵⁰ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em 20 Ago. 2021.

ras procedimentais estadunidenses, existentes na FAR (*Federal Acquisition Regulation*), que, por meio de seu item 16.104¹⁵¹, elenca requisitos para utilização de uma negociação competitiva ¹⁵².

Cabe ressaltar que no Preâmbulo da Diretiva 2014/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, mais precisamente no “Considerando 42”, há como justificativa para implantação do Diálogo Concorrencial uma exortação às práticas de consensualidade nas contratações públicas da comunidade europeia, *in verbis*:

“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” ¹⁵³. **(nosso grifo)**

¹⁵¹ FAR (*Federal Acquisition Regulation*). Disponível em: <https://www.acquisition.gov/far/16.104>. Acesso em 20 Ago. 2021.

¹⁵² NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>. Acesso em: 5 Set. 2020.

¹⁵³ Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em 20 Ago. 2021.

Observa-se da referida exposição de motivos a importância que é dada à flexibilidade e à negociação na relação entre Administração Pública e particular, em especial quando se trata de objetos complexos e estruturados e pela maior taxa de sucesso dessa espécie de contratação consensual nas propostas que transfronteiras. Além disso, chama a atenção o relato de que esse mecanismo paritário de contrato público teve aumento significativo em termos de valores no bojo da comunidade europeia.

Verifica-se que o objetivo dessa modalidade é que permita que a Administração Pública conte com a colaboração dos operadores econômicos para que delimite de forma precisa qual objeto necessita e, em razão de sua grande complexidade, não consegue sozinha definir. É utilizado para que a Administração saiba das inovações metodológicas e técnicas e das soluções disponíveis no mercado, possibilitando, por exemplo, que tenha contato com tecnologias de domínio restrito, próprios de contratações customizadas. Resta evidente, portanto, que não se trata de modalidade cabível para contratações de bens e serviços comuns ou padronizadas¹⁵⁴.

Esse instituto permite a abertura da interlocução, isto é, do debate com os licitantes, acerca das possibilidades técnicas e de inovação, e, por essa razão, poderá ser tida como mais flexível, inclusive por abrir margem para que a Administração estabeleça, no decorrer do certame, a solução que melhor atenda a sua demanda. É uma alternativa para que a Administração Pública se aproxime das soluções inovadoras e das possibilidades mais atualizadas que o mercado dispõe para gerar uma contratação técnica, ou com distinta metodologia, uma vez que os próprios licitantes são integrantes do mercado¹⁵⁵.

A modalidade de licitação Diálogo Competitivo foi a grande novidade nessa temática na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, uma vez que a norma, de resto, replicou do estatuto anterior, com pequenas modificações, as modalidades pregão, concurso, concorrência e leilão. Ademais, extinguiu as modalidades convite e

¹⁵⁴ FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

¹⁵⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>. Acesso em: 5 Set. 2020.

tomada de preços. Assim, cabe ressaltar que o diálogo competitivo foi definido no inciso XLII, art. 6º da Lei nº 14.133/2021 como sendo a:

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.

Além disso, o instituto encontra-se delineado de forma detalhada no art. 32 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos¹⁵⁶. Em linhas gerais, a modalidade

¹⁵⁶ - 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;
- 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 – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

§ 1º Na modalidade **diálogo competitivo**, serão observadas as seguintes disposições:

I – a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse de participação na licitação;

II – os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III – a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V – a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII – a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

em tela se divide em duas fases, a primeira, a do diálogo, que ocorre após a publicação de edital e seleção dos interessados, por meio de critérios objetivos. Essa fase pode ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique, dentre as soluções discutidas, aquelas que atendam às suas necessidades. Nesse momento, pode-se declarar que o diálogo foi concluído, mediante a juntada aos autos de todos os registros e gravações produzidos, e ser iniciada a segunda fase, a competitiva, mediante novo edital, para a busca da proposta mais vantajosa, que contenha todos os elementos necessários para a realização do projeto. Cumpre ressaltar que a lei exige que a condução da seleção se dê por meio de três agentes públicos com vínculo permanente com o Estado. Além disso, o projeto autoriza o controle concomitante por órgãos de controle¹⁵⁷.

Alerta-se, todavia, que essa modalidade exige cuidado por parte do Poder Público tanto para evitar a presença de conflitos de interesses, quanto para respeitar a confidencialidade dos termos que toma conhecimento, uma vez que nessa sistemática um participante do certame vai apresentar sua *expertise* e espera que suas soluções não acabem sendo reveladas a outros licitantes sem que haja o consentimento prévio¹⁵⁸.

A preocupação é tal que a Lei nº 14.133/2021 buscou evitar que o desvirtuamento dessa proximidade da Administração Pública com as empresas interessadas possa implicar conflito de interesses ou fraudes. Assim a referida lei

X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI – o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

¹⁵⁷ FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

¹⁵⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>. Acesso em: 5 Set. 2020.

previu no art. 337-O do Código Penal Brasileiro¹⁵⁹ dispositivo que tipifica como crime em licitações e contratos administrativos o que chamou de “Omissão grave de dado ou de informação por projetista”, com relevo especial para descumprimentos relacionados ao diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.

Para Marçal Justen Filho o modelo atual de contratações, com o apego a uso de critérios formais e padronizados, conduz à seleção adversa, que enseja uma escolha de pagar caro por um produto ou serviço de baixa qualidade. Ele pontua que o caminho a ser seguido passa por ampliar a competição e recorrer ao diálogo competitivo, em que os licitantes têm o espaço para apontar as virtudes de suas soluções. Entende, portanto, que quanto mais a Administração se afasta do modelo de negociação privada, maior o risco para a contratação¹⁶⁰.

O autor justifica essa afirmativa por meio da crítica às prerrogativas extraordinárias que possui a Administração ao contratar, como por exemplo: a possibilidade inserta na Lei nº 8.666/1993 de suspensão do pagamento por até 90 dias pela Administração, sem que isso importe interrupção da prestação pelo particular; a alteração unilateral das condições contratuais; a possibilidade de imposição de sanções; e a possibilidade de extinção do contrato também por decisão unilateral. Isso porque, segundo o autor, a ausência de uma relação igualitária entre poder público e particular dá oportunidade a desvios, falta de interesse de potenciais fornecedores e possibilidade de cobrança de um preço maior pela iniciativa privada. Por essas razões, entende que o diálogo entre as licitantes, em regime de competição, traduz o respeito à participação e aos interesses dos particulares e, portanto, é instrumento orientado para ampliação da perspectiva democrática da Administração Pública.

¹⁵⁹ - CAPÍTULO II-B - DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Art. 337-O Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa. (...)

¹⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

Cabe anotar ainda a ponderação de Rafael Sérgio Lima de Oliveira¹⁶¹, para quem não resta dúvidas que o diálogo competitivo trará resultados benéficos à formação dos contratos públicos, especialmente pela flexibilidade que proporcionará e pela importância das parcerias com a iniciativa privada para a dinamização da capacidade de contratação e investimento pelo Estado. Entende, todavia, que ele terá maior eficácia se o Estado brasileiro se empenhar na profícua qualificação de seus agentes, haja vista que flexibilização requer maior capacidade de gestão¹⁶².

Ainda que se saiba que o campo de incidência da nova modalidade diálogos competitivos seja restrito, uma vez que a grande maioria das contratações são realizadas por pregão eletrônico, haja vista serem os objetos bens e serviços comuns, entende-se que quando houver a possibilidade de utilização, que os agentes públicos estejam capacitados a instruir essa nova modalidade, mediante o devido incentivo da Administração, a fim de evitar que esse instrumento de consensualidade se torne uma letra morta, sem maiores repercussões para a sociedade e para o próprio poder público¹⁶³.

1.2.2.2 - O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI);

Como visto, algumas normas relacionadas a contratações públicas já previam, ainda que de forma muito tímida, sistemática assemelhada ao Procedimento de Manifestação de Interesse ora disciplinada na Nova Lei de licitações, a exemplo do

¹⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro**. Portal Licitações e Contratos, Jun. 2017. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 6 Set. 2020

¹⁶² FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

¹⁶³ DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 128-143, mar. 2021 Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/43007/29341>. Aceso em 20 Ago. 2021.

art. 21 da Lei nº 8.987/1995¹⁶⁴; art. 31 da Lei nº 9.074/1995¹⁶⁵; e art. 31, § 4º da Lei nº 13.303/2016¹⁶⁶. Esses instrumentos permitiram a maior participação do particular no planejamento das contratações públicas, o que culminou na realização de mais de uma centena de procedimentos dessa natureza em um espaço de cinco anos, em especial em grandes projetos de infraestrutura e de serviços públicos. Buscou a Administração Pública, com esse mecanismo, estruturar os seus contratos com maior eficiência, com soluções tecnicamente mais avançadas e mais harmoniosas com o praticado pelos mercados¹⁶⁷.

Já a Lei nº 8.666/1993, ao contrário, nos termos de seu art. 9º, veda a participação direta ou indireta da licitação ou execução da obra ou serviço por aquele que tenha sido autor do projeto básico ou executivo. Tem-se, desse modo, que o estatuto anterior de contratações buscava evitar a possível formação de conflitos de interesses entre os agentes, mas acabava por impor restrições ao diálogo entre Poder Público e particular. Em outras palavras, pela sistemática do estatuto anterior a Administração teria que delinear as suas necessidades com restrições à participação dos particulares, uma vez que não havia mecanismo estruturado e aberto à contribuição dos atores privados na busca de um desenho para a melhor solução.

¹⁶⁴ - Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

¹⁶⁵ - Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

¹⁶⁶ - Art. 31. (...) § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

¹⁶⁷ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. 500 f. Dez 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2013.

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) foi estruturado na Lei nº 14.133/2021 como um dos procedimentos auxiliares às licitações e contratações públicas¹⁶⁸, não podendo ser confundido com qualquer modalidade de licitação. Trata-se de uma exteriorização da fase interna da licitação ou da contratação, por meio de um processo administrativo aberto aos particulares para que colaborem com a formação de alternativas ao poder público.

Permite, portanto, um diálogo de aproximação entre Administração e particulares em etapa primitiva da contratação pública, sendo meio de processualização de decisões administrativas participativas e de redução de assimetrias informacionais entre os envolvidos. Cabe ressaltar que o entendimento do que sejam os particulares interessados é amplo, pois inclui aquele que possui interesse na contratação futura; os que receberão o benefício daquela prestação, além de outros direta ou indiretamente envolvidos, tais como a comunidade científica, fornecedores e moradores das comunidades vizinhas onde ocorrerá a obra ou a prestação¹⁶⁹.

Entende-se que por meio da aproximação entre os interessados daquela futura contratação, com uma ampla participação na fase do planejamento, há uma propensão para redução de desinformação e litígios, conciliando-se os interesses envolvidos, mediante uma decisão administrativa mais legítima, democrática e consensual¹⁷⁰.

¹⁶⁸ - Art. 78. São **procedimentos auxiliares das licitações e das contratações** regidas por esta Lei:

I - credenciamento;

II - pré-qualificação;

III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

¹⁶⁹ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI):** solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. 500 f. Dez 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2013.

¹⁷⁰ *Ibidem*

Essa sistemática está disciplinada no art. 81 da Nova Lei de Licitações e Contratos¹⁷¹ e, em apertadíssima síntese, se efetiva mediante a publicação de edital de chamamento para a propositura e realização de estudos, investigações, levantamento de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. Nessa dinâmica, não será conferida ao participante do PMI qualquer preferência no processo licitatório, que ocorrerá *a posteriori*. Além disso, ficará consignado no instrumento convocatório que somente o vencedor da futura licitação poderá ser ressarcido dos dispêndios correspondentes¹⁷².

Antes mesmo da positivação do Procedimento de Manifestação de Interesse na Nova Lei de Licitações e Contratos já tínhamos um reforço desse instrumento de consensualidade, consoante observamos do Enunciado n° 29 da I Jornada de Direito Administrativo¹⁷³, realizado realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), em agosto do ano de 2020, *in verbis*:

¹⁷¹ - Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no caput deste artigo:

I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório; II - não obrigará o poder público a realizar licitação; III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o caput deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 4º O procedimento previsto no caput deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

¹⁷² FREITAS, Alexandre Mattos de. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo**: Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

¹⁷³ - Extrai-se do sítio do Conselho da Justiça Federal acerca da sistemática de análise e deliberação acerca dos enunciados de Direito Administrativo: “No total, foram recebidas para análise na Jornada 743 propostas de

Enunciado 29 (ID 2614) “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.”

Cabe ressaltar que esse enunciado, elaborado por expoentes e integrantes da magistratura, do Ministério Público, da advocacia pública e privada, de órgãos de controle e da doutrina administrativista, vai ao encontro do que preconiza não só o Procedimento de Manifestação de Interesse, mas também a própria novel modalidade de licitação Diálogo Competitivo. Esse enunciado endereça, portanto, mais subsídios para que a Administração Pública se torne cada vez mais consensual e dialógica.

Na lição de Maís Moreno¹⁷⁴, o fato de uma empresa ter participado de etapa preliminar, tal como o procedimento de manifestação de interesse, não importa que ela seja favorecida posteriormente no processo licitatório. Ela refuta as críticas de parte da doutrina nesse sentido aduzindo que a publicação do edital de chamamento público faculta a participação de todos os interessados. Ademais, pontua que, ainda que a licitante já tenha conhecimento acerca de um projeto, isso não quer dizer que seja algo indevido ou mesmo definidor de eventual vitória no certame, inclusive porque, nos demais subsistemas que já lidam com o Procedimento de Manifestação de

enunciados. Dessas, 222 foram selecionadas para apreciação e debate nas seis Comissões de Trabalho, presididas pelos Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e pelo Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, que contaram também com dois Coordenadores Científicos e professores de Direito Administrativo de vários estados brasileiros. Participaram, ainda, das Comissões e da Plenária, professores e especialistas convidados pelo CJF e pelas Comissões de Trabalho, magistrados federais e estaduais, representantes do Ministério Público, advogados públicos e privados, representantes de instituições, como ministros do TCU, além de autores de propostas de enunciados enviadas pela comunidade jurídica, selecionadas para debate e votação nas Comissões de Trabalho e na Plenária”. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>.

¹⁷⁴ MORENO, Maís. O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse. Consultor Jurídico, Dez 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse#author>. Acesso em 4 Set. 2020.

Interesse, é comum que uma empresa apresente seus estudos em etapa preliminar, participe da licitação, mas acabe não sendo a adjudicatária.

Cabe ressaltar ainda a posição de Gustavo Henrique Carvalho Schiefler¹⁷⁵ que embora evidencie os benefícios do Procedimento de Manifestação de Interesse, reconhece que a sistemática é suscetível a tramias; corrupção; inserção de barreiras de entrada na licitação; e prevalência do interesse particular em substituição ao interesse público. Desse modo, para que o PMI alcance o seu mister deve o procedimento estar revestido de transparência, isonomia, consensualidade e multilateralidade¹⁷⁶.

Cabe ressaltar, por fim, que tanto a nova modalidade diálogo competitivo quanto o Procedimento de Manifestação de Interesse representaram, em última análise, a regulação de um contato prévio entre administração e particular que em alguma medida já ocorria. Em outras palavras, tem-se que a positivação dos institutos mencionados e a sua regulação pormenorizada acaba por institucionalizar um diálogo já existente e pode trazer luz e transparência a essa relação.

1.2.2.3 - As audiências e consultas públicas;

Com o advento da Lei nº 9.784/1999, norma de Processo Administrativo no âmbito da Administração Federal, passamos a ter dispositivos que facultam ao Poder

¹⁷⁵ SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**: solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013. 500 f. Dez 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2013.

¹⁷⁶ O conceito de Multilateralidade na Administração Pública é explicado por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva: “A multilateralidade surge como a característica mais marcante da Administração do Estado pós-social. As decisões administrativas, típicas da Administração prospectiva ou prefigurativa, não dizem respeito a um relacionamento meramente bilateral entre os privados e os órgãos decisores, mas correspondem antes a um relacionamento multipolar, uma vez que produzem efeitos susceptíveis de afectar um grande número de sujeitos.” (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003, p. 130)

Público a realização de consultas públicas¹⁷⁷ e audiências públicas¹⁷⁸ a fim de melhor subsidiar a formação de juízo e a tomada de decisão pela autoridade competente.

Ambos os institutos foram recentemente definidos por meio da Lei nº 13.848/2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Nos termos do §1º do art. 9º da referida lei, a consulta pública é o “instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, mediante o envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados”. Já a Audiência Pública, consoante o §1º do art. 10 da mesma lei, é o “instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual é facultada a manifestação oral por quaisquer interessados em sessão pública previamente destinada a debater matéria relevante”.

Em linhas genéricas, tem-se que a consulta pública se destina à obtenção de peças escritas, enviadas por intervenientes que possuem interesse na matéria, as quais serão juntadas no processo administrativo que instrui o tema. Já as audiências públicas são debates orais, presenciais ou à distância, por meio eletrônico, sendo aberto a quaisquer interessados.

No que tange às contratações públicas vimos que a Lei nº 8.666/1993 obrigava que processos licitatórios de altíssimo valor¹⁷⁹ fossem iniciados com a respectiva audiência pública, mas não continha qualquer dispositivo acerca das consultas públicas. A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, reforçou esses institutos de consensualidade no

¹⁷⁷ - Lei nº 9.784/199 - Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de **consulta pública** para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. **(nosso grifo)**

¹⁷⁸ - Lei nº 9.784/199 - Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada **audiência pública** para debates sobre a matéria do processo. **(nosso grifo)**

¹⁷⁹ - Acima de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta milhões).

âmbito das contratações públicas, consoante disciplina do art. 21¹⁸⁰. A nova lei conferiu maior liberdade ao Administrador Público, uma vez que com o novo estatuto a utilização de ambos os instrumentos é facultativa.

Desse modo, incumbe à autoridade competente sopesar o custo-benefício da realização das audiências e consultas públicas, em um cotejo com a complexidade do objeto, as consequências para os atores envolvidos e a urgência da contratação. Isso porque, não sendo mais obrigatório por lei, a audiência pública deve ser instalada quando realmente o caso concreto justificar e não mais como uma mera formalidade a ser cumprida.

Em caso de opção pela realização da audiência pública, deve a Administração municiar os participantes com uma ampla gama de informações pertinentes, inclusive acerca do estudo técnico preliminar e do edital de licitação, bem como efetivamente possibilitar a participação de todos os interessados. A esse respeito, tem-se que a possibilidade de participação da audiência por meio eletrônico terá o condão de ampliar o acesso, o diálogo e a transparência acerca de uma contratação pública.

Inegável que esses instrumentos acabam por ampliar a concepção democrática das contratações governamentais, consoante ensina Jessé Torres Pereira Júnior¹⁸¹:

As audiências públicas integram o perfil caracterológico dos Estados Democráticos de Direito modelados pelo constitucionalismo europeu do pós-guerra, para o qual o poder político não apenas emana do povo e em seu nome é exercido (democracia representativa), mas comporta a participação direta do povo (a fórmula da democracia mista ou peblitariana inscrita no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988).

¹⁸⁰ - Lei nº 14.133/2021 - Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, **audiência pública**, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia **consulta pública**, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado. **(nosso grifo)**

¹⁸¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

No que tange às consultas públicas previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos, cumpre ressaltar que o legislador também determinou que incumbirá à Administração prover aos participantes da consulta todas as informações e elementos relacionados àquele certame, para que os interessados possam se manifestar no prazo fixado no chamamento; e efetivamente contribuir com a decisão em voga. Só assim, a Administração poderá contar com a “efetiva colaboração popular, a fim de que haja administração concertada, administração participativa, consensual¹⁸²”

Cabe esclarecer, por fim, que as consultas públicas previstas na Nova Lei de Licitações e Contratos não se confundem com as consultas públicas previstas no art. 29 da LINDB¹⁸³, inserto com a publicação da Lei n° 13.655/2018, uma vez que essas últimas se referem a participação dos interessados previamente à edição de atos normativos por uma autoridade administrativa. Em outras palavras, a consulta pública da Lei n° 14.133/2021 se referem a consultas com vistas a receber insumos, sugestões e críticas acerca de uma dada licitação, enquanto o dispositivo da LINDB se refere à consulta pública para edição de quaisquer atos normativos, o que ficou ainda mais cristalino com o art. 18 do Decreto Federal n° 9.830/2019¹⁸⁴, que regulamentou a matéria.

¹⁸² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 11, ago/set/out, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>. Acesso em 8 ago 2021.

¹⁸³ - Lei n° 13.655/2018 - Art. 29. - Em qualquer órgão ou Poder, a **edição de atos normativos** por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.
§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. **(nosso grifo)**

¹⁸⁴ - Decreto Federal n° 9.830/2019 - Art. 18. - A **edição de atos normativos** por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico.
§ 1º A decisão pela convocação de consulta pública será motivada na forma do disposto no art. 3º.
§ 2º A convocação de consulta pública conterà a minuta do ato normativo, disponibilizará a motivação do ato e fixará o prazo e as demais condições.
§ 3º A autoridade decisora não será obrigada a comentar ou considerar individualmente as manifestações apresentadas e poderá agrupar manifestações por conexão e eliminar aquelas repetitivas ou de conteúdo não conexo ou irrelevante para a matéria em apreciação.
§ 4º As propostas de consulta pública que envolverem atos normativos sujeitos a despacho presidencial serão formuladas nos termos do disposto no Decreto n° 9.191, de 1º de novembro de 2017.

1.2.2.4 - Os métodos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.

Os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias já se encontram altamente difundidos na Administração Pública¹⁸⁵. A Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei nº 9.307/1996 e dispôs que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da *arbitragem* para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”; e que essa arbitragem será “sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. Em outras palavras, disciplinou que a arbitragem que envolva a Administração Pública não pode ser por equidade, mas apenas por regras de direito. Ademais, diferentemente das arbitragens privadas, que em regra são sigilosas, as arbitragens que envolvam a administração pública devem estar atinentes ao princípio constitucional da publicidade.

Na mesma esteira, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a *mediação* entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Essa norma conceitua no parágrafo único do seu art. 1º que a mediação corresponde a uma “técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

O art. 2º da referida lei traz princípios que se aplicam a mediação, mas que, ao mesmo tempo, são norteadores de qualquer instrumento de consensualidade na Administração Pública, a exemplo do princípio da autonomia de vontade das partes; da busca do consenso; e da boa-fé.

¹⁸⁵ Luiz Henrique Urqhart de Cademartori e Juliana Ribeiro Goulart, em artigo que versa sobre “A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da Administração Pública Democrática no Brasil e suas implicações no Regime Jurídico Administrativo”, aduzem acerca das soluções alternativas de resolução de controvérsias: “convém romper, em definitivo, com a visão deturpada de que a questão da Justiça está sujeita apenas a um dos Poderes do Estado: o Judiciário. O empoderamento do cidadão é passo necessário para que avance o modelo de Administração Pública democrática.” [GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart de Cristóvam. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da administração pública democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: a conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflito. In: SILVA, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa (org.) Direito Administrativo em Transformação, 1ª ed., Florianópolis: Habitus, 2020, p. 32.]

A Lei nº 13.140/2015 permite que a mediação se dê sobre direitos disponíveis, mas diferentemente da norma que dispõe sobre a arbitragem na Administração Pública, autoriza que a mediação incida sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A ressalva que se faz é que, nesse caso, a mediação deverá ser homologada em juízo, mediante oitiva do Ministério Público, nos termos do art. 3, §2º da Lei nº 13.140/2015.

No artigo 32 da referida lei¹⁸⁶ se inicia o capítulo que trata em específico da autocomposição de conflitos em que for parte a pessoa jurídica de Direito Público. Trata-se de dispositivo que veio no mesmo sentido do que havia preconizado o art. 174 do, à época, recém-publicado Código de Processo Civil¹⁸⁷, que ainda se encontrava em período de *vacatio legis*. No mencionado art. 32 da Lei nº 13.140/2015 faculta-se que os entes federados criem câmaras de prevenção e resolução *administrativa* de controvérsias, para composição entre particular e pessoa jurídica de direito público; e para celebração de termo de ajustamento de conduta. Em dispositivo esclarecedor que toca diretamente às contratações públicas, objeto da presente dissertação, ficou assentado que essas câmaras também serão competentes na prevenção e resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

¹⁸⁶ - Lei nº 13.140/2015 - Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - **avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;**

III - **promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.**

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

(...)

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

(nosso grifo)

¹⁸⁷ - Lei nº 13.105/2015 - Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à **solução consensual de conflitos no âmbito administrativo**, tais como:

(...)

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de **conciliação, no âmbito da administração pública;**

III - promover, quando couber, a **celebração de termo de ajustamento de conduta. (nosso grifo)**

Cabe ressaltar que a Lei nº 13.140/2015 conferiu autonomia aos entes federados para disciplinar, por meio de regulamentos próprios: a composição e o funcionamento das respectivas câmaras; bem como as hipóteses em que serão cabíveis a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa de direito público. Fruto desse dispositivo e do autorizativo genérico contido no CPC, diversas unidades da federação disseminaram esses instrumentos de consensualidade e regulamentaram o assunto¹⁸⁸.

Passa-se agora ao exame dos meios alternativos de resolução e prevenção de controvérsias nas contratações públicas. A Lei nº 8.666/1993 ainda imbricada em uma lógica de unilateralidade e de praticamente ausência de consensualidade não contém qualquer referência a qualquer desses instrumentos. Como visto, a Lei nº 8.987/1995, nos termos do art. 23-A, e a Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP's), nos termos do art. 11, III, preveem a possibilidade de emprego de mecanismos privados para resolução de disputas, inclusive a *arbitragem*. Já a Lei do RDC (nº 12.462/2011), por sua vez, prevê tanto a *arbitragem* quanto a *mediação* como mecanismos possíveis de serem utilizados na resolução de conflitos advindos da execução dos contratos, nos termos de seu art. 44-A.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de forma louvável, ampliou os instrumentos de consensualidade no bojo das contratações públicas. Isso

¹⁸⁸ - V.g.: 1) Lei Complementar nº 144/2018 do **Estado do Goiás** (disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/101131/lei-complementar-144), que tem como objetivos fomentar “a cultura de uma Administração Pública consensual, participativa e transparente na busca por soluções negociadas que logrem amenizar os conflitos e as disputas”; e “propiciar eficiência e celeridade na condução e resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais que envolvam a Administração Pública do Estado de Goiás; 2) Lei nº 14.794/2015 do **Estado do Rio Grande do Sul** (disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/202102/26165219-lei-n-14-794-de-17-de-dezembro-de-2015.pdf>), regulamentada pelo Decreto nº 55.551/2020, que dispôs acerca do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, o qual possui competência para “prevenir e dirimir conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração pública estadual com particulares; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.”; 3) Lei nº 16.873/2018 do **Município de São Paulo/SP** (disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16873-de-22-de-fevereiro-de-2018>), que dispõe sobre a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo; e é regulamentado Decreto nº 60.067/2021; e 4) Lei nº 17.324/2020 do **Município de São Paulo/SP** (disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-17324-de-18-de-marco-de-2020>), que Institui a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta e tem como um de seus objetivos “promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, inclusive entre particulares e órgãos e entidades da Administração Pública Municipal. Além disso, tem como ações a serem desenvolvidas: “disseminar a prática da negociação”.

porque nas contratações regidas por esse estatuto pode a Administração Pública se utilizar de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a *conciliação*, a *mediação*, o *comitê de resolução de disputas (ou dispute boards)* e a *arbitragem*, consoante se observa do art. 151 e seguintes¹⁸⁹.

Além disso, a Lei nº 14.133/2021 dispõe no parágrafo único do art. 151 que os meios alterativos de prevenção e resolução de controvérsias são aplicáveis aos *direitos patrimoniais disponíveis*, os quais a própria lei traz alguns exemplos, tais como: “questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e cálculo de indenizações”.

Observa-se que o legislador optou por cláusulas abertas tanto para dispor acerca dos possíveis instrumentos alternativos a serem adotados (*conciliação*, a *mediação*, o *comitê de resolução de disputas* e a *arbitragem*); quanto para as hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de meios alternativos de resolução de controvérsias. Tem-se, portanto, que a *mens legis* não foi o de restringir as possibilidades de uso desses mecanismos, mas sim de potencializá-los e difundir-los.

Da mesma forma que previsto na Lei nº 13.129/2015, norma que passou a permitir a arbitragem no âmbito da Administração Pública Direita e Indireta, a *arbitragem* prevista no bojo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos também será de direito, não sendo permitida decisão por equidade; e deverá observar o princípio da publicidade.

¹⁸⁹ - Lei nº 14.133/2021 - DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, **notadamente** a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, **como as questões** relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser adotados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. **(nosso grifo)**

Além disso, cumpre salientar que o Administrador não precisa aguardar a celebração de um novo contrato para que possa fazer uso dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Isso porque os contratos podem ser aditados de modo a permitir a adoção dessa sistemática, conferindo desde logo efetividade a esse comando legal de paridade e consensualidade, consoante dispõe o art. 153 da Lei nº 14.133/2021.

Cabe ressaltar que a positivação dos meios alternativos de resolução de controvérsias na Nova Lei de Licitações veio no mesmo sentido das recentes disposições da I Jornada de Direito Administrativo. Dentre os 40 enunciados aprovados, tivemos 4 (quatro) diretamente ligados ao presente tema:

- i) **Enunciado 10** (ID 2614) – “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, 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.”
- ii) **Enunciado 15** (IDS 2430 e 2962 aglutinados) – “A administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação”.
- iii) **Enunciado 18** (ID 2781) – “A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos¹⁹⁰.”
- iv) **Enunciado 19** (ID 2507) – “As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

¹⁹⁰ - Cabe ressaltar que o Enunciado nº 18 da I Jornada de Direito Administrativo refletiu o entendimento do STJ, a exemplo do REsp: 904813/PR: “(...) 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público (...). 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. (...). 9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.” (STJ - REsp: 904813 PR 2006/0038111-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2012)

Observa-se, em verdade, que esses quatro enunciados da I Jornada de Direito Administrativo foram de alguma maneira incorporados ao capítulo da Lei nº 14.133/2021 que versa sobre os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias em contratações governamentais.

A grande novidade na Lei nº 14.133/2021 acerca dos meios alternativos sob análise fica por conta dos *comitês de resolução de disputas*. Isso porque não havia até a publicação do referido estatuto nenhuma norma de âmbito nacional ou federal que disciplinasse o instituto. Havia, todavia, em âmbito municipal, a Lei nº 16.873/18, do Município de São Paulo/SP; bem como a Lei nº 11.241/20, do Município de Belo Horizonte/MG, que teve por escopo regulamentar a “utilização de Comitê de Prevenção e Solução de Disputas para prevenir e para solucionar conflito relativo a direito patrimonial presente em contrato administrativo de execução continuada”.

O *Dispute Board* é, segundo Cristiana Fortini, um “potencial método de solução de conflito cuja ideia está na existência de comitês encarregados de examinar problemas nascidos da relação contratual¹⁹¹”. Trata-se de mecanismo que visa evitar o litígio ou enfrentá-lo no decorrer da execução do contrato, por meio da atuação de conselho de especialistas em matérias técnicas e jurídicas cujos membros são indicados pelas partes.

Muito embora o *Dispute Board* tenha ganhado relevo mundo afora como meio alternativo de resolução de controvérsias nos últimos anos, encontra-se registro de uso desse mecanismo ainda na década de 1960, durante a construção de uma represa (*Boundary Dam*), em Washington/EUA. Na oportunidade, as partes estabeleceram um *Joint Consulting Board*, para emissão de manifestações não vinculantes acerca de controvérsias que surgissem no decorrer de toda a obra. Nas décadas seguintes, o instrumento foi se disseminando nos Estados Unidos até que alcançou outros países e organizações internacionais, a exemplo da *Federation Internationale des Ingenieurs Conseils* (FIDIC) e o Banco Mundial, que ainda em 1995 passou a exigir os *dispute boards* em financiamentos de projetos de valor superior a US\$ 10 (dez) milhões de dólares. No ano de 1996, foi fundado a *Dispute Resolution*

¹⁹¹ - FORTINI, Cristiana. **Dispute Boards**: na nova Lei de Licitações e em leis municipais. Consultor Jurídico, Junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interessepublico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em: 31 Ago. 2021, p.3.

Board Foundation (DRBF), organização internacional sem fins lucrativos que tem por objetivo fomentar a prevenção e resolução de conflitos, além de congrega os principais profissionais em atuação no mercado¹⁹².

Um *dispute board* pode ser do tipo permanente, ou seja, constituído juntamente com a celebração do contrato, acompanhando a vigência da avença firmada; ou pode ser do tipo *ad hoc*, formado tão somente quando as partes decidem submeter determinada controvérsia ao conselho, a quem incumbe exarar a decisão e exaurir os procedimentos a ela aplicáveis¹⁹³.

A Nova Lei Licitações e Contratos Administrativos dispôs que o processo de escolha dos *comitês de resolução de disputas* observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes. Não trouxe, portanto, maiores vinculações que dissessem respeito à composição, competências, mandatos e outras regras procedimentais dos comitês de resolução de disputa, o que se reputa adequado, haja vista que essas informações podem oscilar a depender da modelagem contratual em execução¹⁹⁴. Além disso, a eventual necessidade de fixação de parâmetros mais estreitos podem ser mais bem definidos de acordo com as necessidades de cada ente federativo, em respeito ao princípio da autonomia dos entes federados, insculpido no art. 18 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁵.

Não é demais repisar que Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar sobre normas específicas de licitações e contratos administrativos, uma vez que somente as normas gerais incumbem à União, consoante se extrai do art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988. Tanto é assim que, como visto, os Municípios de São Paulo/SP e Belo Horizonte/MG editaram normas específicas acerca dos *comitês*

¹⁹² - BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. **Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-maio 2017. p. 88. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em 31 Ago. 2021.

¹⁹³ - Ibidem.

¹⁹⁴ - FORTINI, Cristiana. **Dispute Boards**: na nova Lei de Licitações e em leis municipais. Consultor Jurídico, Junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interessepublico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

¹⁹⁵ - CRFB/1988 - Art. 18. "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição".

de resolução de disputa em momento pretérito à novel norma geral de licitações e contratos, quando ainda só existia a Lei nº 8.666/1993, que, como dito, não contém qualquer dispositivo acerca de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.

As estatísticas da *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)*¹⁹⁶ apontam que mais de 85% das controvérsias surgidas no âmbito dessa sistemática são resolvidas sem a necessidade de acionamento de câmaras arbitrais ou do poder judiciário, promovendo economia de tempo e recursos financeiros, considerando um universo de mais de 2700 projetos oficiais registrados na organização, que envolveram ao total mais de US\$ 270 (duzentos e setenta) bilhões de dólares.

No Brasil, o projeto pioneiro de utilização do *Dispute Board* foi o da linha amarela do metrô de São Paulo/SP, que teve financiamento de recursos também por meio do Banco Mundial. Ato contínuo, o referido meio alternativo de prevenção e resolução de controvérsia foi adotado em diversos projetos realizados em outros estados brasileiros¹⁹⁷.

Além disso, no STJ, o Ministro Relator Marco Aurélio Belize, ao julgar o Recurso Especial 1.569.422 – RJ¹⁹⁸, reconheceu a existência, validade e eficácia do *Dispute Board*, afirmando, em linhas gerais, balizado em doutrina internacional acerca da temática, que as partes podem, a fim de manter o ambiente de parceria e cooperação, pactuar que um terceiro ou um colegiado especializado possa, desde logo, dirimir divergências pontuais, sobretudo em contratos de maior prazo de duração.

¹⁹⁶ - Para maiores informações acerca do *Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)* e estatísticas acerca da disseminação do *Dispute Board*, vide: <https://www.drb.org/>.

¹⁹⁷ - BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. **Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-maio 2017. p. 88. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em 31 Ago. 2021.

¹⁹⁸ - Vide STJ - REsp: 1569422 RJ 2015/0177694-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862105153/recurso-especial-resp-1569422-rj-2015-0177694-9/inteiro-teor-862105180>. Acesso em 1 Set 2021.

Cabe ressaltar ainda que os *Dispute Boards* foram objeto de três enunciados produzidos na I Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios¹⁹⁹, realizado em 2016, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), sob a Coordenação-Geral da Comissão Científica do Ministro Luís Felipe Salomão, consoante se verifica a seguir:

Enunciado 49 – “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”

Enunciado 76 – “As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada”.

Enunciado 80 – “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos”.

Vale esclarecer quanto ao Enunciado 49 CEJ/CJF, que esse buscou pacificar o entendimento de que o *Dispute Board* é um método de solução consensual de conflito, haja vista que o §3º do art. 3º do CPC²⁰⁰, a exemplo da Lei nº 14.133/2021, também deixou em cláusula aberta as possibilidades de utilização de instrumentos de consensualidade para prevenção e resolução de controvérsias.

Já o Enunciado 76 CEJ/CJF é claro ao dispor que as partes só estariam vinculadas ao *Dispute Board* até que sobrevenha nova decisão judicial ou arbitral, nas hipóteses em que as partes optaram pela obrigatoriedade de vinculação às decisões do comitê. Reforça-se que no *Dispute Board* prevalece a autonomia da vontade e a

¹⁹⁹ - Para acesso ao inteiro teor dos Enunciados da “I Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios” do Conselho da Justiça Federal, vide: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 30 Ago. 2021.

²⁰⁰ - Lei nº 13.105/2015: Art. 3º (...) § 3º “A conciliação, a mediação e **outros métodos de solução consensual** de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. **(nosso grifo)**

consensualidade, e, por isso, pode haver configurações de *comitês de resolução de disputas* cujas manifestações tenham mero caráter de orientação ou sugestão, não sendo, portanto, decisões obrigatórias ou vinculativas.

O Enunciado 80 CEJ/CJF, por sua vez, recomenda a utilização dos *Dispute Boards* no bojo de contratos de construção ou de infraestrutura, de modo a permitir, de forma célere e com custos mínimos, a solução de conflitos que surjam no decorrer da contratação. Trata-se exatamente do objeto em que nasceu o uso do instituto e que é largamente empregado.

Em verdade, o *Dispute Board* tem aplicabilidade plenamente justificável em contratações mais robustas, complexas e de longa duração. Isso porque, nessas espécies de contratos há maior possibilidade de surgimento de pontos de divergência entre as partes, que podem ser acompanhados de perto e de modo preventivo por uma comissão já instalada. Além disso, em análise de custo e benefício, não se entende razoável o acionamento desse mecanismo para contratações públicas simples e de baixa monta, haja vista que há custos administrativos na utilização desse instrumento de resolução de controvérsias.

Cabe ressaltar que a Lei nº 14.133/2021 produziu uma feliz coincidência: promoveu uma ampliação dos instrumentos de consensualidade, a exemplo da previsão expressa dos *Dispute Boards*, ao tempo que promoveu intensa ampliação do prazo de duração de seus contratos administrativos. Isso porque é fácil observação que a consensualidade encontre ambiente mais fértil em contratos mais prolongados, a exemplo do que se verifica naqueles disciplinados pela Lei nº 8.987/1995 (concessões) e na Lei nº 11.079/2004 (parcerias público-privadas). Tem-se que essas avenças de longa duração por natureza estão mais sujeitas à incerteza e demandam uma regulação jurídica que permitam mutabilidade, aliada à segurança jurídica. Nesses contratos de longa duração, há uma patente sujeição de fatores mercadológicos,

econômicos e políticos, o que faz com que essas avenças não sejam tidas por completas. Assim, há um espaço natural de incompletude a ser regulado, o que pode ser auxiliado pelo diálogo e por instrumentos de consensualidade²⁰¹.

O estatuto anterior de contratações públicas, a Lei n° 8.666/1993, previa, como regra, que a duração dos contratos administrativos ficasse adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários²⁰². Logo, os ajustes firmados no bojo daquela lei possuíam, em regra, a vigência de 1 (um) ano. Já a Nova Lei de Licitações, por sua vez, como dito, promoveu uma intensa ampliação na duração máxima dos contratos administrativos.

Nos termos do art. 106 da Lei n° 14.133/2021, a Administração poderá celebrar contratos com prazo de duração de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, inclusive para aluguel de equipamentos e para utilização de programas de informática. Além disso, esses contratos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima de 10 (dez) anos, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a *negociação* com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes, consoante dispõe o art. 107 da nova lei²⁰³. Ressalte-se aqui a negociação como outra previsão expressa de consensualidade nos contratos administrativos regidos pela novel legislação.

Além disso, em situações especiais expressamente elencadas, *v.g.* relacionadas à defesa nacional, às forças armadas, ao SUS, à inovação, à pesquisa científica

²⁰¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

²⁰² - Lei n° 8.666/1993: Art. 57. “A duração dos contratos regidos por esta Lei **ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários**, exceto quanto aos relativos: (...)” **(nosso grifo)**

²⁰³ - Lei n° 14.133/2021: Art. 107. “Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, **respeitada a vigência máxima decenal**, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes”. **(nosso grifo)**

e tecnológica, dentre outras, a Administração Pública poderá firmar contratos administrativos com vigência *inicial* de até 10 (dez) anos, nos termos do art. 108 da Lei nº 14.133/2021²⁰⁴.

Ademais, a Administração poderá estabelecer a *vigência por prazo indeterminado* nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação (art. 109). Tem-se que essa inovação legislativa permitirá que os órgãos e entidades da Administração não precisem renovar sucessivamente, por exemplo, contratos de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário²⁰⁵.

Prosseguindo a demonstração de ampliação dos prazos de duração dos contratos, cumpre anotar que na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos máximos de duração serão de até 10 (dez) anos, nos contratos que não envolvam investimento; e de até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término da avença, consoante dispõe o art. 110 da Nova Lei de Licitações.

Outra ampliação do prazo de duração nos contratos administrativos previsto na Lei nº 14.133/2021 se refere ao contrato por escopo e está contida no art. 111. Dispõe a lei que, quando a contratação prever a conclusão de escopo predefinido, o *prazo de vigência será automaticamente prorrogado* caso seu objeto não seja concluído no período firmado no contrato. Trata-se de uma inovação bem-vinda, uma vez que, em certos casos, a Administração poderia não conseguir finalizar a instrução do termo

²⁰⁴ - Lei nº 14.133/2021: Art. 108. **A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos** nas hipóteses previstas nas alíneas “f” e “g” do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do caput do art. 75 desta Lei. **(nosso grifo)**.

²⁰⁵ FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed., Brasília: Ed. dos autores. 2021.

aditivo de prorrogação em tempo hábil e, assim, não concluir o escopo daquela contratação pela falta de uma mera formalidade processual²⁰⁶.

Além disso, a Nova Lei de Licitações previu que o contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial. Cumpre esclarecer, todavia, que esses contratos também podem ser prorrogados até o prazo máximo de 10 (dez) anos.

Finalizando a demonstração de ampliação dos prazos de vigência dos contratos administrativos da Lei nº 14.133/2021, verifica-se que os contratos que previrem a *operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação poderão ter vigência máxima de 15 (quinze) anos*, consoante autoriza o art. 144 da nova lei.

Repisa-se, portanto, que essa majoração de prazos de duração de contratos administrativos, em certa medida aproximando as contratações públicas previstas na lei geral e licitações dos contratos firmados no bojo da lei de concessões e de parcerias público-privadas, veio bem acompanhada do fomento aos instrumentos de consensualidade, a fim de que sejam mitigados dissensos e litígios em contratações de longa duração, quer sejam pela nova modalidade diálogo competitivo, pelo Procedimento de Manifestação de Interesse, pelos métodos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, em especial pelo novel instituto do *Dispute Board*.

Assenta-se, ainda, que os *Dispute Boards*, por ter base na vontade das partes, pelo seu método ágil e tempestivo, “contribuem, de modo efetivo, para a prevenção e resolução de disputas, mostrando-se imprescindíveis no auxílio às partes na execução dos contratos e na eficiente utilização dos recursos a eles destinados²⁰⁷”.

²⁰⁶ - FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed., Brasília: Ed. dos autores. 2021.

²⁰⁷ - BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. **Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-mai. 2017. p. 88. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em 31 Ago. 2021, p. 97.

Por fim, informa-se que quaisquer dos métodos alternativos de resolução de controvérsias inserido no contexto de contratações públicas são tidos por “construções consensuais que imprimem significativo reforço eficaz aos princípios e contribuem à lógica do novo serviço público, que procura valores compartilhados e interesses comuns por meio de um amplo diálogo e do engajamento de cidadãos²⁰⁸”.

1.2.2.5 – Medidas que mitigam a unilateralidade das decisões em contratações públicas

Há certas previsões na Nova Lei de Licitações que, em um primeiro momento, podem não parecer que sejam instrumentos diretos de consensualidade nas contratações públicas. Todavia, de maneira inequívoca, expressam, no mínimo, disposições que representam um avançar da Administração Pública rumo a uma posição mais paritária em relação ao particular. Dito de outra forma, os dispositivos a serem tratados a seguir representam a mitigação da unilateralidade e do poder extroverso nas contratações públicas; bem como maior transparência, horizontalidade, estabilidade, segurança jurídica e confiança na relação entre as partes.

Gustavo Binenbojm²⁰⁹ pontua que o legislador, ao elaborar o novo estatuto de contratações públicas, foi cauteloso e optou pela continuidade dos institutos existentes no modelo anterior, permeado por modificações incrementais, ao invés de uma ruptura com a sistemática já consolidada na cultura jurídica administrativista brasileira. Nesse sentido, pontua que foi perdida uma oportunidade de se repensar a estrutura acerca da base normativa da exorbitância contratual, a fim de se aprimorar a relação entre a

²⁰⁸ - FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017, p. 42. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 09 set. 2021.

²⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota. Abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

Administração e o particular, por meio da superação de uma visão ultrapassada de supremacia do interesse público sobre o particular.

Dentre as medidas que trouxeram maior equilíbrio entre Administração e particular tivemos a previsão da Lei nº 14.133/2021 acerca da *alocação de riscos*. Dispõe o art. 103 que o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Além disso, a alocação de riscos mencionada considerará, em compatibilidade com as obrigações e os encargos atribuídos às partes no contrato, a natureza do risco, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo, consoante dispõe o parágrafo único do art. 103.

A despeito de os referidos dispositivos espelharem prática já existente em contratos do tipo concessões e parcerias público-privadas, esse mecanismo reconhece a legitimidade da assunção efetiva de obrigações e riscos pela Administração Pública, seja ela integral ou partilhada com o contratante, podendo impulsionar arranjos contratuais mais equilibrados também no bojo do estatuto geral de licitações e contratos. Além disso, por se tratar de elemento que deve ser estudado ainda na fase preparatória da licitação, uma vez que o edital poderá conter a respectiva matriz de riscos, nos termos do art. 22 da Lei nº 14.133/2021²¹⁰, eventuais disparidades de poderes entre parceiros públicos e privados deverão ser objeto de “justificação à luz dos parâmetros estipulados em lei, evitando que o desequilíbrio da relação seja motivado com base na noção etérea sobre a desigualdade das partes como elemento intrínseco dos contratos administrativos”²¹¹. Em outras palavras, a definição de alocação de riscos traz maior previsibilidade, estabilidade e transparência

²¹⁰ - Lei nº 14.133/2021: Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota. Abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

aos contratos firmados no bojo da nova lei, visto que as partes conhecerão desde antes da celebração do contrato qual responsabilidade recairá a quem durante a execução.

Outra importante previsão da Nova Lei de Licitações, essa contida no art. 123, é o *dever de que tem a Administração de explicitamente decidir acerca de quaisquer solicitações e reclamações relacionadas à execução do contrato*, ressalvadas aquelas impertinentes, protelatórias ou alheias à boa execução contratual. O parágrafo único do referido artigo fixa o prazo de 1 (um) mês para resposta a qualquer requerimento que não tenha prazo específico em lei ou em contrato, sendo permitida a prorrogação por igual período, desde que motivada. Tem-se que a fixação de prazos para respostas aos pleitos dos contratados evita que a mora ou omissão do Poder Público acabe por prejudicar os requerentes envolvidos e a própria execução contratual.

Ainda que a Lei 8.666/1993 permita a alteração unilateral dos contratos, essa prerrogativa não alcança as cláusulas econômico-financeiras, as quais só podem ser alteradas com anuência prévia do contratado. A mesma lei exige ainda que, caso haja alteração unilateral, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual, consoante dispõe o §2º de seu art. 58.

A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, vai além e exige, nos termos do art. 130, que quando houver alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, *no mesmo termo aditivo*, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Esse dispositivo evita que o particular fique longos períodos aguardando a instrução e o deferimento do reestabelecimento da equação inicialmente pactuada, haja vista que a manutenção das condições efetivas das propostas é um direito constitucionalmente assegurado, consoante previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988²¹².

Ainda a respeito da revisão contratual, cabe ressaltar que a Nova Lei de Licitações dispõe que *a extinção do contrato não configurará óbice para o*

²¹² Constituição Federal, art. 37, XXI – “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. **(nosso grifo)**

reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que será concedida indenização por meio de termo indenizatório, nos termos do art. 131. A única exigência legal é que o pleito da contratada seja realizado durante a vigência do ajuste.

Trata-se de outro dispositivo que visa conferir maior segurança jurídica ao particular, uma vez que após o encerramento do contrato não raro os pleitos das contratadas ficam escanteados pela Administração quando não são sequer instruídos, em exemplo de flagrante ilegalidade, haja vista o contido no art. 48 da Lei nº 9.784/1999, Lei de Processos Administrativos no âmbito Federal²¹³.

Com o novo dispositivo da Lei nº 14.133/2021 fica expresso o dever de a Administração instruir termo de indenização, também conhecido por *termo de acerto final de contas*, para reconhecer e posteriormente pagar (ou compensar) eventual desequilíbrio econômico-financeiro havido durante a contratação. Trata-se de medida plenamente atinente ao princípio da proteção confiança legítima, corolário da segurança jurídica²¹⁴ e da boa-fé objetiva²¹⁵ na Administração Pública, e que, segundo Odete Medaur²¹⁶:

²¹³ Lei nº 9.784/1999, Art. 48. “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

²¹⁴ Sobre a conexão entre o princípio da confiança legítima e a segurança jurídica: “Portanto, a **proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica** e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade **voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais** e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos” (**nosso grifo**). MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 12. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>. Acesso em 31 Ago. 2021.

²¹⁵ Sobre a interrelação entre o princípio da confiança legítima e o da boa-fé objetiva: “Enfin, nuestros tribunales de justicia proclamam com igual celo, según venimos exponiendo, **el principio de protección de confianza legítima y el de buena fé. Conjunta o separadamente, ambos son recogidos para al fin y a la postre, proteger situaciones jurídicas legítimas en que la actuación de la Administración no ha respondido a lo que de ella se esperaría, donde ésta se ha contradicho en su relación con los ciudadanos o infringido la confianza que en ella se había depositado**. Sin embargo, hay que reiterar que dicha aplicación se há realizado, en la mayoría de las ocasiones, con sumo desconcierto, con una aplicación simultánea de ambos conceptos a situaciones fácticas idénticas y sin deslindar suficientemente el campo de acción de cada uno de ellos”. (**nosso grifo**). CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

²¹⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 247.

apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas.

Outro instrumento de maior paridade entre Administração e particular foi definido no art. 143 da Nova Lei de Licitações, o qual dispõe que no caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, *a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento*. Por mais que o dispositivo pareça óbvio, ele vem conferir maior segurança jurídica para que o administrador público libere o pagamento de parcela sob a qual não paire quaisquer dúvidas, evitando as conhecidas e longas retenções feitas pela Administração até o deslinde da decisão. A presença do referido dispositivo vem a dar supedâneo a uma atuação do mais justa do gestor público em face do contratado, pela tentativa de mitigação das retenções arbitrárias pela Administração.

A Nova Lei de Licitações *mitigou o poder extroverso contido no estatuto anterior de contratações uma vez que reduziu para 2 (dois) meses o prazo para que a Administração possa atrasar os pagamentos sem que o particular tenha direito à extinção do contrato* por essa razão (conforme art. 137, §2º, inciso IV e §3º, inciso II). Cabe ressaltar que na Lei nº 8.666/1993 somente com 90 (noventa) dias de atraso no pagamento poderia o contratado opor a exceção do contrato não cumprido ou pleitear judicialmente a rescisão da avença em razão do inadimplemento do órgão ou entidade. Trata-se de dispositivo que busca reduzir o impacto da mora por parte da Administração, mitigando riscos à própria continuidade da contratação, bem como evitando que o particular prejudique seu fluxo de caixa e experimente severos custos de captação no mercado financeiro.

Tem-se que todas essas modificações em prol da mitigação do regime de prerrogativas especiais e da unilateralidade são essenciais para ampliação da competitividade no procedimento licitatório. Isso porque o excesso de prerrogativas e a demora no pagamento por parte da Administração constituem verdadeiras barreiras a novos entrantes. Nesse sentido, filia-se ao entendimento de Gustavo Binbenbojm²¹⁷

²¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota. Abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

para quem “estudos demonstram que o atraso nos pagamentos é um dos motivos mais relevantes para que uma empresa decida por não participar de uma licitação – especialmente em contratações em que participam micro e pequenas empresas²¹⁸”.

Por fim, pontua Binenbojm²¹⁹ que com a Lei nº 14.133/2021 passamos a ter “uma moldura normativa que possibilita a adoção de práticas administrativas mais condizentes com uma relação contratual estável, equilibrada e consensual”. Essas alterações, contudo, ainda dependem da boa vontade dos gestores públicos e, em especial, dos órgãos de controle, caso adotem uma interpretação retrospectiva do novo regime à luz da Lei nº 8.666/1993, conforme destacado por Egon Bockmann Moreira²²⁰, para quem a Lei nº 14.133/2021 exige uma interpretação autônoma, visto que “a nova lei de nada adiantará se lida com os olhos no passado”

Assim, ainda que grandes modificações não tenham sido encetadas pelo legislador, espera-se que “a nova legislação seja um marco para estimular uma efetiva mudança de cultura em prol de maior colaboração nas parcerias, em sentido amplo, entre Administração Pública e sociedade²²¹”.

Até o presente momento do trabalho, verificou-se que muitos foram os avanços legislativos rumo à consensualidade da Administração Pública no Brasil. Passa-se agora ao Capítulo II da presente dissertação, que busca examinar argumentos teóricos para a não disseminação da *prática* da consensualidade nas contratações públicas brasileiras.

²¹⁸ V.g. o estudo entabulado pela Comissão Europeia, em que aproximadamente 38% das empresas apontaram o atraso nos pagamentos como a razão mais relevante para a escolha de se ausentarem de licitações públicas. Vide EC (European Commission): “*Evaluation of SMEs’ Access to Public Procurement Markets in the EU.*” Report coordinated by DG Enterprise and Industry. Final Report submitted by GHK and Technopolis. Disponível em: http://www.vergabebrief.de/wp-content/uploads/2014/07/EU_sme_public_procurement_annex.pdf. Acesso em 30 Ago. 2021.

²¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota. Abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **A futura Lei de Licitações: o desafio de sua interpretação autônoma**. Portal Jota, fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-publicistas-23022021>. Acesso em 31 ago. 2021.

²²¹ BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota. Abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 ago. 2021.

II - Argumentos teóricos que justificam a não-disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas no Brasil.

Ainda que já tenha sido tratado *en passant* no capítulo inicial, o presente capítulo abordará de forma mais detida as hipóteses que justificam a não disseminação da *prática* da consensualidade no que diz respeito às contratações públicas no Brasil.

2.1 – A Crise nos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro como obstáculos à disseminação da prática da consensualidade.

Nesse tópico, abordaremos duas hipóteses para buscar explicar os óbices à disseminação da prática da consensualidade no Brasil: 1) A visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*; e 2) a necessidade de superação do legalismo estrito, com consequente vinculação ao princípio da juridicidade pela Administração, para uma efetiva ação interpretativa autônoma e proativa dos administradores, dotada do poder-dever de exegese, para ampliação de autonomia e condução à melhor decisão, em busca de maior eficiência na gestão pública.

2.1.1 – A visão atávica da supremacia do interesse público *a priori* como óbice às práticas consensuais pelos gestores públicos;

Ao tratar sobre obra que versava sobre a evolução do Direito Administrativo contemporâneo, que será aqui analisada, Carlos Ari Sunfeld asseverou “Mudam normas, mudam ideias, muda o mundo; e nosso direito administrativo, muda? Para alguns, não pode mudar: eles creem na atemporalidade do passado. Mas muitos não querem a teoria jurídica como religião; estou com eles²²²”. Trata-se de uma

²²² SUNDFELD, Carlos Ari. Capa *In* BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

evidente crítica àqueles que entendem o direito administrativo atual de modo assemelhado aos que enxergavam os estudiosos do assunto de séculos passados, mormente antes da formação dos Estados Constitucionais de Direito.

Essas e outras críticas servirão de base para ilustrar como a visão retrógrada da supremacia do interesse público *a priori* constitui óbice à disseminação de práticas consensuais nas contratações governamentais. Antes disso, cabe tecer brevíssimas considerações acerca da origem do Direito Administrativo e sua influência ainda persistente no atual contexto da Administração Pública brasileira.

Gustavo Binjenbojm²²³ é um dos representantes da corrente doutrinária contrária ao pensamento de que o Direito Administrativo nasceu para que o poder passasse a se submeter a lei, vinculando, assim, a própria Administração à vontade, organização e estrutura do legislador. Em outras palavras, aduz que a narrativa da gênese do Direito Administrativo associado ao nascimento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolução é equivocada.

Na visão desse autor, o nascimento do Direito Administrativo (incluindo o interesse público *a priori* e o sistemas de prerrogativas da Administração) resultou, na verdade, na sobrevivência de práticas do *Ancien Régime*, ao invés de sua superação. Isso porque a submissão da administração pública ao Direito não se deu de fato, mas apenas como um aparato retórico que mantinha as atividades administrativas longe do controle pelos indivíduos. Assim, houve, nesse contexto, uma verdadeira “constituição de uma dogmática a serviço dos donos do poder”²²⁴.

Justifica essas assertivas por meio da premissa de que o Direito Administrativo não nascera da vinculação do Estado à vontade do legislador, mas sim pela formulação ativa de regras e princípios decorrente de construções jurisprudenciais exaradas pelo Conselho de Estado²²⁵. Em outras palavras, pontua que o surgimento

²²³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9.

²²⁵ No mesmo sentido de Paulo Otero, para quem “a ideia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d’Etat*, passando a Administração Pública a pautar-se por normas diferentes daquelas que

do Direito Administrativo não foi consequência da vontade geral representada pelo Poder Legislativo, mas de decisão auto vinculativa do próprio Poder Executivo.

Como dito, esse modelo de Direito Administrativo oriundo da Europa Continental (mais precisamente da França), acompanhado de suas contradições intrínsecas, se encaixou perfeitamente no modelo de administração pública brasileira, implantado em um contexto de colonização de exploração e patrimonialismo por parte da Coroa Portuguesa, o que culminou na sua institucionalização e legitimação no Brasil.

Grande parte desse estado de coisas foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro e se materializou na Administração Pública e, por consequência, na relação contratual administrativa²²⁶. Desde então, passamos a conviver em todas as esferas da federação com a unilateralidade de decisões administrativas; o regime jurídico-administrativo apto a modificar ou extinguir unilateralmente os contratos administrativo; a indisponibilidade do interesse público; e a supremacia do interesse público apriorístico sobre o particular²²⁷.

regulavam a actividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória auto vinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'Etat*. [OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública** - O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. 2003, Coimbra: Almedina, 2003, p. 271.]

²²⁶ A esse respeito, José Anacleto Abduch Santos sustenta que “Diante da importância das prerrogativas da Administração na relação contratual, chega-se a ponderar que é a própria existência de cláusulas especiais inseridas nos contratos administrativos, exorbitantes do direito privado, que atesta um regime jurídico especial de direito público. Embora admita que a determinação da cláusula exorbitante seja complexa e difícil, podem ser consideradas como tal aquelas representativas do caráter de poder público com que a Administração intervém nos contratos administrativos, colocando-se em uma posição de superioridade jurídica, ou investindo o contratado particular em relação a terceiros, de prerrogativas que são próprias do poder público. Assim, enquanto uma relação jurídico-contratual privada é marcada pela horizontalidade, a relação contratual administrativa é marcada pela verticalidade, cabendo à pessoa jurídica pública certos privilégios que efetivamente colocam em posição de superioridade perante o contrato privado. Esses privilégios ou prerrogativas implicam uma modificação sensível da estrutura normal e ordinária dos contratos de direito privado. Em uma relação contratual privada prevalece a obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*) e a consensualidade. Tais características são bastante atenuadas ou mesmo podem deixar de existir em um contrato administrativo”. [SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Formação e controle interno da execução com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 28].

²²⁷ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

Passados longos anos desse nascedouro até os dias de hoje, e ainda que a sociedade contemporânea apresente necessidades e expectativas maiores e mais complexas em face da Administração Pública, essa permanece fortemente vinculada ao antigo aparato teórico de suas origens, em um evidente descompasso causador de ineficiências, o que denota um verdadeiro estado de crise de paradigma do Direito Administrativo²²⁸.

Trata-se de entendimento que já era, na verdade, esposado por Marçal Justen Filho²²⁹:

Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. (...) A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Cabe ressaltar que o anacronismo apontando no trecho acima e a teoria da crise dos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo ficam ainda mais evidentes com o passar do tempo, em razão da tardia, mas efusiva, Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil; e tendo em vista as contínuas e crescentes aspirações da sociedade contemporânea, havidas no seio do Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, Gustavo Binbenbojm identifica um estado de crise em quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo brasileiro, que, em apertadíssima síntese, recaem sobre:

1) dito *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o

²²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.

conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo;

2) *a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo*. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse;

3) *a intangibilidade do mérito administrativo*, consistente na incontabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa

4) *a ideia de um Poder Executivo unitário (...)* ao invés de admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático²³⁰.

A fim de superar esses paradigmas tradicionais do Direito Administrativo brasileiro, erige-se a *constitucionalização do direito administrativo* como alternativa à teoria que fundamentou essas quatro categorias jurídicas. Por meio desse caminho, passa-se a ter o sistema democrático e a dignidade da pessoa humana como vetores axiológicos para atuação da Administração Pública. Nessa senda, o indivíduo deixa de ser mero súdito da Administração e passa à posição de cidadão e demandante de concretização de direitos fundamentais, fazendo com que o Poder Público transmude a sua atuação autoritária e passe a captar e a responder aos mais variados anseios da sociedade²³¹.

A teoria acerca da *constitucionalização do direito* teve marco inicial na Alemanha, onde foi assentado pelo Tribunal Constitucional, após longa construção doutrinária, que o sistema jurídico deve proteger direitos e valores, não só pelo benefício que possam trazer às pessoas, mas pelo interesse de toda a sociedade em sua satisfação. Pontua Luís Roberto Barroso que o termo constitucionalização do direito comporta

²³⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 23-24.

²³¹ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

vários sentidos e serve para identificar “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”²³².

Assim, os fins públicos e os valores contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar as normas infraconstitucionais, o que, por via de consequência, repercute na atuação dos três Poderes, além, é claro, na relação desses com os particulares. Desse modo, a constitucionalização do direito administrativo impõe à Administração Pública certos deveres de atuação, bem como fornece fundamento de validade para a realização de atos, por meio da aplicação direta da Constituição, mesmo quando não haja diploma legislativo a respeito do assunto²³³.

O autor pontua que a temática dos direitos fundamentais, por exemplo, tão cara ao Direito Constitucional, tardou em alcançar grande relevo no campo do Direito Administrativo. Isso porque esse ramo do Direito, em verdade, criou institutos mais voltados à lógica da autoridade do que da liberdade. Em sua origem, categorias como interesse público, poder de polícia e discricionariedade administrativa foram elaborados com distanciamento de consideração aos direitos fundamentais.

No presente tópico, todavia, cuida-se tão somente da crítica ao arcaísmo envolto na *supremacia do interesse público a priori* como um dificultador à disseminação das práticas de consensualidade nas contratações públicas. Passemos, portanto, ao exame dessa crise de paradigma do Direito Administrativo em específico.

Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁴ conceitua o interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Hely Lopes Meirelles²³⁵, por sua vez, lecionava que “sempre que entrarem em conflito o direito do

²³² - BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.32.

²³³ - BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²³⁴ - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.

²³⁵ - MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objeto primacial da Administração é o bem comum”.

Ocorre que a visão do interesse público sempre prevalente *a priori* em detrimento dos interesses individuais resta incompatível com a ideia de Constituição como um sistema aberto de princípios, os quais são articulados por uma sistemática de ponderação proporcional e não por uma lógica estática e hierárquica. Ou seja, a “centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais²³⁶”.

No mesmo sentido, pontua Eros Roberto Grau²³⁷:

A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Nessa linha, quando a lei ou a própria Constituição não exaurirem o possível significado de interesse público em um caso concreto, poderá a Administração Pública ponderar entre todos os interesses envolvidos, buscando, de modo devidamente fundamentado, a máxima realização dos interesses em jogo. Desta feita, por essas razões, nos filiamos a corrente de que após a constitucionalização do interesse público resta incompatível a preponderância abstrata e peremptória do público sobre o particular ou do coletivo sobre o individual²³⁸.

Com uma visão crítica acerca da prevalência do interesse público *a priori*, Humberto Ávila defende que os interesse privados compõem os interesses públicos,

²³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25.

²³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

razão pela qual chega a pontuar que seriam indissociáveis. Assim, para ele, o interesse público “não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público²³⁹”. Além disso, não poderia o princípio do interesse público “ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um ‘princípio abstrato de supremacia’ teríamos ‘regras condicionais concretas de prevalência’²⁴⁰”.

Também nessa linha, Paulo Ricardo Schier assevera que os interesses públicos e os interesses privados “não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa a realização do outro²⁴¹”. Manifestação assemelhada temos em Daniel Sarmento, que pontua que “o interesse público, na verdade, é composto pelos interesses particulares dos componentes da sociedade, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos privados²⁴²”.

Ademais, a ideia de prioridade absoluta do coletivo em face do individual também não é compatível sequer com o próprio Estado Democrático de Direito. Isso porque a Constituição, aderente à cooperação e à igualdade, além de possuir um cariz pluralista, aberto e compromissário, não admite qualquer definição apriorística de subjugar um em detrimento de outro²⁴³.

Exatamente nesse sentido que se percebe que uma visão arcaica da prevalência do interesse público *a priori* também não se coaduna com a cooperação,

²³⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 28. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437>. Acesso em: 28 mar 2022.

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 28. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437>. Acesso em: 28 mar 2022.

²⁴¹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamental. **Revista HISTEDBR**, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005, p. 114. Disponível em: https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/4807/art11_18.pdf. Acesso em: 29 mar 2022.

²⁴² SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In _____. (Org.) **Interesses públicos vs interesses privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 83-84.

²⁴³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 31.

diálogo e consensualidade das soluções a serem construídas na prática da Administração Pública. Dito de outra forma, entende-se que a Constituição Federal de 1988 marca que o ordenamento pátrio se funda na harmonia social e deve buscar a solução pacífica das controvérsias tanto na ordem interna e quanto na internacional²⁴⁴.

É compatível com o espírito da Constituição, portanto, a possibilidade e, por que não dizer, a necessidade de serem adotadas soluções consensuais e pacíficas. Isso faz com que a Constituição Federal imponha distância da visão atávica da supremacia do interesse público *a priori* ainda presente na *práxis* administrativa no Brasil. Essa prática monológica desprestigia o próprio princípio da eficiência, orientador da administração consensual, uma vez que esse princípio constitucional determina a persecução otimizada do bem comum²⁴⁵.

Nessa mesma linha e conectando a consensualidade à eficiência, José Sérgio da Silva Cristovam, em obra que interrelaciona a emergência de um novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes, pontua que:

A verticalidade, a assimetria, a imperatividade e a autoridade administrativa devem ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação da decisão administrativa, com a exigência de eficiência da máquina pública. Estes são os parâmetros do novo regime jurídico-administrativo, que informa o paradigma emergente da Administração Pública democrática²⁴⁶.

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, em texto que discute um paradigma de eficiência nos contratos administrativo, faz coro a esse entendimento. Para ele, em um Estado Democrático de Direito cada vez mais prestador de serviços, o contrato administrativo passa a ser visto como um meio de viabilização do próprio Estado, porquanto capaz de concretizar políticas públicas, mediante um enfatizar cada vez

²⁴⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A Administração Pública consensual na modernidade líquida.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.** Curitiba: Juruá, 2015, p. 328.

maior de seu caráter cooperador, consensual, concertado ou dialógico entre os interessados. Assim, essa nova concepção se amolda perfeitamente aos preceitos do Estado democrático, uma vez que esse demanda maior controle social e maior participação popular²⁴⁷.

A respeito dessa perspectiva mais paritária acerca dos ajustes públicos, nos ensina Luís S. Cabral de Moncada²⁴⁸:

A perspectiva «relacional» do contacto entre a Administração e os cidadãos compreende diversos fenómenos permanentes que se manifestam de diferentes maneiras mas que se enquadram numa estrutura geral. A estrutura do contacto actual entre a Administração e os cidadãos é decisivamente marcada pela ideia da participação com reflexos no âmbito procedimental e processual e exigindo até uma nova orgânica apta a dar-lhe vazão, de que se tratará posteriormente. Como é sabido, no Estado Social intervencionista generalizaram-se formas de participação na formação da decisão administrativa e de colaboração variada entre os cidadãos e o poder que ficaram conhecidas por concertação e que modificaram necessariamente a orgânica administrativa.

Verifica-se que o doutrinador português enxerga a própria atividade administrativa como resultado da participação do particular na decisão, o que chega a demandar inclusive modificações na estrutura administrativa para fazer face a esse novo paradigma. Nessa senda, ele prossegue nos exatos termos do que se quer demonstrar na presente Dissertação: que o interesse público prevalente *a priori* e o regime exacerbado de unilateralidade e demais prerrogativas não se coadunam com a disseminação da prática da consensualidade e concertação na Administração Pública. Senão, vejamos:

A concertação ou consensualidade é uma alternativa à tradicional unilateralidade da decisão e actuação administrativas. Nesta medida, manifesta também o fenómeno da participação administrativa e a presença do interesse privado na formação da mesma decisão,

²⁴⁷ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **A relação jurídico-administrativa pactual pública**: por um paradigma de eficiência e eficácia dos contratos administrativos. *Universitas Jus*, Brasília, v. 27, n. 3, 2016 p.219-230

²⁴⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 143.

repudiando as concepções, tão apreciadas no nosso país, para as quais o interesse público se opõe necessariamente ao privado e é exclusivo da Administração, o que tem consequências dogmáticas vastíssimas no direito administrativo, mas que não podem ser agora e aqui tratadas... Relembra de uma metodologia democrática de obtenção da decisão administrativa muito embora por seu intermédio também não se verifique uma autêntica repartição do poder de decidir pois que o nível respectivo se fica sempre pela fase preparatória da mesma decisão, sem retirar à Administração os seus poderes unilaterais de decisão²⁴⁹.

Por essa razão, entende-se que a relação jurídico-administrativa dialógica e pública resulta em um contrato administrativo atualizado para uma verdadeira dinâmica de consensualidade, “em que as partes deixam de ser vistas como atores tradicionalmente contrapostos para verificarem-se enquanto colaboradores em um espírito de cooperação mútua²⁵⁰”. Tem-se, portanto, que o objetivo de uma parceria é regido por um diálogo que permeia o processo de tomada de decisão durante todo o ajuste, conferindo-lhe maior legitimidade e estabilidade.

Dito de outra forma, entende-se que mediante uma relação jurídica pactuada, permeada por um diálogo permanente, alcança-se uma contratação pública menos sujeita a conflitos e desarranjos, o que contribui para a melhoria das prestações objeto da avença firmada entre Administração e particular²⁵¹.

No mesmo sentido é a posição de Eduardo Garcia de Enterría e Tomas R. Fernandez, para quem a unilateralidade e as antigas e evidentes barreiras postas entre Administração e particular não mais são adequadas, uma vez que tão somente geram submissão, quando dessa relação deveria sobrevir desejo de colaboração, *in verbis*:

²⁴⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 144-145.

²⁵⁰ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **A relação jurídico-administrativa pactual pública**: por um paradigma de eficiência e eficácia dos contratos administrativos. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016 p.229.

²⁵¹ *Ibidem*.

En el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una administración que manda y se impone. Esta rigidez no se sentida como una carga en tanto que la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y al sostenimiento de unos pocos servicios públicos, de acuerdo con los más puros planteamientos del liberalismo del pasado siglo. **Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la sociedad y asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación.** Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y de asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden, a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. **El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración**²⁵². (nosso grifo)

Tendo abordado a supremacia do interesse público *a priori* como evidente óbice à disseminação da prática da consensualidade, por serem flagrantemente contrapostos em termos, passa-se a análise da hipótese de que também o apego ao legalismo estrito e a não vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade igualmente implicam uma barreira à disseminação da prática da concertação administrativa.

2.1.2 – A necessidade de superação do legalismo estrito, com consequente vinculação ao princípio da juridicidade pela Administração, para uma efetiva ação interpretativa autônoma e proativa dos administradores, dotada do poder-dever de exegese, para condução à melhor decisão em busca da eficiência na gestão pública.

É fora de dúvida que com o advento do Estado Social houve um grande aumento das funções prestacionais pelo poder público, fruto das crescentes necessidades so-

²⁵² ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas R. **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I. 10ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 668.

ciais. Para fazer face a esses anseios, as estruturas se tornaram maiores e mais burocráticas, a fim de que pudesse haver uma otimização das prestações, acompanhado do devido controle de todo esse aparato²⁵³.

A despeito disso, tem-se que as exigências de uma sociedade complexa e plural não se coadunam com um modelo burocrático que privilegia procedimentos excessivamente enrijecidos e que não seja voltado para resultados efetivos que supram as necessidades sociais. Dito de outra forma, compactua-se com a ideia de que uma atuação puramente burocrática não conduz a uma solução concreta e adequada ao dinamismo da sociedade em que vivemos²⁵⁴.

No Brasil, onde se observa grandes desigualdades regionais e sociais, a Administração Pública não consegue prestar de forma eficiente os serviços públicos básicos a sua população. Trata-se, portanto, de um Estado repleto de disfunções e vicissitudes, como o excesso de formalismo, além da sacralização das regras e dos procedimentos e regulamentos estabelecidos²⁵⁵.

Em texto que trata das fontes do Direito e do problema da positividade jurídica, António Castanheira Neves pontua que é fundamental termos presente a impossibilidade de compreendermos o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo. Cabe ressaltar que essa assertiva não quer dizer que o legalismo deva ser abandonado, mas é inegável a existência de fenômenos jurídicos que apontam a superação do legalismo estrito²⁵⁶.

Prossegue o jusfilósofo português aduzindo que o primeiro polo marcante disso é o reconhecimento da separação dos direitos fundamentais em relação à lei e da

²⁵³ - FREITAS, Alexandre Mattos. **As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil**. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). *Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos: ordem jurídica e serviços públicos*. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

²⁵⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A Administração Pública consensual na modernidade líquida**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

²⁵⁵ - FREITAS, Alexandre Mattos. **As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil**. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). *Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos: ordem jurídica e serviços públicos*. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

²⁵⁶ - CASTANHEIRA NEVES, António. **As fontes do direito e o problema da positividade jurídica**. Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Volume LI, 1975, p.115-204.

preferência jurídica daqueles em relação a essa. Segundo o autor, verifica-se a reafirmação dos direitos fundamentais antes e acima das leis em quase todas as constituições e no pensamento jurídico em geral. Assim, já não é a lei a única a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjetivos, mas os próprios direitos, reconhecidos como fundamentais, a impõem à lei e condicionarem sua validade jurídica.

De acordo com o autor, o segundo polo que evidencia a insuficiência do legalismo estrito seria o reconhecimento dos princípios normativos, que transcendem também a lei quando convocados como fundamentos normativos da juridicidade; e que a própria lei terá de respeitar e cumprir. Esses princípios são normativamente materiais e fundamentam a própria juridicidade (princípio de justiça). É assim que os princípios se impõem como um tema generalizado e insistente, suscitando uma vasta problemática no pensamento jurídico contemporâneo.

No contexto burocrático atual, é preciso que o agente público tenha coragem para não se prender a interpretações estéreis da lei. Nesse bojo, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas²⁵⁷ aduzem que a legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito, uma vez que hoje convivemos com uma multiplicidade de fontes normativas, espalhadas em leis, decretos, resoluções, portarias, além, é claro, da própria força normativa da Constituição Federal.

Desta feita, temos que, estando a autoridade administrativa diante de uma alternativa que leve ao que chama de melhor interesse público possível, é poder/dever de o agente público ir além da estrita legalidade, não se atendo a uma postura inerte ou passiva. Dito de outra forma, a ideia de eficiência na gestão da coisa pública está atrelada à necessidade de persecução maximizada do bem comum. Assim, em um contexto de Administração Pública que busque a concretização de direitos fundamentais, deve-se exigir muito mais desse administrador público do que um comportamento apenas mediano²⁵⁸. Nessa linha, Emerson Gabardo²⁵⁹ pontua que o princípio consti-

²⁵⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁵⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. **A Administração Pública consensual na modernidade líquida**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

²⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

tucional da eficiência administrativa, insculpido no art. 37 caput da Constituição Federal, impõe ao agente o dever de adotar a opção ótima, ou seja, aquela atenda a melhor finalidade pública que certo ato deva alcançar.

Deve ser superado, portanto, o cenário de que o receio de punições pelo agente público impeça a disseminação de uma cultura de inovação e a busca por soluções eficientes, algo que vai muito além da interpretação literal de regulamentos. Desta feita, incentivar essa nova forma de atuar administrativamente, que fomente soluções alinhadas ao princípio da eficiência, exige a reformulação do modelo tradicional e, infelizmente, ainda vigente.

Desse modo, a impossibilidade de detalhamento por lei de toda e qualquer situação impõe ao administrador público a necessidade de, com responsabilidade, atuar da maneira que melhor atenda ao interesse público. Nessa linha, Daniel Wunder Hachem pontua que no Direito Administrativo contemporâneo o interesse público não se resume à legalidade em sentido estrito. Assim, a aplicação da lei em sentido forma acaba por se tornar insuficiente à consecução do interesse da coletividade²⁶⁰. Ainda nessa linha, José Luís Meilán Gil²⁶¹ pontua que:

El sometimiento no sólo a la ley sino al Derecho rebasa la mera relación del interés general con la legalidad. Es con todo el ordenamiento jurídico, encabezado por la Constitución y, por tanto, con los principios constitucionales y, por supuesto, con los principios generales del Derecho.

De toda sorte, ainda que a consensualidade esteja mais intimamente ligada ao princípio juridicidade, como será visto adiante, não deixa de estar vinculada também ao próprio princípio da legalidade, consoante Renato Horta Rezende²⁶²:

²⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²⁶¹ MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte. n. 40 p. 1-336, abr./jun. 2010, p. 179.

²⁶² REZENDE, Renato H. A Impostergável Necessidade de Adequação da Administração Pública Tributária à Lógica Racional Negocial Pós- Moderna. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 134/2017, maio – junho/2017, p. 279.

(...) a utilização da consensualidade funda-se na teoria discursiva do direito (...), em que a validade das integrações sociais está condicionada ao procedimento racional e imparcial de elaboração normativa cujo criador e destinatário se confundem. Assim, se para a formação da norma coercitiva institucional é necessário o consenso eleitoral na formação das casas representativas, em momento posterior, é razoável admitir que, não sendo a norma suficiente a regular todas as circunstâncias fáticas do convívio social, a incompletude legislativa deve ser resolvida por meio de atos consensuais (...).

Entende-se, pelo exposto, que uma visão apegada ao legalismo estrito, sem que haja espaço para conferir ao Administrador Público uma ampliação no escopo decisório para buscar soluções eficientes e customizadas ao caso concreto, sempre abalizadas constitucionalmente por princípios e pelo dever de fundamentação, acaba engessando a atuação do gestor público, e, portanto, constitui óbice à prática da consensualidade e do diálogo na administração em geral, mas também nas contratações públicas.

O advento de uma administração pública mais democrática e consensual, que possibilita a participação do administrado no processo de tomada de decisões, vem a enriquecer a dogmática que está inserta os contratos administrativos²⁶³. Cumpre reconhecer, todavia, que as possibilidades de soluções consensuais nas contratações públicas são, a princípio, mais reduzidas, exatamente pela natureza dos procedimentos, os quais por vezes são demasiadamente simples e automatizados, não abrindo janelas para soluções pactuadas. As oportunidades para as contribuições da consensualidade nas contratações governamentais ficam mais explícitas quando os contratos tendem a ser mais complexos e de maior prazo de duração.

Para o autor Sandro Lúcio Dezan²⁶⁴ é salutar a operacionalização valorativa do texto constitucional, na medida em que o conteúdo de valor decorre de seu próprio direito-texto, coerente e permeado por aportes morais e políticos, plenamente identificáveis por meio da atividade interpretativa. Sob essa visão de funcionalidade ativa

²⁶³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

²⁶⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Editora Juruá, 2018.

dos Poderes, os aplicadores do direito têm fundamental papel de coautores concretistas de direitos, inclusive aqueles de caráter fundamental.

Para o autor, o princípio da juridicidade confere à Administração legitimidade interpretativa do texto-normativo para a resolução de casos concretos. Para ele, atuar conforme a lei e o direito não representa o poder de distanciar a Administração do encargo de gestor da coisa pública, mas, ao contrário, lhe dá deveres, uma vez que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito e orientada pelo interesse público.

Da mesma forma, repisa-se a lição de Almiro do Couto e Silva²⁶⁵, para quem a ideia de que a Administração Pública é apenas aplicadora das leis é anacrônica e que o agente público possui um dilatado campo para efetivamente exercer sua função formadora de situações concretas.

Assim, a ideia de juridicidade administrativa, segundo Gustavo Binenbojm²⁶⁶, implica que a atividade administrativa continua a se realizar (i) segundo a lei; (ii) mas pode encontrar fundamento diretamente na Constituição, independente ou para além da lei; ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, em uma atividade de ponderação entre a legalidade e os princípios constitucionais, sempre tendo por objetivo uma aplicação otimizada da Constituição Federal de 1988.

Desse modo, prossegue o autor, a constitucionalização do direito administrativo convola o princípio da legalidade em princípio da juridicidade administrativa. Além disso, a atuação do gestor público passa a poder encontrar sustentação diretamente em regras e princípios constitucionais, sem necessidade obrigatória de intermediação do legislador. Ele vai além e aduz que ao Estado Administrador incumbe atuar como intérprete e concretizador de direitos, por meio de ponderações entre interesses conflitantes, sempre guiado pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, reforça-se a importância da constitucionalização do direito administrativo em prol da atuação do administrador público, uma vez que a Constituição deixa

²⁶⁵ SILVA, Almiro do Couto e. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170/44329>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

²⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

de ser um documento político genérico e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como meio imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa²⁶⁷.

Além disso, filia-se ao entendimento de que a Administração Pública em sua atividade *típica* está *a priori* mais vinculada à legalidade, mas não exclusivamente; e que a atividade *atípica* da Administração, como por exemplo proferir decisões jurídico-administrativas, não seria uma atividade executiva em si, mas, sim, uma ação híbrida, muito mais ligada ao fenômeno da juridicidade²⁶⁸. Repisa-se que não se quer aqui pontuar que a Administração no exercício da atividade *típica* tenha que se ater apenas ao legalismo estrito e desconsiderar por completo a juridicidade. Parece evidente, todavia, que, no exercício de prolação de decisões jurídico-administrativas, a possibilidade de conformação do direito ao caso concreto pelo gestor se alargue e, de modo inequívoco, permita que ele seja ativo na realização da justiça.

Além disso, ainda que os atos decisórios presentes nos módulos processuais judiciais e administrativos apresentem distinções, é inegável que as decisões jurídico-administrativas também devam apresentar conformação interna e externa, além de, cada vez mais, ter que “constituir” a norma para decidir uma dada matéria, complementando ou aperfeiçoando a hipótese legal²⁶⁹.

Trata-se, portanto, de evidente cenário de evolução da teoria constitucional e administrativa que permitiu à Administração Pública atuar como protagonista na interpretação, determinação a aplicação concretizadora das normas postas no ordenamento jurídico²⁷⁰.

²⁶⁷ - BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil**: um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 13, março/abril/maio, 2008.

²⁶⁸ - DEZAN, Sandro Lúcio; e LOPES, Alexandre dos Santos. Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 211-233, jan./mar. 2021.

²⁶⁹ - DEZAN, Sandro Lúcio; e LOPES, Alexandre dos Santos. Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.** | Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 211-233, jan./mar. 2021.

²⁷⁰ - OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

Em outras palavras, é patente que a constitucionalização do Direito Administrativo produziu efeitos benéficos para atuação da Administração Pública, ainda mais se considerado que essa transição se iniciou com a ideia de reserva legal, passando pela legalidade clássica, até alcançarmos a juridicidade administrativa²⁷¹.

Nessa linha, bem arrematam Sandro Lúcio Dezan e Alexandre Lopes dos Santos²⁷²:

Não se trata mais de apenas conformar formalmente o agir administrativo, mas empregá-lo com vigor na aplicação dos valores constitucionais, com reflexo direto na forma de agir da Administração Pública. Tudo isso, é potencializado, em nossa época, por dois fenômenos: o primeiro, a ressignificação da função administrativa, a partir do perfil constitucional da Administração Pública; o segundo, o desenvolvimento do módulo processual administrativo-constitucional, inserindo-se como importante ferramenta à disposição de uma nova ordem jurídica administrativa.

Cabe lembrar que esse novo perfil constitucional da Administração Pública veio na esteira de uma Constituição dotada de supremacia material e axiológica; que exhibe uma força normativa sem precedentes; e ocupa o protagonismo no discurso dos operadores jurídicos de todos os ramos do direito. Trata-se do que alguns doutrinadores chamam de filtragem constitucional, fenômeno que consiste na releitura do ordenamento jurídico infraconstitucional sob a lente da Constituição, com o fito primordial de realizar os valores nela contidos²⁷³.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que os juízes não são os únicos intérpretes da Constituição e das leis, uma vez que incumbe também a outros órgãos estatais e aos

²⁷¹- DEZAN, Sandro Lúcio; e LOPES, Alexandre dos Santos. **Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 211-233, jan./mar. 2021.

²⁷²- DEZAN, Sandro Lúcio; e LOPES, Alexandre dos Santos. **Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica**. A&C – R. de Dir. Adm. Const. | Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 211-233, jan./mar. 2021, p. 219.

²⁷³- BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

próprios cidadãos a interpretação e aplicação do Direito, na linha do que preconiza Peter Haberle²⁷⁴:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Tem-se, portanto, que a nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural, que busca, em última análise, na Administração Pública e nos seus contratos a materialização das prestações. Desse modo, essa nova interpretação visa complementar as fórmulas clássicas, que muitas vezes não era capazes de dar respostas a problemas mais complexos²⁷⁵.

Cumprе ressaltar que muito embora se veja o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo como positivo, especialmente em razão dos benefícios da interpretação das normas infraconstitucionais conforme a constituição, há riscos evidentes relacionados à uma “constitucionalização excessiva”.

Isso porque abusos de natureza metodológica nesse processo de constitucionalização do direito administrativo podem conduzir a um nefasto decisionismo administrativo e judicial, fato que pode ser potencializado pela textura aberta das normas constitucionais, além do voluntarismo dos operadores do direito, em especial das autoridades administrativas e dos magistrados²⁷⁶.

Desta feita, é primordial que juízes, tribunais e administradores públicos investidos em cargos com atribuições de decisão atuem com o devido rigor

²⁷⁴ - HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. 1997, p. 13.

²⁷⁵ - BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁷⁶ - BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 44.

metodológico e dogmático, se desincumbindo do ônus argumentativo próprio do processo de deliberação que envolva princípios de conteúdo fluído ou conceitos jurídicos indeterminados. Em outras palavras, princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade não podem ser trunfos genéricos para escolhas pessoais, nem podem deestar de parâmetros de racionalidade e legitimidade. Agir de forma diversa, em injustificado arrepio da lei, implica atentar contra a separação dos poderes, a segurança jurídica e a isonomia²⁷⁷.

Cabe ressaltar ainda que críticas contundentes a uma adoção desmedida aos princípios e a conseqüente substituição (e até mesmo desprezo) ao direito positivo são encontradas no texto intitulado de “Princípios desconcertantes do Direito Administrativo” de Carlos Ari Sunfeld, para quem:

Hiperprincípios são muito vagos. Para usá-los, é preciso construir critérios e mais critérios, levando em conta uma infinidade de elementos. Quem toma de hiperprincípios do direito administrativo (o princípio do interesse público, p. ex.) e quer levá-los pela mão para o primeiro atendimento a um caso concreto (...), muito certamente vai desprezar as regras específicas que encontrar pelo caminho (...). Ofuscado e fascinado pela luz forte do princípio, que o encanta, o sujeito não dá muita atenção ao resto, se sente forte e bom, capaz de resolver tudo sozinho²⁷⁸.

Ainda nessa linha, o administrativista brasileiro ressaltava ainda que: “Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos de modo tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo, substituindo-se a ele²⁷⁹”. Além disso, pontua que “para respeitar valores nas situações específicas, não precisamos dar proeminência às hipergeralizações, começar tudo sempre delas²⁸⁰”.

²⁷⁷ - BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 32.

²⁷⁸ - SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo*. In: Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 277.

²⁷⁹ - *Ibidem*.

²⁸⁰ - *Ibidem*.

Também nesse sentido, alerta Daniel Sarmiento²⁸¹, que prega por uma justa medida na aplicação dos princípios nas decisões:

Seria uma profunda injustiça com a teoria neoconstitucionalista acusá-la de promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida. Pelo contrário, (...) um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.

(...)

Não pretendo sustentar com isso que se deva retroceder ao tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juízes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente. O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.

O trecho acima é importante alerta que deve ser levado em conta pelas autoridades administrativas em sua atividade decisória, reconhecendo sua importância na conformação do direito ao caso concreto, mas sem deixar de ter a lei como ponto de partida.

Ainda que tenha sido feita essa ponderação, resta claro que o excesso de apego ao legalismo estrito e a atuação resistente à vinculação ao princípio da juridicidade são vetores contrários à prática da consensualidade por agentes públicos, inclusive os que lidam com contratações. Impossível conceber uma gestão pública paritária que esteja enquadrada numa moldura legal que apenas consegue prever

²⁸¹ - SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In Filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2009, p. 118.

pequeníssimo percentual das possibilidades reais, variações e complexidades pelas quais o administrador público enfrenta, *v.g.*: durante a execução de um longo e complexo contrato, em face de um descumprimento administrativo e as consequências inerentes ao possível sancionamento ou rescisão.

Desse modo, foi visto que tanto o interesse público *a priori*; quanto o excesso de apego ao legalismo estrito, acompanhado da relutância da vinculação ao princípio da juridicidade, representam óbices à disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas. Parece evidente que esses dois paradigmas não estão na mesma direção que uma Administração Pública que realiza consulta e audiências públicas com efetiva participação do particular na decisão; que promove alocação de riscos em matriz própria no instrumento convocatório, de modo a conferir previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica na contratação pública; que busca fortalecer o seu processo de planejamento e obter contribuições da iniciativa privada seja por meio do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), seja quando da utilização da nova modalidade de licitação Diálogo Competitivo; que busca soluções consensuais e não tão somente a sanção e a rescisão de uma avença; e que busca por meios alternativos de resolução de controvérsias, a exemplo da conciliação, mediação e das câmaras de resolução de conflitos (*dispute boards*).

Ademais, em uma Administração que está adstrita à mentalidade do interesse público *a priori*; ao apego ao legalismo estrito; e à relutância da vinculação ao princípio da juridicidade, indaga-se: como proceder para delinear um acordo de investimento ou um acordo substitutivo? Como atuar em uma conciliação ou em uma mediação? Como negociar valores com licitantes remanescentes, tendo em vista a desistência do vencedor da licitação, consoante preconiza o art. 90, §4º, II da Lei nº 14.133/2021? De certo, em meio a tantas variáveis, a lei e os regulamentos não serão capazes de dispor acerca dos cursos de ação e das melhores alternativas a ser tomados no caso concreto.

Desse modo, o Estado naturalmente vai se afastando de seu caráter autoritário, pela substituição gradual da perspectiva unilateral pela adoção do diálogo, dos acordos administrativos e das relações mais paritárias. Em outras palavras, o poder

extroverso, em crise, acaba por ceder espaço a um poder consensual, mais efetivo, mediador ativo das relações sociais e econômicas²⁸².

Nessa senda, Paula L. R. Lopes²⁸³, aduz que a consensualidade administrativa é baseada na juridicidade e encontra fundamento na CRFB/1988, uma vez que se conforma aos princípios democrático, da cidadania e da eficiência. Desse modo, aduz que a consensualidade se consubstancia em princípio constitucional implícito, uma vez que decorre do princípio fundamental da democracia.

Igualmente, para André R. Cyrino²⁸⁴, a consensualidade ganha *status* constitucional, uma vez que decorre:

(i) da necessidade da máxima realização do amplo e custoso rol de direitos fundamentais previstos na Constituição (ii) do dever de escolhas adequadas e necessárias sobre quais direitos serão realizados, em cada momento, em maior ou menor intensidade; (iii) da análise de custo-benefício sobre tais escolhas, decorrente do dever de proporcionalidade; (iv) da verificação da melhor intensidade da intervenção estatal a partir dos princípios gerais da ordem econômica, isto é da busca da intervenção mais eficiente, ou sensata; bem como (v) da existência de dispositivos específicos de desenvolvimento e bem-estar (art. 3º), eficiência (art. 37) e economicidade (art. 70).

Ocorre que, muito embora grande parte da doutrina referende (e até incense!) a consensualidade na Administração Pública; e ainda que haja inúmeros instrumentos legislativos e infralegais que fomentam a consensualidade, todos eles consoantes com os vetores axiológicos da Constituição Federal, por que o Administrador Público na prática (“na ponta”) ainda não incorporou essa mentalidade no seu dia a dia? Trataremos dessa e de outras hipóteses no tópico seguinte, bem como no capítulo derradeiro, este destinado a uma pesquisa empírica com aqueles que lidam

²⁸² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

²⁸³ LOPES, Paula L. R. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo. **Revista de Processo**, v. 274/2017, dez. 2017.

²⁸⁴ CYRINO, André R. **Direito Constitucional Regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. São Paulo: Renovar, 2010.

diariamente com contratações públicas no âmbito do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União.

2.2 - Receio de aplicação de sanções pelos agentes públicos na adoção de soluções consensuais, em decorrência do posicionamento dos órgãos de controle, que, por vezes, promovem apontamentos lastreados apenas no apego à legalidade estrita.

Como visto, a consensualidade nas contratações públicas é favorecida pela mitigação do paradigma da prevalência do interesse público *a priori*, bem como pela vinculação da Administração ao princípio da juridicidade. Assim, é natural que em uma atuação mais paritária e dialógica os agentes públicos diminuam os expedientes pautados na unilateralidade e no poder extroverso, e tenham uma posição de maior proximidade com o particular/contratado. Essa ação pactuada, que implica uma maior amplitude de atuação do agente público se comparado ao seguimento da estrita legalidade, está também (e não poderia ser diferente) sujeita aos órgãos de controle interno e externo.

Ocorre que, se quando seguindo procedimentos engessados, quando não há margem para atuação consensual, padece o gestor público que lida com contratações de receio de apontamentos e responsabilizações por órgãos de controle, o que dizer quando esse agente público segue um curso de ação que tem relação muito próxima com o particular, como por exemplo: quando negocia com licitantes; quando trata com interessados em audiência pública; quando participa de uma conciliação com particulares; quando atua em um Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); quando instrui uma licitação por meio do Diálogo Competitivo; ou quando instrui um acordo substitutivo de sanção administrativa? Aceitável que o agente público tenha receio da incidência de um controle mais severo na sua atuação, exatamente por serem procedimentos em que a relação do agente público com o particular é mais estreita.

Pretende-se demonstrar neste tópico, portanto, que o medo de responsabilização pelos agentes públicos pode se constituir um óbice à disseminação

de prática da consensualidade nas contratações públicas. Isso porque, a Constituição Federal de 1988, ainda que tenha, por um lado, aberto um caminho fértil para democratização, de outro, prestigiou a incidência de múltiplos controles, o que importou em uma diminuição do protagonismo da Administração Pública, quem, em última análise, detém a capacidade institucional de gerir a coisa pública. Nessa senda, a sobreposição de controles e a sua hipertrofia resultou na substituição do gestor público pelo controlador. Além disso, as decisões dos gestores públicos passaram a ser provisionais, constantemente sobrestadas por órgãos de controle, gerando instabilidade, abalando a segurança jurídica e interferindo nas políticas públicas²⁸⁵.

Esse contexto acabou por minar a confiança dos administradores na gestão da coisa pública, atemorizando os gestores no exercício de suas atividades, no que ficou conhecido como “apagão das canetas” ou, recentemente, como “Direito Administrativo do Medo^{286 287}”. Com receio de que seja responsabilizado, inclusive pessoalmente, não se decide mais.

²⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018** (Lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

²⁸⁶ Termo que tem sido empregado no mesmo sentido do já difundido “Apagão das Canetas”, para representar, em apertadíssima síntese, o receio de os agentes públicos em decidir questões da Administração Pública. Nesse sentido, foi publicado livro que aborda a temática: “Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos”, obra fruto da Tese de Doutorado em Direito de Rodrigo Valgas do Santos, que procurou investigar “as causas do controle disfuncional da Administração Pública e os riscos inerentes à atividade decisória no âmbito administrativo” [DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020].

²⁸⁷ Ainda no ano de 2016, Fernando Vernalha Guimarães já utilizava o termo “Direito Administrativo do Medo”, e alertava acerca de uma crise de ineficiência, em razão de disfunções no controle, conforme a seguir: “Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.” [GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Portal Direito do Estado. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalhaguimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 2 Set. 2021.]

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern²⁸⁸, “O medo se espalhou pela Administração Pública”, alcançando, em especial, agentes que possuem algum tipo de poder decisório ou que atuam em procedimentos mais sensíveis, a exemplo de licitações, contratações diretas e concessões de serviços públicos.

Assim, posturas dotadas de preconceitos, fruto de uma cultura burocrática e ortodoxa na Administração Pública, servem de obstáculo à possibilidade de celebração de transações, inclusive porque não são incomuns penalizações (ou tentativas) aos agentes públicos que buscam soluções consensuais. Esse estado de coisas contribui para a formação de um quadro de servidores receosos de punições e que se atém estritamente a interpretações literais e formalistas, que por vezes não refletem a decisão mais eficiente para o Estado²⁸⁹.

Entende-se que na Administração que se pauta pela legalidade estéril, em uma cultura administrativa burocrática e ortodoxa, é ineficiente o agente público que descumpra, ainda que nos seus mínimos detalhes, o que estiver determinado no grande, confuso e prolixo emaranhado de leis e nos atos normativos. Nesse contexto, é eficiente aquele tão somente segue o bloco de legalidade. Resta configurada, portanto, a cultura do medo, em que o temor por uma punição faz com que os esforços do agente público apontem costumeiramente para uma interpretação literal dos regulamentos, fazendo com que “a eficiência administrativa e o bem comum sejam postos de lado em prol de uma atuação servil e, por vezes, medrosa e covarde²⁹⁰”.

A ideia do medo do agente público como barreira à prática da consensualidade decorre também do sentimento retrógrado de que a proximidade com o particular implica necessariamente a quebra do princípio da impessoalidade²⁹¹. Nesse sentido,

²⁸⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021.

²⁸⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

²⁹⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p.38.

²⁹¹ Ainda que o princípio da impessoalidade seja caríssimo às contratações públicas não se pode supor que a aproximação da Administração com o particular/contratado seja obrigatoriamente uma violação. Se essa relação se der de forma transparente, com as interações o quanto possível registradas e constante dos processos administrativos, pautadas na igualdade, estarão atinentes à Administração dialógica, participativa, o que ensejará decisões mais legítimas e estáveis, reduzindo a possibilidade de conflitos e judicializações.

tem-se a crítica de Juliana Ribeiro Goulart e Luiz Henrique Urqhart de Cristóvam Cademartori, para quem:

Com base nas ideias de consensualismo e de autocomposição, além das recentes mudanças econômicas, sociais e estatais, têm sido gestadas novas concepções acerca da Administração Pública, contribuindo para eliminar os resquícios de medo acerca da suposta e falaciosa violação da impessoalidade administrativa e consequente responsabilização pessoal dos gestores. Um dos entraves para a adoção dos meios consensuais em âmbito administrativo tem sido atribuído ao assim chamado Regime Jurídico Administrativo do qual decorre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público que, por vezes, dificulta a adoção de meios consensuais, ainda que já exista diversos dispositivos legais prevendo expressamente tal possibilidade ²⁹². (nosso grifo)

Ressalte-se que os mencionados autores, ao relacionarem o receio por parte dos agentes públicos como barreira à consensualidade, também apontam o paradigma tradicional do regime jurídico administrativo e a ideia anacrônica do princípio da indisponibilidade do interesse público como óbices à consensualidade, consoante hipótese demonstrada no item 2.1.1 desta Dissertação.

2.2.1 – Disfuncionalidades nos órgãos de controle e fiscalização em face dos agentes públicos e políticos e seus reflexos para a disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas.

O presente tópico busca analisar as disfunções na atuação de órgãos de controle em face de agentes públicos que lidam com contratações e como isso pode retroalimentar a prevalência do interesse público *a priori* e o apego ao legalismo

²⁹² GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart de Cristóvam. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da administração pública democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: a conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflito. In: SILVA, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa (org.) **Direito Administrativo em Transformação**, 1ª ed., Florianópolis: Habitus, 2020, p. 27.

estrito, bem como frear a disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas.

Como dito, a ampliação das prestações pela Administração no contexto pós redemocratização – que resultou no crescimento das exigências pela sociedade - implicou uma grande majoração da estrutura burocrática do Poder Público, no que foi acompanhado pelo fortalecimento de órgãos de controle interno e externo. Até aqui natural (e porque não dizer salutar!) especialmente se considerado o histórico de práticas de patrimonialismo e corrupção na Administração Pública brasileira.

Ocorre que há entre nós, hodiernamente, uma excessiva burocratização, considerado os ensinamentos de Christopher Hood²⁹³. Ele assevera que uma sucessão de procedimentos ritualizados que se tornam fins em si mesmos e são respeitados, por mais inadequada que seja a situação²⁹⁴; e a existência de mecanismos desproporcionais de controle²⁹⁵, por vezes, acabam por ser contraproducentes e ensejam resultados prejudiciais para a Administração Pública.

Rodrigo Valgas dos Santos²⁹⁶ pontua que disfuncionalidades como as citadas se amoldam às existentes no controle externo brasileiro quando medidas excessivas

²⁹³ HOOD, Christopher. **Administrative diseases**: some types of dysfunctionality in administration. Public Administration, v. 52, p. 439-54, 1974. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9299.1974.tb00196.x>. Acesso em 31 Ago. 2021.

²⁹⁴ Acerca da excessiva Burocratização na Administração Pública, Christopher Hood alerta na mesma obra: “*the excessive ‘red tape’, the micro-imperialism of officials, succession of goals and ritualized procedures which become ends in themselves and are adhered to, no matter how inappropriate the situation. To that should be added those types of bureaucratic dysfunction which have been located in excessive ‘clientelism’ and professional fragmentation.*” [idem, p. 440]

²⁹⁵ Christopher Hood também aponta a disfunção de mecanismos desproporcionais de controle que ensejam resultados contraproducentes para a Administração, inclusive no bojo das contratações públicas, objeto desta Dissertação, dando exemplo da metáfora do “*Big stick syndrome*”: “*Another mechanism of ineffective administration, closely linked to the ‘negative demonstration effect’, is the ‘big stick’ syndrome. Using ‘a sledgehammer to crack a nut’ is, of course, inefficient; but ‘big sticks’ can also be ineffective because they involve threats which are so drastic that they are unwieldy and cannot easily be used in marginal situations. (...) Similar problems arise in government contracting, where (as so often) there is a recurrent and oligopolist pattern of supply. In this situation, attempts to use the big stick on penalty clauses for late deliveries (say) may simply result in much longer delivery dates being quoted in the next round of tenders. Threats not to renew contracts may simply lead to the ‘brochuremanship’ syndrome, in which contractors concentrate their talent in selling new contract proposals rather than in properly executing the job in hand.*” [idem, p. 446-447]

²⁹⁶ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

e desproporcionais, em vez coibir a violação da lei, acabam por fomentar irregularidades ou a falta de competitividade nas contratações. Cita o exemplo hipotético de sanções excessivamente severas em licitações públicas em caso de atrasos na entrega do objeto, que acabam por ter o condão de diminuir a participação de empresas, que deixam de ingressar em licitações com curto prazo de entrega, mitigando a competição, uma vez que o bom, mas receoso participante, é alijado do processo.

Essa excessiva penalização, prevista em contrato e praticada pelo agente público, implica um evidente distanciamento da possibilidade de uma atuação pactuada e dialógica nas contratações públicas, visto que, em última análise, se trata de uma postura pautada na unilateralidade e na visão do particular/contratante como adversário²⁹⁷.

Ainda segundo o autor, essas disfunções no controle podem:

levar a uma Administração Pública pautada pelo medo em decidir, a reagir de modo errático e tíbio nas questões jurídicas e administrativas a ela submetidas, sempre delegando responsabilidades a subordinados ou mesmo incentivando o cidadão a procurar a via jurisdicional para obter pleito que seria viável em sede administrativa, justamente pelo medo de ordenar despesa pública sem o beneplácito dos órgãos de controle²⁹⁸.

Também nesse sentido, Marçal Justen Filho²⁹⁹ pontua que não é incomum responsabilizar o agente público por decisões, que ainda que razoáveis e aceitáveis quando de sua prática, são tidas como equivocadas após uma avaliação realizada em momento posterior. Por essas e outras disfunções, o agente público acaba por seguir diversos caminhos para fugir de imputações e responsabilizações. Um desses caminhos é a inação, adotada por vezes de um modo irracional, como puro resultado

²⁹⁷ A crítica refere-se tão somente ao excesso de penalização, que descumpra os princípios de proporcionalidade e razoabilidade, e espelha uma visão do gestor público que enxerga o contratado como oponente.

²⁹⁸ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 126.

²⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. In: DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

do medo de atuar. Nesse sentido, constata-se que, por vezes, aqueles que exercem atividade de controle, a despeito de buscarem “encontrar soluções mais eficientes, acabam contribuindo para a existência de um sistema administrativo ineficiente, incapaz de fornecer as soluções necessárias e fundamentais³⁰⁰”.

Entende-se ainda que os mecanismos de controle devam ser aprimorados de modo a impedir que esse se torne uma “camisa de força” para o agente público, evitando que se afete seu discernimento quanto à atuação mais benéfica ao interesse público. Assim, a atuação preventiva dos órgãos de controle, ou seja, durante o procedimento administrativo, seria mais eficaz ao interesse público que os controles repressivos. Com isso, a flexibilização responsável do controle, mediante sua atuação preventiva, poderia minorar o medo na atuação administrativa, propiciando a adoção de soluções de cunho mais eficiente nos problemas que reclamam soluções especiais³⁰¹.

A percepção de distorções nos órgãos de controle e fiscalização em face da atuação dos agentes públicos e políticos é compartilhada por inúmeros administrativistas³⁰². Rafael Carvalho Rezende Oliveira, por exemplo, assevera que é “necessário confrontar o fenômeno da crise de ineficiência pelo controle, que tem imputado aos gestores públicos penalidades por adoção de interpretações não literais dos dispositivos legais ou que contrariem a interpretação do próprio controlador³⁰³”.

Essa disfunção, ainda que não seja generalizável, ocorre em grande medida, e se reflete também no fato de os Tribunais de Contas, Poder Judiciário e Ministério Público “administrarem”, quando definem escolhas que lhes parecem mais adequadas; e responsabilizarem os agentes públicos pelas decisões adotadas, que

³⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Prefácio. In: DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 18.

³⁰¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014, p.38.

³⁰² Dentre os quais destaca-se: Carlos Ari Sundfeld, Bruno Dantas, Fernando Vernalha Guimarães, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Joel de Menezes Niebuhr, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Pedro Menezes Niebuhr, Floriano de Azevedo Marques Neto, Rafael Vêras de Freitas, Gustavo Binenbojm e André Cyrino.

³⁰³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021, p. 1.

ainda que fundamentadas e amparadas no direito, discrepam de parâmetros mais engessados de órgãos de controle³⁰⁴.

Outra origem dessa disfunção recai sobre distorções no controle de legalidade, exercido pelo órgãos de fiscalização e controle³⁰⁵, consoante anota Rodrigo Valgas dos Santos:

A questão do controle externo no controle de legalidade, paradoxalmente, tem gerado problemas trágicos. Sem pretender apequenar o papel do controle de legalidade em nossa tradição jurídica, o fato é que o controle de legalidade como um fim em si mesmo leva a distorções e disfunções, visto que a hiperinflação do controle de legalidade por vezes imobiliza ou dificulta a tomada de decisão (em face das complexidades normativas que envolvem determinado caso), e propicia a 'cômoda' verificação do descumprimento das normas jurídicas na atividade controladora³⁰⁶.

Essa disfunção do controle de legalidade associada a uma crescente regulamentação de procedimentos, tão presente nas contratações públicas, é motivo de alerta para Agustín Gordillo:

Al insistirse en el control de legalidad como control predominante, se introduce entonces una tendencia hacia la creciente reglamentación para hacer más predecible y 'más fácilmente controlable' la conducta.

³⁰⁴ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

³⁰⁵ Acerca desse assunto, cabe trazer crítica de Rafael Carvalho Rezende Oliveira no artigo "o mito de 'quanto mais controle' melhor na Administração Pública", *in verbis*: "Atualmente, não raras as vezes, o controle encontra-se pautado pela lógica burocrática de Max Weber, com rigidez procedimental, hierárquica e formalista. Trata-se de atuação qualificada como sistema binário composto por comando e controle, ou seja, um modelo através do qual o controlador, basicamente, impõe sanções aos entes controlados pelo descumprimento de uma regra pré-estabelecida. Esse modelo de controle funda-se em análise estática da regularidade dos atos administrativos, avaliando uma aplicação burocrática dos *standards* legais ao caso concreto pelo método da subsunção. Dessa forma, são eficientes as ações administrativas que cumprem a legalidade formal, independente dos seus resultados efetivos" [OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021, p. 2.]

³⁰⁶ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 136.

Pero ocurre que lo que se refuerza de este modo es el control puramente formal, porque formales son en tal situación las normas que se dictan: se llega inevitablemente a una exageración del análisis de juridicidad reglamentaria del acto, en desmedro de la apreciación de su mérito. Se afirma así la vigencia y la convicción de que si un funcionario dicta un acto válido o legal, nada puede objetársele; que si su decisión es inoportuna o inconveniente ello es materia librada a la discrepancia política, en todo caso, pero exenta del control y del reproche administrativo. Desde luego esto es un error, porque por lo general no suele ser demasiado difícil dar cumplimiento a los recaudos formales, si el funcionario simultáneamente se despreocupa de que sus actos sean además eficaces de acuerdo con las circunstancias.

Así se va distorsionando todo el sistema, no sólo a partir del control sino también a partir de la emisión de normas que el control provoca para autosatisfacerse y autorrealizarse. Las normas innecesarias y detalladas que se van dictando constriñen cada vez más la creatividad e imaginación de los funcionarios, refuerzan la idea de que el actuar conforme las normas es garantía suficiente de corrección y acierto³⁰⁷ (...)

No trecho acima, percebe-se que as críticas do doutrinador argentino acerca da maxi regulação e a disfunção no controle estão no mesmo sentido das apregoadas no item 2.1 desta Dissertação, mormente no que diz respeito dos malefícios do apego ao legalismo estrito e à relutância da vinculação da Administração ao princípio da juridicidade, os quais, como dito, funcionam como freios à disseminação da prática da consensualidade.

Nota-se, portanto, que disfunções no controle alimentam o medo de os gestores públicos no risco de responsabilização pelos órgãos competentes, conduzindo a uma paralisia decisória, ou na inclinação ao indeferimento dos pleitos nos casos em que a solução não se encontra inserta de forma chapada no texto de lei ou do regulamento. Esse último caso é representado pela conhecida expressão: “na dúvida, dorme tranquilo quem indefere³⁰⁸”.

³⁰⁷ GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2012. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap3.pdf. Acesso em 4 Set. 2021, cap. III, p. 15.

³⁰⁸ Expressão atribuída ao Administrativista Marcos Juruena Villela Souto.

Nessa linha, Carlos Ari Sundfeld tem severas críticas ao contexto de disfunção no controle e o consequente imobilismo por parte dos agentes públicos que lidam com contratações³⁰⁹ e dos gestores públicos em geral, *in verbis*:

O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não³¹⁰.

Desse modo, o agente público deixa de buscar a eficiência e a criatividade, ficando cerceado de decidir por soluções inovadoras e heterodoxas, em detrimento da adoção automatizada de um comportamento conservador e formalista, mesmo que não coincida com o que seja com o melhor atendimento do interesse público na visão daquele administrador público. Assim, salutar que esse paradigma seja reformado, de modo que haja incentivos para a gestão pública, a fim de que essa volte suas atenções para a eficiência e menos para o formalismo³¹¹.

Em outras palavras, o medo não pode pautar o dia a dia da atuação do gestor público, razão pela qual o arranjo institucional da Administração deve incentivar a

³⁰⁹ Carlos Ari Sundfeld dá um exemplo dessa disfunção na própria lei de licitações e contratos administrativos: "(...) muita burocracia e dirigismo legal inibem mais a gestão que a corrupção, como provam os 20 anos da lei 8.666/93, a famosa lei de licitações, que burocratizou muito e não teve tanto efeito sobre os corruptos. A lei impôs licitação aberta para quase tudo e exigiu que os julgamentos fossem hiper objetivos (pelo menor preço). Mas esse sistema não faz sentido, por exemplo, na contratação de serviços de consultoria, em que a apreciação subjetiva do gestor público (quanto à confiabilidade do consultor, entre outros elementos) é decisiva para uma boa contratação. Só que a lei e as interpretações dos órgãos de controle, sempre limitadoras, não aceitam esse tipo de apreciação." [SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-arisundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em: 6 Set. 2021, p. 1.]

³¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-arisundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em: 6 Set. 2021, p. 2.

³¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do "quanto mais controle, melhor" na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021.

busca da eficiência, inclusive com o incentivo de soluções inovadoras e heterodoxas (“fora da caixa³¹²”), desde que, é claro, devidamente justificadas³¹³.

No tópico seguinte, abordar-se-á como esse contexto de receio dos administradores públicos diante das disfuncionalidades dos órgãos de controle foi motivo antecedente para edição da Lei nº 13.655/2018, norma que incluiu na LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Além disso, far-se-ão novas reflexões acerca da conexão dessa norma com a consensualidade na Administração Pública, em especial nas contratações públicas.

2.2.2 – O contexto de receio de responsabilização por parte dos gestores públicos, conhecido como o “apagão das canetas”, como antecedente para as recentes alterações da LINDB (Lei 13.655/2018) e as consequências para a consensualidade nas contratações públicas.

Em 2013 foi publicada obra coletiva intitulada “Contratações Públicas e seu controle³¹⁴”, que continha contribuições sobre diversos assuntos desafiadores relacionados às licitações e contratos administrativos do Brasil³¹⁵. No último capítulo, de autoria de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, consta uma proposta de lei a fim de minimizar a insegurança jurídica na aplicação do direito público, bem como “aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle”.

³¹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021.

³¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

³¹⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021.

A referida proposta legislativa teve como principais diretrizes, segundo Juliana Bonacorsi de Palma:

(1) impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes; (2) tutelar os atos jurídicos perfeitos, evitando que novas interpretações em momento futuro levem à revisão de decisões públicas ou à responsabilização dos gestores que a tomaram; (3) que **soluções negociadas podem ser mais efetivas em uma plêiade de casos concretos (...)**³¹⁶. **(nosso grifo)**

Percebe-se do trecho acima, que além de buscar melhorias no campo da segurança jurídica e da eficiência na aplicação do Direito Público, a proposta legislativa deu destaque para o fomento das práticas de consensualidade na Administração Pública, uma vez que essas podem, no caso concreto, serem mais efetivas que uma atuação não paritária.

Em 2015, o projeto de lei foi apresentado, dando início ao processo legislativo, que, após quatro anos de tramitação, foi concluído e culminou na publicação da Lei nº 13.655/2018, norma que instituiu preceitos para aplicação do direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB.

Antes mesmo da sanção, diversos órgãos de controle se insurgiram contra a proposta, com destaque ao Parecer da Consultoria Jurídica do TCU³¹⁷, subscrito pelo Consultor Jurídico Odilon Cavallari de Oliveira, em face do parecer-resposta³¹⁸ elaborado pelos já mencionados autores do projeto de lei, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, bem como por juristas e administrativistas, tais como:

³¹⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago.2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 218.

³¹⁷ Parecer constante dos autos do Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em 8 Set. 2021.

³¹⁸ Parecer de Juristas que rebatem críticas preliminares da Consultoria Jurídica do TCU. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em 9 Set. 2021.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medaur, Marçal Justen Filho, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira, dentre outros.

No Parecer da Consultoria Jurídica do TCU, aponta-se que não houve o devido debate prévio com integrante dos órgãos de controle, muito embora a norma proposta tenha fortíssimo impacto na atuação desses órgãos. Argumenta-se que, ainda que seja reconhecida a relevância dos estudos que embasaram o projeto de lei, a falta da participação dos diversos órgãos de controle na construção do processo legislativo certamente fragilizou as premissas a que chegaram esses estudos, os quais atribuíram aos órgãos de controle grande parte da responsabilidade pela insegurança jurídica e pela ineficiência na atuação da Administração Pública.

Além disso, o Parecer do TCU³¹⁹ buscou rebater a ideia de que o problema da ineficiência decorra de disfunções no controle³²⁰. Argumentou-se, em síntese, que a “existência de déficits institucionais de governança e de gestão da administração pública federal produzem ineficiências generalizadas no gasto público federal”; e que a “ineficiência dos mecanismos de monitoramento e avaliação governamental e gestão de riscos dificultam o acompanhamento e aferição de resultados e impedem o alcance dos objetivos almejados”.

Além do referido Parecer do TCU, cumpre ressaltar o artigo intitulado “Alterações à LINDB e controle”, contido na obra “Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018”, também de autoria do Consultor Jurídico do TCU, Odilon Cavallari de Oliveira. Nesse artigo, reforça-se as críticas contidas no parecer jurídico da Corte de Contas, bem como se aduz que “a insegurança jurídica, ineficiência e paralisia são problemas cujas soluções, ao que tudo indica, estão dentro da própria Administração Pública e não nos órgãos de controle³²¹”.

³¹⁹ Parecer constante dos autos do Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em 8 Set. 2021.

³²⁰ Assunto esposado no tópico anterior desta Dissertação (Item 2.2.1)

³²¹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari. Alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e Controle. *Em* PINTO, Élica Graziane et al. **Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018**, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Cabe ressaltar que no citado texto foi realizada também uma análise artigo por artigo da Lei nº 13.655/2018. Nesse escrutínio, nota-se pesadas críticas a seus dispositivos, em especial aos art. 20 e 21, que versam sobre as consequências das decisões; e ao art. 28, que dispõe que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Ocorre que, no que diz respeito ao texto sancionado, ou seja, após os vetos, não ressaem críticas acerca do art. 26, que fixou um permissivo genérico de consensualidade na Administração Pública. Ou seja, mesmo uma manifestação advinda de severo crítico do texto da nova LINDB não guarda objeções ao texto final da lei no que toca o fomento aos acordos administrativos, à celebração de compromissos e às práticas de consensualidade.

Juliana Bonacorsi de Palma pontua que as objeções feitas ao projeto de alteração da LINDB decorreram “porque seus críticos o liam por uma lente de preconceções e desconfianças³²²”. Além disso, pontua que “havia o receio de as instituições controladoras perderem seu amplíssimo espaço decisório construído desde a promulgação da Constituição Federal³²³”

Ademais, muito embora houvesse críticas de que a lei seria de difícil aplicação prática e carecesse de *enforcement*, aduz a autora que a nova LINDB já é operacionalizada na prática jurídica, consoante se observa em pesquisa de julgados³²⁴ do TCU, que nos dois primeiros anos de vigência da Lei nº 13.655/2018, produziu 41 (quarenta e um) Acórdãos em que houve fundamentação das decisões com base na nova LINDB.

³²² PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 224.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ V.g., Acórdão n.º 1.628/2018; Acórdão n.º 1.643/2018; Acórdão n.º 1.746/2018, conforme apurado por Thiago Priess Valiati, para quem “apesar das críticas dos órgãos de controle, sobretudo no período prévio à sanção presidencial, os dispositivos Lei n.º 13.655/2018, como visto, vem sendo aplicados pelos Tribunais de Contas, tanto pela Corte de Contas da União, quanto no âmbito estadual”. [VALIATI, Thiago Priess. **A aplicação da LINDB pelas esferas controladora e judicial**. Jota, 22 fev. 2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacaoda-lindb-pelas-esferas-controladora-e-judicial-22022019>. Acesso em: 12 Set. 2021].

Além disso, Juliana Bonacorsi de Palma pontua que Lei nº 13.655/2018 trouxe um conjunto de ideias que lhe conferem identidade. A primeira delas é que a lei serviu para reforçar que a administração pública interpreta e essa interpretação tem peso. Isso fica mais evidente se considerado o tamanho da estrutura administrativa brasileira e suas infindáveis atribuições junto à população. Além disso, pode-se dizer que a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação, afinal, o que faz o gestor público ao ponderar se uma dada contratação será inexigível, por exemplo? Tanto o administrador interpreta, que a nova LINDB conferiu, nos termos de seu art. 22, parâmetros para essa atividade, que deve ter em conta os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público³²⁵.

A autora pontua que a nova lei preconiza também a confiança no Administrador Público honesto para inovar na condução da coisa pública. Em outras palavras, o gestor precisa de maior confiança para decidir, a fim de que possa buscar inovações; além de soluções pactuadas, que vão além da estrita legalidade da moldura-padrão, desde que obviamente fundamentadas e quando o caso concreto permitir. Isso porque, atualmente, os Administradores Públicos probos, que são a maioria, são constrangidos a tomarem decisões formalistas e burocráticas, seguindo uma orientação controladora em caso assemelhado, quando, por vezes, o interesse público, naquele caso concreto, exige inovação³²⁶. Nesse sentido, a nova LINDB contribuiu, em especial com o art. 28, para a segurança da atuação do gestor de boa-

³²⁵ PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 224.

³²⁶ Nesse sentido, segue excerto de Juliana Bonacorsi de Palma que reforça a importância de que o Administrador empreenda soluções inovadoras, as quais são intrinsecamente mais paritárias e menos unilaterais e formalistas, *in verbis*: “**a tutela do gestor público honesto viabiliza o experimentalismo na administração pública**. Seguro de que não será responsabilizado, salvo por dolo ou erro grosseiro, **o gestor público pode inovar na gestão pública**. O Legislativo confiou à Administração Pública competências por estar ela na melhor posição para exercê-las do modo mais eficiente possível. Dentro dos parâmetros de legalidade, tem o gestor público plena autonomia para trazer soluções jurídicas inovadoras, que devem ser devidamente motivadas. Assim, poderá redigir uma nova cláusula contratual, estabelecer métodos inovadores para implementação de políticas públicas ou conferir a determinadas entidades atribuições que não lhe eram originárias, mas recentes transformações justificam que estejam nelas alocadas. Na inovação, espera-se o erro, desde que não seja grosseiro, pois é assim que problemas são identificados e endereçados. **Incrementalmente, a gestão pública se torna melhor. (nosso grifo)** [PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 235.]

fé, uma vez que esse agente apenas responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Por fim, a terceira ideia intrínseca à nova LINDB, segundo Juliana Bonacorsi de Palma, é a de que a qualidade das decisões públicas pode ser aprimorada por meio de maior segurança jurídica, consoante arts. 20, 21, 24 e 28 da lei em tela, mas também tendo em vista a estruturação do permissivo genérico de consensualidade instituído pelo art. 26, o qual fundamenta a celebração de acordos integrativos e substitutivos, assim como qualquer ajuste de resolução de controvérsias entre administração e particulares³²⁷.

O referido dispositivo teve o condão de ampliar o que já estava previsto de maneira lacônica no art. 5º, § 6º da Lei de Ação Civil Pública³²⁸, permissivo restrito aos órgãos legitimados. Assim, com a nova LINDB, ficou patente que, *a priori*, qualquer órgão ou entidade pode celebrar compromissos administrativos³²⁹, observados os parâmetros procedimentais mínimos, os quais foram completados pelo Decreto Federal nº 9.830/2019.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Verás de Freitas, por sua vez, aduzem que, diferentemente do que ela foi acusada, a Lei nº 13.655/2018 não teve o condão de dificultar o trabalho dos órgãos de controle na busca por ilícitudes. Ao contrário, a *ratio* da Lei nº 13.655/2018 é exatamente a de conferir maior transparência às relações público-privadas³³⁰. Asseveram os autores que a história mostrou que todo o arbítrio e unilateralidade da atuação da administração, ao invés de reprimir,

³²⁷ PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 224.

³²⁸ Lei de Ação Civil Pública – art. 5º §6º- “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

³²⁹ Além dos acordos integrativos, substitutivos e os de resolução de controvérsias já mencionados, cita-se também: *os acordos de rescisão contratual*, previstos na Lei de Relicitações (Lei nº 13.448/2017); *os acordos processuais*, previstos no art. 190 do CPC; *os acordos de colaboração*, como o acordo de leniência, já amplamente utilizado no subsistema do Direito Concorrencial, consoante visto no item 1.1.2 desta Dissertação.

³³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Verás de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018* (Lei da segurança para a inovação pública). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

fomentou a prática de ilegalidades, consagrando uma lógica nefasta de criar dificuldades, para vender facilidades. Assim, a referida norma trilha um caminho oposto ao comumente visto, pois confere transparência ao consenso na administração pública.

Há considerações a serem feitas acerca da contrariedade ³³¹ de posicionamentos jurídicos em relação à nova LINDB e às disfunções nos órgãos de controle, os quais foram razões antecedentes para a edição da lei, inclusive porque, como visto, a proposta de lei surgiu exatamente em obra relacionada aos desafios contemporâneos das licitações e contratos administrativos no Brasil, tema objeto desta Dissertação.

Inicialmente, cabe esclarecer que se filia ao posicionamento da consultoria jurídica do TCU no sentido de que a atuação dos órgãos de controle não podem ser a raiz de todo mal da ineficiência, falta de segurança jurídica e paralisia decisória pela Administração Pública. Inequívoco que contribuem para essas disfunções razões costumeiramente apontadas pelo TCU, tais como: a ausência de efetivo plano de longo prazo, decorrentes de fragilidades no Plano Plurianual (PPA); impropriedades na Governança do orçamento pátrio, o que compromete a eficiência na alocação do dispêndio público; e a ineficiência nos instrumentos de monitoramento do governo e na gestão de riscos³³².

Além desses problemas havidos no bojo das instâncias administrativa e política, acrescenta-se a falta de capacitação e treinamento de servidores para atuarem com contratações públicas. Não raro, um servidor é convocado para gerir um contrato de grande vulto ou de maior complexidade sem que tenha conhecimento adequado para embasar a sua atuação segura. Como resultado, esse servidor já inicia

³³¹ Discussões sobre a nova LINDB e seus impactos sobre a Administração Pública em geral e sobre as contratações públicas foram objeto de estudos de vários doutrinadores, integrantes de órgãos de controle, do Ministério Público, da Advocacia Pública e Privada, da Magistratura e do meio acadêmico em geral. Esse debate não se restringiu, portanto, à defesa de prerrogativas pelos órgãos de controle em face uma “conspiração de advogados contratados por concessionárias de serviços públicos para limitar o controle” [PALMA, Juliana Bonacorsi. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021, p. 243.]

³³² OLIVEIRA, Odilon Cavallari. Alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e Controle. *Em* PINTO, Élide Graziane et al. **Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018**, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

suas atribuições receoso e tendo que dar conta de inúmeras responsabilidades para o qual ainda não possui conhecimento, habilidade e atitude necessários.

Problemas na capacitação e treinamento de servidores que lidam com contratações ocorrem em todos os entes federativos, todavia, se mostra muito mais evidente nos pequenos municípios. Adiciona-se como problemas a falta de estrutura necessária e, nos municípios menores, até mesmo de baixo quantitativo de pessoal para atuarem em contratações públicas, ainda que esses poucos servidores tenham que dar conta de inúmeras normas e regulamentos, além de prescrições de diversos órgãos controladores e fiscalizadores.

A tarefa do gestor público de um pequeno município, ao lidar com tantas exigências e variáveis é inglória, especialmente porque muitas das vezes a equipe responsável para executar e decidir tantos caminhos se resume a pouquíssimas pessoas, algo muito semelhante ao que acontece nas pequenas empresas privadas quando enfrentam a burocracia tributária e estatal como um todo.

Para agravar esse contexto, as leis gerais de licitações e contrato (Lei nº 8.666/1993 e 14.133/2021) são maximalistas, formalistas e mais voltadas ao plano federal do que para a realidade do pequeno município, que, como visto, por vezes, possui poucos recursos para se estruturar adequadamente. Essa foi uma das mais pesadas críticas direcionadas à Nova Lei de Licitações e Contratos, uma vez que se imaginou que ela pudesse avançar rumo à simplificação e à paridade. Apesar dos avanços já abordados, ainda prevalece a lógica de dispor sobre tudo; bem como o viés da prevalência das prerrogativas exorbitantes da Administração³³³.

De toda sorte, muito embora ombreie-se à parte das citadas críticas de que a própria Administração e o sistema político contribuem para a ineficiência e paralisia

³³³ Nesse sentido, cabe ressaltar a crítica de Ronny Charles, para quem ainda que reconheça avanços na Nova Lei de Licitações, chama atenção ao viés formalista e por que não dizer já anacrônico da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*: “Se na realidade atual as pessoas e as empresas realizam suas contratações rotineiras em poucos cliques, através do computador ou do smartphone, com “ranking” de fornecedores e seu histórico positivo ou negativo (*signaling*), nossas licitações ainda exigem um claudicante e custoso processo. Enquanto na atualidade se discute a evolução de *smart contracts*, com execução através de *blockchain* e redução de custos transacionais que facilitem as trocas, **nosso regime contratual continua impondo um instrumento formal, assinado, com cláusulas necessárias e prerrogativas “extraordinárias”, mesmo quando se quer contratar o “ordinário”. Novamente, temos uma “nova lei já velha”, que regula o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação.” (nosso grifo) [TORRES, Ronny Charles Lopes de. *A futura nova lei de licitações*. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 10. Set. 2021]**

da Administração Pública brasileira³³⁴, não se comunga com a ideia de eximir os múltiplos órgãos controladores das disfunções já mencionadas, razão de inquietação e medo por agentes públicos bem-intencionados ao instruírem processos de contratações.

Disfunções nos órgãos de controle são objeto de apontamentos também por integrantes de Cortes de Contas, a exemplo do Ministro do TCU Bruno Dantas, o qual asseverou que:

O controle das atividades da administração pública pelos órgãos de fiscalização não pode ser um obstáculo à gestão. Muito menos ao processo decisório. (...) O voluntarismo de alguns integrantes dos órgãos de controle, aliado à campanha de criminalização da política, tem levado à infantilização da gestão pública³³⁵.

Essas disfunções no controle tão propaladas também por parte relevante da doutrina³³⁶, em especial a anomalia havida no controle de legalidade estrito e formalista, implicam receio na atuação pelos gestores públicos até mesmo em procedimentos simplificados e vinculados. Esse temor se avoluma e fica ainda mais evidente em uma atuação: que demande maior proximidade com o particular, algo que é intrínseco à administração consensual; e que não esteja perfeitamente esquadrihada em leis e regulamentos.

³³⁴ Vide manifestação de Jessé Torres Pereira Júnior, para quem: “A distribuição do ônus decisório no Estado Democrático de Direito brasileiro há de ser compartilhada em uma rede inclusiva de detecção/diagnóstico dos problemas que se apresentam ao Poder Público, para que a solução proposta, a pretexto de prognóstico legítimo da política brasileira, seja estabilizada intertemporal e interinstitucionalmente no próprio ciclo da política pública. Quão mais motivada, pública e aderente ao planejamento legalmente definido, processualmente maior será a tendência de a decisão administrativa legitimar-se perante a sociedade e os órgãos de controle, sem quaisquer retrocessos ou guinadas bruscas”. [PEREIRA JÚNIOR, Jéssé Torres. Introdução. Em PINTO, Élica Graziane et al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.]

³³⁵ DANTAS, Bruno. **Incompetência não pode ser tratada como improbidade**. Consultor Jurídico. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu?imprimir=1>. Acesso em: 10 Set. 2021.

³³⁶ Doutrina essa da qual foram parte os autores e juristas envolvidos na edição da nova LINDB.

Ao reconhecer como verdadeira a existência de disfunções no controle e o impacto disso na atuação do administrador e na consensualidade, não se quer aqui desqualificar em hipótese alguma a atuação dos órgãos controladores e dos órgãos do sistema de justiça, os quais detêm elevadíssimo *múnus* constitucional. Apenas se reconhece que a manutenção do interesse público *a priori*, a vinculação ao legalismo estrito em detrimento da efetiva aderência à juridicidade; bem como disfunções no controle em face da adesão a esses velhos paradigmas, acabam por trazer empecilhos rumo à uma Administração mais consensual e paritária e, portanto, mais eficiente. Essa visão atávica da atuação da administração pública no bojo das contratações é, portanto, fruto de um vetor para o qual concorrem distorções havidas no seio da própria administração, bem como nos órgãos que a controlam.

De toda sorte, cumpre trazer exemplos que essa visão de apego ao legalismo estrito e formalista no controle podem estar passando por mudanças³³⁷. Cita-se como exemplo mais recente o Acórdão TCU nº 1736/2021 – Plenário, em que a Corte de Contas entendeu que não se justificaria a sanção ao agente público que tomou conhecimento da irregularidade e adotou imediatas medidas administrativas para evitar o prejuízo ao erário. Nos termos do art. 22, §2º da LINDB, a postura adotada pelo agente público deve ser considerada inclusive, como foi o caso, para não aplicação da sanção administrativa.

³³⁷ V.g.: 1) TCU – Acórdão nº 2.239/2018 – Plenário: “É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público”. (Relatora: Ana Arraes); 2) TCU – Acórdão nº 3.340/2015 – Plenário: “Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame”. (Relator: Bruno Dantas); 3) STJ – Recurso Especial nº 947.953/RS – Ementa ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO. MERA IRREGULARIDADE. (...) 3. Porém, há de se reconhecer que, a falta de assinatura reconhecida em um documento regularmente apresentado é mera irregularidade - principalmente se o responsável pela assinatura está presente no ato para sanar tal irregularidade. Precedente. (Relator: Mauro Campbell Marques) 4) TCU – Boletim de Jurisprudência nº 202 - Acórdão 2742/2017- Plenário: “Estando os preços global e unitários ofertados pelo licitante dentro dos limites fixados pela Administração, é de excessivo rigor a desclassificação da proposta por divergência entre seus preços unitários e respectivas composições detalhadas de custos, por afronta aos princípios da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações. (...) (Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz). 5) TCU – Acórdão 988/2022 – Plenário: “Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha”. Por meio desse julgado, o TCU reafirmou o entendimento que o risco de prejuízos para a Administração pode excepcionalmente justificar a convalidação de atos irregulares ocorridos na licitação e na continuidade da execução do contrato.

Por fim, não se pode ignorar que a consensualidade na administração pública ainda não se disseminou na prática, muito embora conte-se com a crescente positividade de instrumentos de paridade, bem como de mitigação de unilateralidade, a exemplo das recentes Lei nº 13.655/2018 e Lei nº 14.133/2021. Razões teóricas para essa não-propagação foram discutidas nos dois primeiros capítulos desta Dissertação, mas resta saber dos próprios agentes públicos que lidam com contratações no seio do Poder Legislativo Federal se esses mecanismos são efetivamente utilizados. Se sim, em que proporção. E, em caso negativo, as razões da não utilização. É o que será analisado no próximo e derradeiro capítulo.

III – Pesquisa empírica: aplicação de questionário para compreensão das razões que impedem a disseminação da prática consensualidade no âmbito das contratações públicas

Nos dois primeiros capítulos desta Dissertação, buscou-se evidenciar as hipóteses teóricas que possam impedir a disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas.

Neste capítulo, passa-se a pesquisa empírica do trabalho. Assim, inicialmente, serão abordados os métodos e técnicas empregados na pesquisa, o que inclui: tipologia e descrição geral da metodologia; caracterização dos órgãos, setores e servidores que lidam com contratações; caracterização e descrição dos instrumentos de pesquisa; e quantitativos envolvidos.

Após, passa-se a etapa de coleta dos dados, entabulação, bem como a análise desses dados obtidos. Na sequência, será realizado um processo de identificação das associações entre as variáveis, em busca de conclusões acerca das possíveis barreiras à prática da disseminação da consensualidade no âmbito do Senado Federal, Câmara dos Deputados e TCU.

3.1 – Descrição Geral dos métodos de pesquisa

Segundo Maria Cecília de Souza Minayo ³³⁸, **metodologia** pode ser conceituada como:

o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade. Ou seja, a metodologia inclui simultaneamente a teoria da abordagem (o método), os instrumentos de operacionalização do conhecimento (as técnicas) e a criatividade do pesquisador (sua experiência, sua capacidade pessoal e sua sensibilidade).

³³⁸ MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 14.

A respeito do método de abordagem desta etapa da Dissertação, ou seja, da lógica de investigação, entende-se que ela será do tipo indutivo, uma vez que “consiste em observação rigorosa de fatos particulares para se chegar a conclusões gerais.”³³⁹ Em outras palavras, o método indutivo é formado pelo raciocínio de que, de fatos particulares, se extrai uma conclusão mais ampla. Dito de outra forma, de um fenômeno particular para uma generalização.

Quanto ao método de procedimento, ou seja, de etapa mais concreta da pesquisa, entende-se que ela será do tipo **pesquisa de campo**, por meio da investigação havida em **questionários estruturados** aplicados junto a servidores públicos do Senado Federal, Câmara dos Deputados e Tribunal de Contas da União. Por meio desse instrumento, será possível a verificação das hipóteses e cruzamento de respostas, a fim de auxiliar na resposta ao problema de pesquisa da Dissertação.

A pesquisa empírica, por meio da aplicação de questionários, por exemplo, ajuda “o pesquisador a identificar e a obter provas a respeito de objetivos sobre os quais os indivíduos não têm consciência, mas que orientam seu comportamento³⁴⁰”. Além disso, “desempenha papel fundamental no contexto da descoberta e obriga o investigador a um contato mais direto com a realidade³⁴¹”.

Tratando do empirismo como corrente do pensamento científico que dá sustentação às mais variadas pesquisas nas Ciências Sociais e no próprio Direito, Antônio Henriques e João Bosco Medeiros, na obra Metodologia científica na pesquisa jurídica, apontam que essa abordagem, a do empirismo, se contrapõe à especulação teórica e ao idealismo, uma vez que:

elege como critérios científicos a observação empírica, o teste experimental, a mensuração quantitativa. Nas Ciências Sociais, seu mérito foi ter criado inúmeras técnicas de coleta e mensuração de dados, bem como difundir a utilização de inúmeros instrumentos, como, por exemplo, o uso do computador. Considerando que a dedução é apriorística, vale-se sobretudo da indução e estabelece a

³³⁹ GARCIA, Eduardo Alfonso Cadavid. **Manual de sistematização e normalização de documentos técnicos**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 46.

³⁴⁰ MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 76.

³⁴¹ *Ibidem*.

generalização somente após cumpridas etapas de observação de casos concretos³⁴².

Apesar disso, importante ressaltar o alerta de que os critérios utilizados, por si só, não são suficientes para confirmar a validade de uma pesquisa. Assim, asseveram os autores que é “Ingenuidade pensar que os fatos falam por si; eles ganham sentido quando se apoiam em alguma teoria, que, por sua vez, é ideologicamente construída³⁴³”. Desta feita, em atinência a essa advertência, cabe esclarecer que a presente pesquisa empírica é feita de forma complementar às hipóteses descritas nos dois primeiros capítulos desta Dissertação.

Além disso, vale esclarecer que a pesquisa empírica: ocupa-se da observação dos fenômenos; que seu interesse é manipular dados concretos; e que o seu grande valor é aplicar a teoria à prática. Assim, dado o instrumento escolhido, pode-se caracterizar que a presente pesquisa empírica é do tipo **quantitativo**, uma vez que se utiliza de medição numérica e dados estatísticos para testar as hipóteses, sejam para confirmá-las, seja para negá-las.

Não se pode olvidar, todavia, que os dois primeiros capítulos foram elaborados mediante pesquisa bibliográfica e documental, por meio da análise da legislação, jurisprudência, pareceres jurídicos e doutrina, com especial relevo à literatura relacionada à administração pública consensual, mormente no que toca às contratações públicas no Brasil.

Por fim, cabe ressaltar que o questionário apresentado é o meio pelo qual o pesquisador se utiliza para a coleta de dados, com o fito de apresentar questões que efetivamente estejam relacionadas com o objeto; os objetivos; e as hipóteses contidas na pesquisa científica³⁴⁴.

³⁴² HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9 ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017, p. 77.

³⁴³ Ibidem, p. 77.

³⁴⁴ HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9 ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

3.2 – Caracterização dos Órgãos do Poder Legislativo Federal e do TCU, unidades (ou áreas) e servidores que lidam com contratações nesses órgãos

Como visto, a pesquisa foi realizada junto a servidores públicos que lidam com contratações no Senado Federal, na Câmara dos Deputados e no Tribunal de Contas da União.

Nos termos do art. 44 e seguintes da Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo no âmbito federal é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe do Senado Federal e Câmara dos Deputados, com as funções típicas de legislar e fiscalizar.

O Senado Federal compõe-se de 81 representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, para mandatos de oito anos. A ideia plasmada na Constituição Federal é que cada estado da Federação e o Distrito Federal tivesse igual representação, com três membros cada.

Já a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado e no Distrito Federal. O número total de Deputados Federais é definido em lei complementar, de forma proporcional à população, de modo que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta representantes.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, é o órgão de controle externo auxiliar do Congresso Nacional, sendo, todavia, independente e autônomo. Nos termos do art. 70 da Constituição Federal, o controle externo deve se incumbir da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal.

Muito embora, como dito, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados exerçam as funções típicas de legislar e fiscalizar; e o TCU a de exercer o controle externo, todos com competências bem definidas na Constituição Federal, é sabido que os três mencionados órgãos também exercem, de forma atípica, a administração de pessoal; de recursos materiais e financeiros; de processos; de informação; de tecnologia; e de contratações públicas.

Assim, foram enviados questionários a servidores desses três órgãos que atuam nas seguintes etapas das contratações públicas: i) Unidade de contratações (área que instrui os processos administrativos de contratações); ii) Órgão Jurídico/Assessoria Jurídica/Consultoria Jurídica; iii) Membro da Comissão de Licitação/Membro da equipe de apoio; iv) Instâncias deliberativas (servidores que atuam nas instâncias de decisão dos processos administrativos); v) Gestor de Contratos/ Fiscal de Contratos; e vi) Auditoria/Órgão de Controle Interno ou Externo.

Cabe aqui tecer considerações sobre o papel e a importância de cada um deles para as contratações públicas, bem como para os objetivos desta Dissertação.

Os servidores que atuam nas unidades de contratações dos órgãos exercem atividades tais como: elaboração de editais de licitação; instrução de contratações diretas; de termos aditivos de prorrogação, repactuação, reajuste, revisão, acréscimos, supressões; de apuração de penalidades e rescisões amigáveis e unilaterais, dentre outros.

Esse grupo de servidores seria responsável por instruir, por exemplo, os acordos administrativos substitutivos às sanções como multas e impedimentos, previstos no art. 26 da LINDB, novo marco genérico de consensualidade, inclusive mediante a elaboração das minutas dos instrumentos a serem celebrados entre o particular e a administração.

No âmbito do Senado Federal, essas atribuições estão contidas na Secretaria de Administração de Contratações (SADCON), unidade vinculada à Diretoria-Geral. Já no organograma da Câmara dos Deputados, essas atribuições estão contidas no Departamento de Material e Patrimônio, vinculado à Diretoria Administrativa. Por fim, no TCU, essas atribuições são realizadas por servidores lotados na Diretoria de Licitações, Formalização de Contratos e Aditivos (Dilic), vinculada à Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio (Selip).

Já os servidores lotados em órgãos de assessoria ou consultoria jurídica são essenciais em quaisquer processos de contratações públicas. Afinal, a nova lei de licitações e contratos dispõe em seu art. 53 que “o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará **controle prévio de legalidade** mediante análise jurídica da contratação”. Além disso, cabe ressaltar que

essa atuação é ampla, uma vez que não se restringe tão somente às licitações. Isso porque o art. 53, §4º da Lei nº 14.133/2021 apregoa que:

o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Assim, patente a importância dos servidores envolvidos nesta etapa de uma contratação pública, uma vez que, além de comporem uma unidade jurídica especializada, devem promover a “apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica”, nos termos do art. 53, §1º, II da Lei nº 14.133/2021. Cabe lembrar ainda que os compromissos administrativos de consensualidade firmados no bojo do art. 26 da LINDB necessariamente deverão ser objeto de prévia oitiva do órgão jurídico competente.

Os pregoeiros, membros da comissão permanente de licitação e equipe de apoio são responsáveis por conduzirem os certames públicos e lidarem diretamente com os licitantes em aquisições de bens e contratação de obras e serviços de interesse dos órgãos. Dentre os instrumentos de consensualidade e mitigação de unilateralidade que estão diretamente relacionado às atribuições desse grupo, destaca-se: a novel modalidade de licitação Diálogo Competitivo; bem como a possibilidade de negociação do preço final, nos termos do Decreto Federal do Pregão Eletrônico (Decreto nº 10.024/2019).

Os servidores que atuam nas instâncias deliberativas e as próprias autoridades administrativas possuem papel essencial nas contratações públicas, pois fazem o filtro final de pressupostos fáticos e jurídicos para adoção ou não de uma solução pactuada ou concertada. De nada adianta que os servidores que o antecedem na instrução processual pavimentem o caminho em busca de uma solução dialógica e paritária se o decisor opta, por exemplo, pela atinência cega à estrita legalidade, desconectado da busca pela eficiência. Assim, a instância deliberativa em processo administrativo de contratação é, por natureza, ator fundamental no processo de concreção de

direitos, inclusive pela operacionalização valorativa do texto constitucional, em vinculação ao princípio da juridicidade³⁴⁵.

O papel dos gestores e fiscais de contratos é fundamental para os objetivos desta Dissertação, uma vez que eles fazem a interface da Administração Pública com os particulares e conhecem de perto as mais variadas situações em que, por vezes, é necessário tomar cursos de ação que não estejam previstos integralmente no texto contratual, nas leis e nos regulamentos. Assim, por estarem ligados ao detalhamento de todas as nuances da execução contratual, tem a somar acerca da importância de uma atuação consensual e dialógica e sobre a possibilidade de realização de acordos administrativos em situações contenciosas, por exemplo.

Por fim, passa-se ao papel dos órgãos de controle interno e controle externo nas contratações públicas, que compõem, respectivamente a segunda e terceira linha de defesa, conforme preconizado pelos incisos II e III do art. 169 da Lei nº 14.133/2021. É de grande valia a opinião desse grupo de servidores e auditores, haja vista que detém grande conhecimento técnico e jurídico acerca das contratações públicas. Essa verificação junto a esse público-alvo se torna ainda mais relevante, haja vista que uma das hipóteses acerca das barreiras à adoção da prática da consensualidade nas contratações públicas é a de que existe receio de sanções pelos agentes públicos em utilizar soluções consensuais, em decorrência de posicionamentos mais rigorosos dos órgãos de controle, na linha de um suposto viés punitivista.

Ponto importante de trazer à lume na caracterização dos servidores que trabalham com contratações nos três órgãos em tela é que, nos termos do Acórdão TCU/Plenário nº 588/2018, atualizado pelo Acórdão TCU/Plenário nº 2164/2021, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o TCU alcançaram níveis mais altos de maturidade institucional³⁴⁶ para contratações públicas se comparado à média dos 378 órgãos e entidades da Administração Pública Federal pesquisados.

³⁴⁵ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Editora Juruá, 2018.

³⁴⁶ Conforme Relatório de Governança e Gestão Públicas 2021, fruto do Acórdão TCU/Plenário nº 2164/2021, que atualizou o levantamento feito por meio do Acórdão TCU/Plenário nº 588/2018, observamos que **o Índice de governança e gestão de contratações – iGovContrat do Senado Federal, corresponde a 69,8%; o da Câmara dos Deputados a 52,2%; e o do TCU a 79,7%**, conforme se verifica da íntegra dos relatórios individuais do Senado Federal (<https://www.tcu.gov.br/igg2021/iGG2021%20-%203%20-%20SF.pdf>); da Câmara dos Deputados

Cabe ressaltar que esses levantamentos vem sendo realizados sistematicamente pelo Tribunal de Contas da União, com o intuito de obter um diagnóstico acerca da governança no setor público e fomentar que os órgãos e entidades públicas adotem boas práticas de governança também nas contratações públicas³⁴⁷.

Assim, esses parâmetros objetivos que apontam que o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o Tribunal de Contas da União possuem um nível mais elevado de maturidade na gestão e na governança das contratações públicas vão ao encontro de percepções empíricas de que os servidores que lidam com contratações nesses órgãos gozam de vantagens se comparado, por exemplo, aqueles lotados em pequenas prefeituras, que possuem, mesmo sem o mesmo aparato, a árdua missão de atender a tantas exigências legais, regulamentares e dos órgãos de controle.

Inegável supor, antes mesmo de conhecer os números divulgados pelos referidos Relatórios de Governança e Gestão Pública da Corte de Contas da União, que o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o TCU possuem um quadro altamente favorável à melhoria na administração de suas contratações, haja vista possuírem orçamento abundante; avançada estrutura de tecnologia da informação; e grande quantitativo de servidores públicos, os quais possuem alta capacitação, inclusive em razão da elevada concorrência em seus concursos públicos.

Outro importante argumento que vai na linha dessa percepção, é a enorme estrutura que esses órgãos dispõem para oferecer ações de treinamento e desenvolvimento aos seus servidores, inclusive no assunto objeto desta Dissertação, no Instituto Legislativo Brasileiro -ILB, do Senado Federal; no Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento – Cefor, da Câmara dos Deputados; e no Instituto Serzedello Corrêa - ISC, do Tribunal de Contas da União. Assim, os três órgãos

(<https://www.tcu.gov.br/igg2021/iGG2021%20-%201%20-%20CD.pdf>); e do TCU (<https://www.tcu.gov.br/igg2021/iGG2021%20-%204%20-%20TCU.pdf>) (nosso grifo).

³⁴⁷ Segundo o Acórdão TCU/Plenário nº 2164/2021, esse trabalho teve por objetivo “obter e analisar informações sobre a capacidade de governança e de gestão de organizações jurisdicionadas ao TCU” e compreende: “a) iGovPub - Índice de governança pública organizacional; b) iGestPessoas - Índice de gestão de pessoas; c) iGestTI - Índice de gestão de TI; d) iGestContrat - Índice de gestão de contratações; e e) iGestOrçament - Índice de gestão orçamentária”. O objeto do nosso estudo, o Índice de Governança e Gestão de Contratações (IGovContrat), por sua vez, “é formado pelos agregadores GovernancaContrat (Índice de Governança das Contratações) e iGestContrat (Índice de Gestão das Contratações)”. (nosso grifo).

possuem escolas de governo que continuamente ofertam capacitação na área de contratações para os servidores que são público-alvo da presente pesquisa.

Dito de outra forma, é razoável perceber que os servidores públicos que lidam com contratações nos três órgãos investigados são capazes de compreender a temática da pesquisa, bem como os assuntos específicos nela delineados.

Essa premissa se amolda perfeitamente aos servidores que trabalham nas unidades de contratações, além dos gestores, fiscais, membros da comissão de licitação e equipe de apoio, mas fica ainda mais evidente quando estamos tratando de servidores lotados nas assessorias jurídicas, consultorias, advocacia dos órgãos; daqueles que trabalham na assessoria junto aos ordenadores de despesas, elaborando as decisões administrativas; e, é claro, dos membros e auditores das unidades de controle interno e externo.

3.3 – Caracterização e descrição dos instrumentos de pesquisa

A fim de subsidiar a resposta ao problema de pesquisa, acerca de quais seriam as barreiras à prática da consensualidade nas contratações públicas, sob um recorte junto a servidores que trabalham nas áreas e nos órgãos mencionados, foram enviados questionários no formato digital para os *e-mails* funcionais desses agentes públicos.

No corpo do correio eletrônico continha breves orientações acerca da pesquisa, bem como o *link* do questionário, apresentado por meio da plataforma gratuita *Google Forms*, nos exatos termos do “Apêndice A” deste trabalho. Além disso, anexo ao *e-mail*, foi enviado o documento “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para Pesquisas Virtuais”, conforme “Apêndice B” desta Dissertação.

Cumprе ressaltar o mencionado documento apregoа que os direitos do participante serão integralmente respeitados pelo pesquisador, nos termos das Orientações para procedimentos em pesquisas em ambiente virtual, consoante teor do Ofício Circular do Ministério da Saúde nº 2/2021/CONEP/SECNS, de 24/2/2021.

Além disso, é delineado no referido termo que a participação dos servidores é voluntária; que será respeitado o anonimato, com garantia de sigilo e confidencialidade; e que não serão solicitados quaisquer dados pessoais, de saúde ou mesmo dados pessoais sensíveis, o que elimina a possibilidade de descumprimentos em face dos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018.

Cabe ressaltar que a aplicação do questionário por meio do *Google Forms* tem como vantagem a rapidez na coleta de dados e na análise das respostas, haja vista que, à medida que o servidor conclui o formulário, os dados são atualizados e consolidados em estatística imediatamente. Além disso, a plataforma é intuitiva e pode ser acessada amigavelmente tanto pelo computador quanto pelo celular, o que favorece ainda mais a entrega das respostas³⁴⁸. Outro facilitador é que os respondentes não precisam ter conta no *Google*, ou seja, qualquer recebedor do *link* pode respondê-lo.

O questionário enviado aos servidores é composto por apresentação; orientações; além de 27 perguntas, todas fechadas, dos tipos “múltipla escolha”, “dicotômicas” ou “em escala”. Cabe ressaltar que as questões do tipo “não abertas” tem como vantagens: rapidez e facilidade de aplicação e análise; facilidade no ato de responder se comparado a uma entrevista; e menor risco de interferências acerca de uma suposta parcialidade do entrevistador. Como desvantagens, as perguntas fechadas têm: a possibilidade de que alguma alternativa importante não seja incluída; e que o respondente seja influenciado pelas alternativas propostas³⁴⁹.

Cabe ressaltar que não existe uma metodologia padrão para o desenvolvimento de um questionário, haja vista que não existem procedimentos exatos que garantam que seus objetivos de medição sejam alcançados com boa qualidade. Há, todavia, diversas recomendações essenciais de diversos autores e disciplinas³⁵⁰ em relação à

³⁴⁸ MOTA, Janine da Silva. Utilização do Google Forms na Pesquisa Acadêmica. **Revista Humanidades e Inovação** v.6, n.12 - 2019.

³⁴⁹ MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de Marketing: metodologia, planejamento, execução e análise**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

³⁵⁰ As recomendações para elaboração de questionário sofrem influências interdisciplinares como da Administração, do Marketing, além das contribuições inerentes da Estatística.

construção de um questionário, em especial quanto à atenção a certas etapas, as quais foram levadas em consideração nesta pesquisa. Assim, foram observados os seguintes requisitos na construção do formulário: 1 – Planejar o que vai ser mensurado; 2 – Formular as perguntas para obter as informações necessárias; 3 – Definir o texto e a ordem das perguntas e o aspecto visual do questionário; 4 – Testar o questionário, utilizando uma pequena amostra, em relação a omissões e ambiguidade; 5 – Caso necessário, corrigir o problema e fazer novo pré-teste³⁵¹.

Além disso, impende mencionar que o questionário teve grande predominância da escala de Likert, que pode ser considerada uma tabela de classificação. Nela, o servidor deveria responder às indagações mediante uma escala de 1 a 5, sendo 1 correspondente a “discordo totalmente”; 2 “discordo”; 3 “indiferente ou neutro”; 4 “concordo”; e 5 “concordo totalmente”.

Ademais, verifica-se que os dados colhidos na pesquisa por meio dos questionários aplicados são considerados **primários**, haja vista que a coleta foi realizada pela primeira vez diretamente pelo pesquisador. Cabe ressaltar que os dados primários são coletados para entender as diferentes vertentes da inquietação em questão e tem a vantagem de serem delineados o mais próximo possível do problema de pesquisa. Além disso, tem o grande benefício de ser atual, haja vista que a escolha por meio de dados secundários (que são coletas de dados por fontes já disponíveis) podem ser, por vezes, obsoletas e ultrapassadas.

Por fim, cabe esclarecer que esta pesquisa empírica e este questionário foram aprovados pelo Comitê de Ética em Pesquisa do Uniceub (CEP/Uniceub), por meio do Parecer Consubstanciado nº 5.463.192, de 10 de junho de 2022, uma vez que o colegiado concluiu que os documentos apresentados estavam aptos aos fins a que se destinam; e que não foram identificados prejuízos relevantes aos participantes da pesquisa.

³⁵¹ AAKER, David.; KUMAR, V.; DAY, George S. **Pesquisa de Marketing**. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

3.4 – Quantitativo de formulários enviados e taxa de resposta

Muito embora a pesquisa empírica seja do tipo quantitativo, uma vez que se utiliza de medição numérica e dados estatísticos para testar as hipóteses, informa-se que não se pode, pelas características deste trabalho, produzir quaisquer informações acerca dos conceitos estatísticos de população e da amostra.

Isso porque, uma amostra válida não é apenas um conjunto de respostas que obtemos ao se aplicar um questionário. Na verdade, um conjunto de respostas só pode ser considerado uma amostra válida, em condições estatísticas, se for obtido por meio de um processo de amostragem aleatório³⁵². No presente caso, os questionários não foram encaminhados mediante aleatoriedade, mas sim a servidores que lidam com contratações públicas, nas áreas e nos três órgãos já caracterizados, os quais só responderam aqueles dispostos a participar.

Assim, por não se ter aleatoriedade na presente pesquisa, nada pode-se inferir, estatisticamente, acerca de uma população. Desta feita, só posso tecer considerações e conclusões acerca das respostas daqueles que efetivamente participaram da pesquisa. Trata-se, portanto, de um retrato daquele grupo específico e não a tentativa de extrapolar a manifestação para toda uma população, a exemplo do que ocorre em uma pesquisa eleitoral de intenção de votos.

Desse modo, em atendimento a requisitos técnicos próprios da Estatística, podemos tecer considerações na presente pesquisa acerca da **taxa de resposta apurada**, ou seja, o percentual havido entre o total de respondentes em relação ao total de questionários enviados aos servidores dos órgãos sob análise.

Destarte, cabe ressaltar que foram obtidos 129 formulários respondidos, o que representou a taxa de resposta no Senado Federal de 35,15%; na Câmara dos

³⁵² KITCHENHAM, Barbara; PFLEEGER, Shari. **Principles of survey research: part 2 - designing a survey**. ACM SIGSOFT Software Engineering Notes. Volume 27, issue 1, 2002. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/566493.566495>. Acesso em 29 jun 2022.

Deputados de 22,52%; e no Tribunal de Contas da União de 25,47%³⁵³. A taxa de resposta média dos três órgãos foi de 29,58%³⁵⁴.

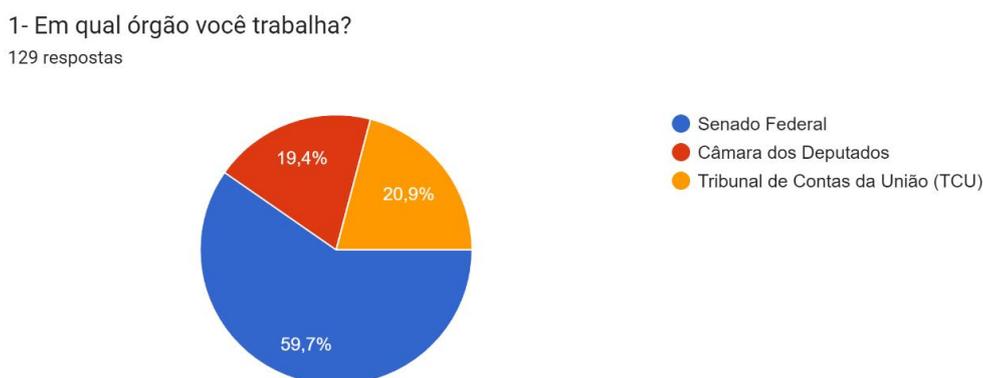
3.5 Análise de dados e discussão de resultados

A aplicação dos questionários ocorreu por meio de correio eletrônico funcional dos servidores públicos dos três órgãos citados entre os dias 10 e 30 de junho de 2022. Foram enviados *e-mails* individuais, bem como em lista de endereços de servidores lotados na mesma unidade de cada órgão.

Além disso, de forma residual, o questionário e os anexos foram enviados também por meio do aplicativo *Whatsapp*, diretamente para o número do servidor em que o pesquisador obteve ou já possuía o contato, de modo a evitar que eventualmente agente público fora do público-alvo respondesse ao questionário e prejudicasse a pesquisa.

Assim, obteve-se 129 respostas, com 77 formulários respondidos de servidores do Senado Federal, 25 da Câmara dos Deputados e 27 do Tribunal de Contas da União, conforme se verifica na distribuição percentual entre os órgãos públicos:

Figura 1 – Distribuição de respostas de servidores entre os órgãos públicos



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via *Google forms* (2022).

³⁵³ Isso porque no Senado Federal foram obtidas 77 respostas de um total de 219 envios; na Câmara dos Deputados 25 respostas de um total de 111 envios; e no Tribunal de Contas da União um total de 27 respostas após 106 envios.

³⁵⁴ Uma vez que foram obtidos 129 questionários respondidos por servidores que lidam com contratações públicas em um total de 436 formulários enviados.

Acerca da distribuição das áreas ou etapas da contratação em que os servidores participantes da pesquisa são lotados, chegou-se ao seguinte resultado:

Figura 2 – Distribuição de lotação dos servidores que atuam com contratações públicas

2- Em qual área ligada às contratações públicas você está lotado (a) ?

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022).

Cabe esclarecer que por um breve período da coleta de respostas ficou aberto o campo “outros”, o que permitiu que cinco servidores lotados em unidades de contratações escrevessem o nome da suas áreas, ao invés de marcar o grupo a que pertencem. No decorrer da coleta a opção “outros” foi excluída pelo pesquisador. De toda sorte, essas poucas respostas, ao serem incluídas no seu devido grupo, culminaram no seguinte panorama:

Tabela 2 – Distribuição de lotação dos servidores, após agrupamento, por ordem de incidência

Nº	Lotação/Área de Contratações	Respostas	Percentual
1	Unidade de contratações do órgão (área que instrui os processos administrativos de contratações)	51 (46 + 5 agrupadas)	39,5%
2	Gestor de Contratos/ Fiscal de Contratos	30	23,2%
3	Auditoria/Órgão de Controle Interno ou Externo	18	13,9%
4	Instâncias deliberativas (servidores que atuam nas instâncias de decisão dos processos administrativos)	16	12,4%
5	Órgão Jurídico/Assessoria Jurídica/Consultoria Jurídica	7	5,4%
6	Membro da Comissão de Licitação/Membro da equipe de apoio	7	5,4%
-	Total	129	100%

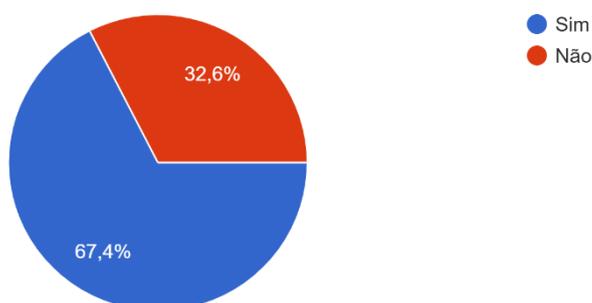
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor (2022)

Na primeira pergunta acerca do conteúdo da pesquisa, 67,4% dos respondentes afirmaram que já tinham ouvido falar da possibilidade de atuação consensual (e não unilateral) nas contratações públicas:

Figura 3 – Nível de conhecimento acerca da possibilidade de atuação consensual

3- Você já ouviu falar da possibilidade de atuação consensual (e não unilateral) nas contratações públicas?

129 respostas



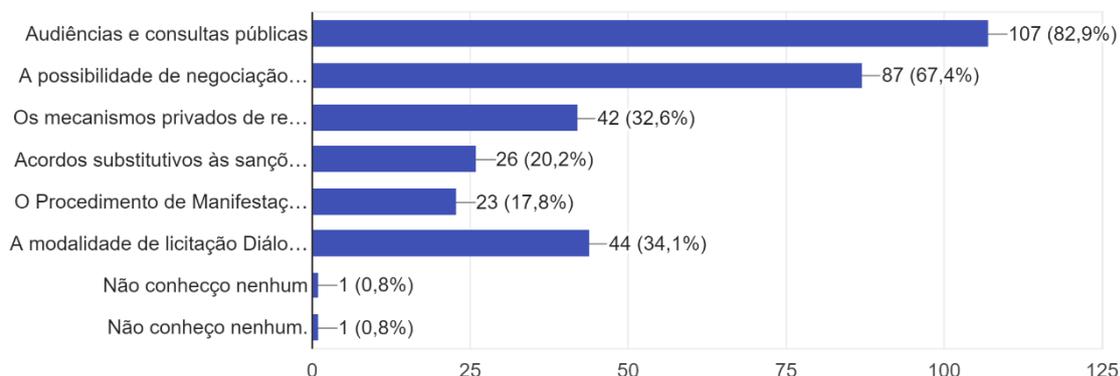
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

A análise da Figura 3 será feita de forma combinada com a da Figura 4, a seguir:

Figura 4 – Nível de conhecimento dos tipos de instrumento de consensualidade

4- Qual dos instrumentos de consensualidade exemplificados na introdução você já conhece?

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Apesar de 32,6% dos servidores terem respondido que não tinham ouvido falar da possibilidade de atuação consensual (e não unilateral) nas contratações públicas, 82,9% dos respondentes afirmaram que já conheciam o instrumento “Audiências e Consultas Públicas” e 67,4% já conheciam a possibilidade de “negociação do preço final, nos termos do Decreto Federal do Pregão Eletrônico”.

Percebe-se, portanto, um percentual elevado de conhecimento de instrumentos já previstos no estatuto anterior de contratações e suas regulamentações (v.g., Audiências Públicas e negociação final no pregão eletrônico); e um baixo percentual de conhecimento acerca de instrumentos previstos na Lei nº 14.133/2021, uma vez que oscilam entre módicos 17,8% quanto ao Procedimento de Manifestação de Interesse³⁵⁵ (PMI) e 34,1% para a modalidade Diálogo Competitivo.

Talvez esse baixo conhecimento acerca desses instrumentos decorra do prazo de pouco mais de um ano de vigência da Lei nº 14.133/2021 e do fato de que o estatuto anterior ainda não tenha sido integralmente revogado, estando, boa parte dele, vigente até abril do ano de 2023.

Nessa senda, tem-se observado que os órgãos e entidades ainda vem licitando com base no estatuto anterior e não com base na novel legislação³⁵⁶. Entende-se que parte disso decorre do fato de haver ainda muitos pontos a serem regulamentados à luz da nova norma, que é pródiga ao deixar matérias ao poder regulamentar³⁵⁷.

³⁵⁵ Cabe ressaltar que o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é novidade na norma geral de licitações e contratos administrativos, uma vez que, como já delineado no item 1.1.7 desta Dissertação, a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), já possui previsão, ainda que lacônica, acerca do procedimento de aproximação das empresas públicas e sociedades de economia mista com o particular.

³⁵⁶ URIAS, Rondinelli Roberto da Costa. **Lei nº 14.133/2021, um ano de vigência, muitas dúvidas e pouca prática**. Portal Jus.com.br. Março de 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96891/lei-federal-n-14-133-2021-um-ano-de-vigencia-muitas-duvidas-e-pouca-pratica>. Acesso em 10 Jul 2022.

³⁵⁷ Indicativo disso é o fato de que a lei nº 14.133/2021 faz 45 (quarenta e cinco) remissões à expressão “regulamento”, de modo a atribuir ao ente público o detalhamento da disciplina e dos procedimentos de determinado instituto.

Outro indicador da, até então, baixa utilização da nova legislação de licitações e contratos é o fato de que os muitos órgãos e entidades ainda não estão efetivamente integrados ao Portal Nacional de Contratações Públicas³⁵⁸. Cabe aqui lembrar que os art. 54 e 94 da Lei nº 14.133/2021 apregoam, respectivamente, que “a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)” e que “a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato”.

Assim, tendo em vista que a integração ao PNCP é condição para viabilizar a aplicação integral da Lei nº 14.133/2021, mister que os órgãos e entidades avancem nesse processo de integração de seus sistemas^{359 360}, haja vista que o PNCP não permite alimentação manual de dados. Além disso, muito embora o PNCP esteja formalmente implementado desde 9/8/2021, há funcionalidades que ainda não estão disponíveis aos usuários.

Volvendo-se aos resultados da Figura 4, observa-se ainda o baixo conhecimento acerca da possibilidade de celebração de “Acordos substitutivos às sanções como multas e impedimentos, com fulcro no art. 26 da LINDB”, uma vez que esse instrumento foi apontado como conhecido por apenas 20,2% dos servidores, muito embora a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB para, dentre outros pontos, inserir a possibilidade de celebração de acordos administrativos com os particulares, já possui mais de quatro anos de vigência plena.

³⁵⁸ Amorim, Victor Aguiar Jardim de. **A evolução do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a necessidade de integração dos órgãos públicos**. Portal Observatório da Nova Lei de Licitações. Junho de 2022. Disponível: [³⁵⁹ Cabe ressaltar que a própria área administrativa do Tribunal de Contas da União, até o depósito desta Dissertação, ainda não estava integrada ao PNCP, conforme delineado no Acórdão nº 2.458/2021-Plenário, que determinou esse processo de integração fosse priorizado na corte de contas. Cabe ressaltar que, mesmo após a publicação do Acórdão, não foi divulgada a integração do referido órgão ao Portal.](https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/04/29/a-evolucao-do-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp-e-a-necessidade-de-integracao-dos-orgaos-publicos/#:~:text=Com%20efeito%2C%20em%209%2F8,publicidade%20dos%20instrumentos%20de%20contrato. Acesso em 11 Jul 2022.</p></div><div data-bbox=)

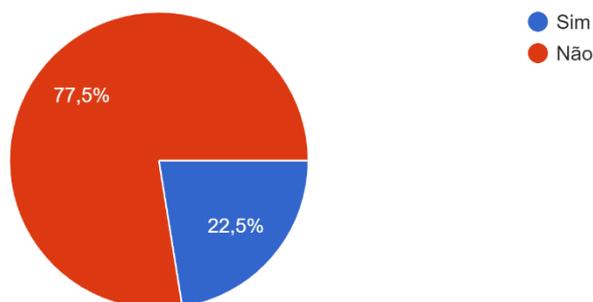
³⁶⁰ Não se advoga aqui pelo condicionamento da aplicabilidade da Lei nº 14.133/2021 à implantação do PNCP. Isso porque a referida lei está vigente desde a publicação, nos termos de seu art. 194. Apenas se assevera que, para o cumprimento pleno dos ditames da nova lei, com todas as funcionalidades e benefícios do PNCP, restam etapas a serem implementadas no bojo do Portal.

Passa-se ao resultado da Questão 5, pergunta dicotômica que buscou medir a utilização prévia dos respondentes aos instrumentos de consensualidade.

Figura 5 – Servidores que já fizeram uso de algum dos instrumentos de consensualidade.

5- Já fez uso de algum instrumento de consensualidade em qualquer etapa das contratações públicas (sejam os citados na introdução, ou algum outro)?

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Verifica-se pela Figura 5 que 77,5% dos servidores jamais fizeram uso de qualquer instrumento de consensualidade, seja os citados na introdução, seja algum outro previsto na legislação. Assim, a inquietação que motivou a feitura da presente pesquisa, qual seja, a de que a consensualidade ainda não se disseminou na prática das contratações públicas, está em consonância com esse recorte realizado junto a servidores dos três órgãos pesquisados. Em outras palavras, tem-se, que, à despeito de uma ampliação dos instrumentos de consensualidade previstos em lei, entende-se que esses mecanismos não se encontram disseminados no cotidiano desses servidores públicos.

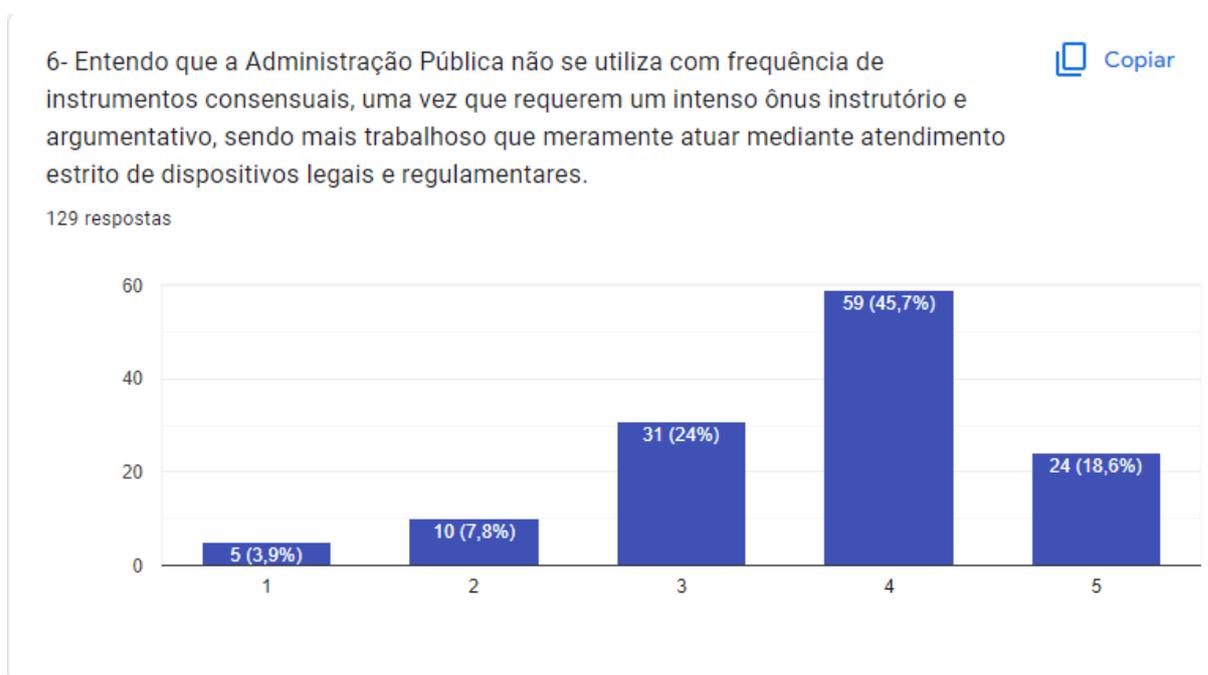
Seguindo na análise dos dados e discussão dos resultados, cabe esclarecer que as perguntas 6 a 27 foram feitas por meio da escala de likert, conforme já delineado no item 3.3 desta Dissertação. Cabe ressaltar que, nesse rol de 21 questões, 16 tiveram resultados com concordância ou discordância superior a 50% (cinquenta por cento) dos respondentes. Optou-se pela adoção do critério de maioria absoluta para consideração de respostas válidas, a fim de que o resultado fosse mais

fidedigno, refletindo as posições com maior percentual de prevalência. Ou seja, posições fracas, apenas por maior simples, foram tidas por neutras³⁶¹.

Nessa linha, cabe ressaltar ainda que 5 questões (n° 10, 13, 17, 21 e 22) tiveram resultados inconclusivos (ou neutros), e serão apresentados ao final do trabalho, no “Apêndice C”, por medida de transparência, desacompanhadas, porém, de qualquer análise, porque delas não advieram frutos.

Passa-se ao resultado e à análise da Questão 6.

Figura 6 – Resultado da questão 6



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Nessa questão, verificou-se que 64,3% dos respondentes se manifestaram concordes, seja totalmente ou parcialmente, com a visão de que a Administração Pública não se utiliza com frequência de instrumentos consensuais, haja vista que essa atuação seria mais trabalhosa e requereria maior ônus instrutório e

³⁶¹ Cumpre ressaltar, como se verá ao final deste item 3.5, que não houve nenhuma resposta que negasse, ainda que por maioria simples, as hipóteses delineadas na introdução e nos Capítulos I e II. Em outras palavras, esclarece-se que, mesmo se consideradas todas as respostas, ainda que por maioria simples, não teríamos observado manifestações dos servidores contrárias entre si ou contrárias as hipóteses delineadas.

argumentativo, se comparado a decisões que apenas se filiem ao atendimento estrito da literalidade de dispositivos legais e regulamentares.

Observa-se que com essa pergunta tem-se o primeiro indício acerca da correlação positiva da hipótese de crise em um dos paradigmas tradicionais do direito administrativo como obstáculo à disseminação da prática da consensualidade, qual seja, o forte apego ao legalismo estrito nas decisões administrativas no campo das contratações públicas, consoante delineado no item 2.1.2 desta Dissertação.

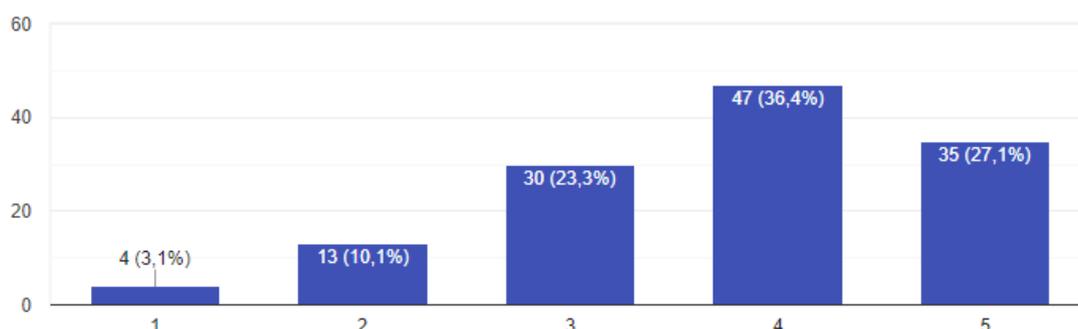
Nota-se ainda que, na questão 6, a indagação se refere a uma razão do porquê os instrumentos consensuais podem ser preteridos em uma decisão administrativa. Na questão 7, todavia, quando se pergunta se os próprios servidores, quando diante de uma situação em que fosse cabível uma atuação consensual, se eles seguiriam por esse rumo, a despeito da exigência de maior ônus instrutório e argumentativo, a resposta foi de 63,5% de concordância, conforme a seguir:

Figura 7 – Resultado da questão 7

7- Caso surja em uma contratação pública específica situação em que é cabível a atuação consensual, me utilizaria de algum instrumento dessa natureza, ainda que esse exija maior ônus instrutório da minha parte e do órgão em que trabalho.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

De uma maneira geral, notou-se esse padrão no presente trabalho, conforme se verá a seguir. Ou seja, observadas as duas últimas questões, quando a referência era a **Administração Pública como um todo**, os respondentes se manifestaram no sentido de que a vinculação à estrita legalidade e a existência de maior ônus instrutório e argumentativo seriam óbices à utilização de instrumentos consensuais. Por outro

lado, quando confrontado acerca da sua **própria atuação individual**, apontaram que não se furtariam a optar pelo caminho mais paritário, ainda que isso representasse um maior esforço de argumentação e motivação. Em outras palavras, as manifestações foram no sentido de uma Administração Pública mais inerte, numa suposta “zona de conforto”; e de uma auto avaliação mais proativa e disposta a seguir por caminhos como o da consensualidade, tido por mais heterodoxo ou menos usual.

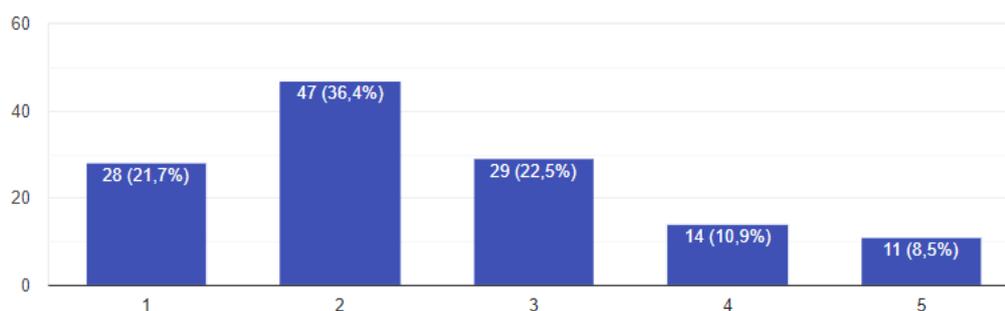
Exatamente essa mesma postura podemos encontrar também nas respostas à questão 20. Isso por que cerca de 58,1% dos servidores negaram que optariam pelo caminho mais fácil da negativa de requerimento, com base na literalidade da lei; se comparado ao deferimento de pleito com base em princípios constitucionais, como o da eficiência. Em outras palavras, quando perguntado, uma vez mais, acerca da sua postura própria, os servidores se colocaram como predispostos a atuar com base no princípio da juridicidade. Veja-se.

Figura 8 – Resultado da Questão 20

20 - Prefiro sugerir o indeferimento de um pleito não previsto expressamente na lei, do que justificar o deferimento com base em princípios constitucionais, como o da eficiência, mesmo que esse último caminho seja aparentemente a melhor solução para Administração.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Verificou-se, portanto, prestígio por parte dos servidores na busca pela efetivação de princípios constitucionais, como o da eficiência, ainda que determinada matéria, objeto da decisão, não estivesse expressamente plasmada em lei. Observou-se, assim, um entendimento no mesmo sentido do que foi plasmado no item 2.1.2 desta Dissertação, nos termos do delineado: (i) por Gustavo Binenbojm, ao tratar do

dever de atinência do agente público ao princípio da juridicidade³⁶²; (ii) por Sandro Lúcio Dezan, ao abordar a operacionalização valorativa do texto constitucional para que os aplicadores do direito possuam papel de coautores concretistas de direitos³⁶³; e (iii) por Paula L. R. Lopes, ao aduzir que a consensualidade administrativa é baseada no princípio da juridicidade e encontra fundamento no princípio democrático e da eficiência³⁶⁴.

Ademais, lembra-se, conforme visto no Capítulo I deste trabalho, analisando os diversos instrumentos de consensualidade presente na Administração Pública, ainda que fora do subsistema de contratações, que a busca pela eficiência guarda íntima conexão com as medidas paritárias e dialógicas, a exemplo dos acordos existentes no direito concorrencial³⁶⁵; e dos contratos firmados no direito urbanístico³⁶⁶.

Além disso, cabe repisar, agora no campo das contratações públicas em geral, a estreita vinculação dos instrumentos consensuais com o princípio da eficiência, como se observa, por exemplo, no bojo das premissas das Parcerias-Público Privadas – PPP's³⁶⁷ e nos objetivos da Lei do Regime Diferenciado de Contratações³⁶⁸.

Já no que diz respeito à nova lei de licitações e contratos administrativos, além de prescrever no seu art. 5º o dever de observância ao princípio da eficiência, a norma dispôs, em seu art. 11, parágrafo único, que a alta administração do órgão ou entidade

³⁶² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

³⁶³ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo: para uma teoria da decisão administrativa**. Porto: Editora Juruá, 2018.

³⁶⁴ LOPES, Paula L. R. Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo. **Revista de Processo**, v. 274/2017, dez. 2017.

³⁶⁵ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78 – 103, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

³⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Prefácio. In: REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. VIII.

³⁶⁷ SILVA, Danilo Tavares. Licitação na Lei nº 11.079/04. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-96.

³⁶⁸ Lei nº 12.462/2011 – Art 1º - (...) § 1º O RDC tem por objetivos: I - **ampliar a eficiência nas contratações públicas** e a competitividade entre os licitantes; II - **promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; (nosso grifo)**

deve, para alcançar os objetivos do processo licitatório, “promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

Além dessas normas específicas em diversos subsistemas que interrelacionam uma postura mais paritária da Administração Pública com a eficiência, repisa-se o advento da Lei nº 13.655/2018, que, conforme sua ementa, incluiu na LIDNB disposições sobre eficiência na criação e na aplicação de todo o direito público. Inegável, portanto, a íntima conexão entre a adoção dos instrumentos de consensualidade e o princípio da eficiência, conforme observou-se dos referidos diplomas legais e das ideias abordadas nos dois capítulos anteriores, a exemplo das defendidas por José Sérgio da Silva Cristovam³⁶⁹ e Roberto Correio da Silva Gomes Caldas³⁷⁰.

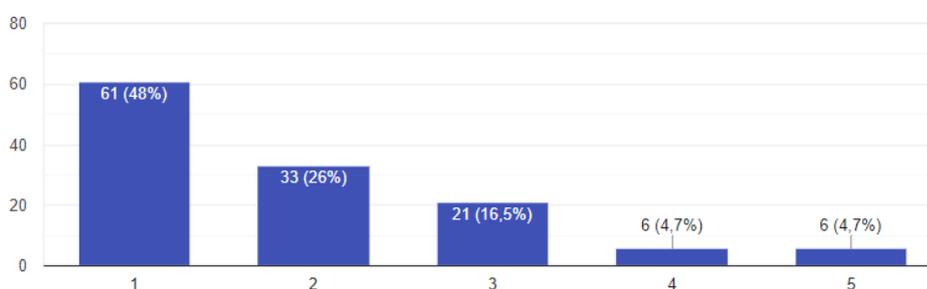
Seguindo-se na análise das respostas da pesquisa, outro resultado que refuta a ideia do agente público como mero cumpridor da lei dos regulamentos e abre caminho para uma atuação atinente ao princípio da juridicidade, em especial no processo de tomada de decisão, verifica-se na questão 26. Observou-se que massivos 74% se manifestaram contrários à uma postura passiva e limitada ao legalismo estrito; e se mostraram abertos a empreender soluções com base na adoção de princípios para balizar a melhor decisão.

Figura 9 – Resultado da Questão 26

26 - Os agentes que decidem acerca de contratações públicas devem ser tão somente cumpridores das leis e dos regulamentos, sem comportar a busca de soluções com base em princípios, por mais correta que pareça ser a decisão.



127 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022).

³⁶⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes.** Curitiba: Juruá, 2015.

³⁷⁰ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **A relação jurídico-administrativa pactual pública: por um paradigma de eficiência e eficácia dos contratos administrativos.** Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016. p.219-230.

A resposta dos servidores na questão 26 está consonante com o defendido no item 2.1.2 desta Dissertação, nos termos da lição de Almiro do Couto e Silva, que pontua que os agentes públicos que atuam como meros aplicadores da lei refletem uma visão anacrônica e ultrapassada na Administração Pública. Isso porque esse agente possui contemporaneamente um dilatado campo para exercer sua função formadora de situações concretas, não se limitando à mera execução de atos³⁷¹.

Segue-se a análise e discussão dos resultados.

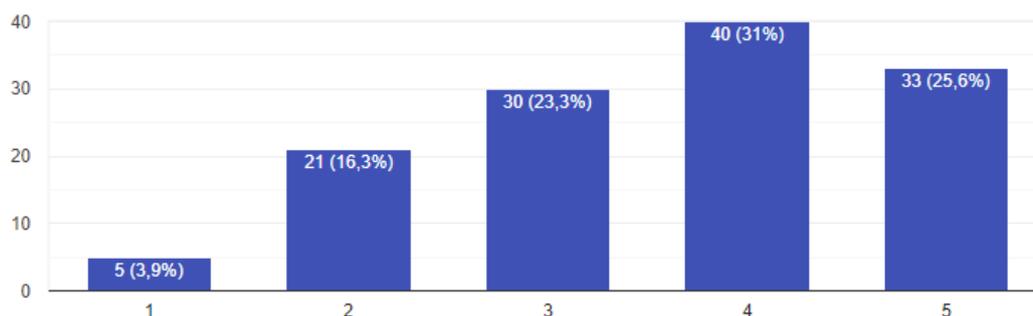
Nas respostas contidas na questão 8, verifica-se indício de consonância com a hipótese abordada nos itens 2.2. e 2.2.1 desta Dissertação, uma vez que 56,6% dos respondentes se manisteram no sentido de que os mecanismos de consensualidade tenderão ter dificuldade de disseminação nas contratações públicas, haja vista que os Órgãos de Controle Interno e Externo teriam propensão a serem mais rigorosos nas análises acerca desse objeto, dada a maior proximidade do particular com o poder público nesses casos. Veja-se:

Figura 10 – Resultado da Questão 8

8- Os instrumentos de consensualidade dificilmente serão disseminados e ampliados nas contratações públicas, tendo em vista que Órgãos de Controle Interno e Externo tendem a ser mais rigorosos em suas análises e apontamentos, pela própria natureza da atuação consensual, na qual há maior aproximação do particular com a Administração.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

³⁷¹ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170/44329>>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

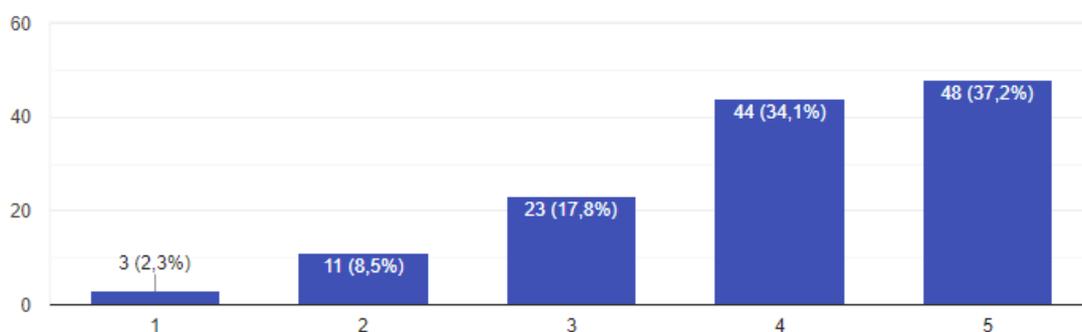
Na mesma linha da indagação anterior, se dá a questão n° 9, em que massivos 71,3% dos respondentes apontaram que entendem haver, em geral, um viés punitivista nos órgãos de controle de contratações públicas no Brasil. Chama atenção ainda que apenas 10,8% discordaram, total ou parcialmente, dessa premissa:

Figura 11 – Resultado da Questão 9

9- Em geral, há um viés punitivista nos órgãos de controle de contratações públicas no Brasil.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

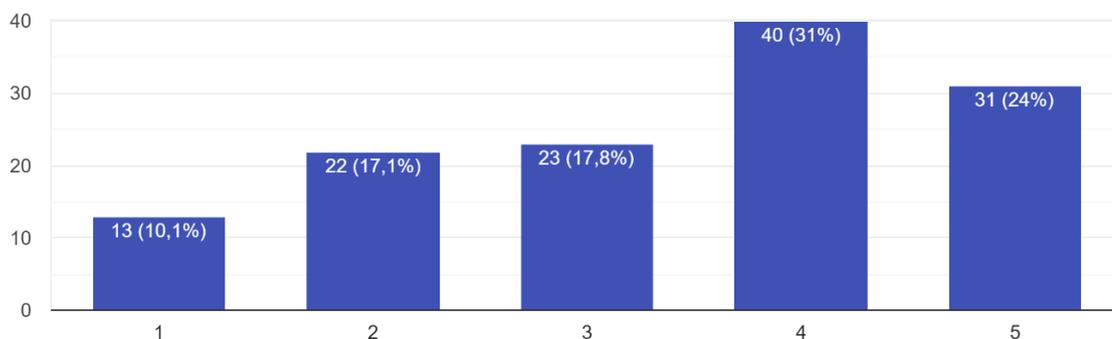
Percebe-se que as respostas da questão 9, em conjunto com as da questão 11, vão no mesmo sentido da hipótese abordada no item 2.2 desta Dissertação, qual seja, a de que os agentes públicos enfrentam receios de sanções em decorrência de posicionamentos de órgãos de controle, que, por vezes, promovem apontamentos lastreados apenas no apego à legalidade estrita.

Isso porque, na questão 11, um total de 55% dos servidores concordaram, total ou parcialmente, com a assertiva de que possuem receio de sugerir formalmente qualquer solução no processo administrativo que não esteja estritamente vinculada ao texto da lei ou dos regulamentos. Senão, veja-se.

Figura 12 - Resultado da Questão 11

11 - Tenho receio de sugerir formalmente nos autos qualquer solução que não esteja vinculada estritamente ao texto da lei ou dos regulamentos.

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Verifica-se, ainda, se tomado o conjunto de respostas relativas às questões 8, 9 e 11, que as manifestações dos servidores estão na mesma direção do que defendido por dois importante referenciais teóricos utilizados para a hipótese contida no item 2.2 desta Dissertação, acerca do receio dos servidores públicos na atuação em contratações públicas, especialmente em situações heterodoxas, tal como é a instrução de instrumentos de consensualidade e de maior interação com os particulares.

O primeiro deles é o autor Fernando Vernalha Guimarães, que, ainda em 2016, já utilizava o termo “Direito Administrativo do Medo” e fazia o alerta em relação a uma crise de ineficiência, em razão de disfunções no controle, que culminaram no paradigma de servidores receosos de saírem da “zona de conforto” e de um forte apego de autoproteção, ao invés de buscar melhores resultados para o órgão ou entidade, ainda que a medida seja inusual, a exemplo da adoção de instrumentos de consensualidade nas contratações públicas. Assim, sob o medo de anomalias no controle, esses agentes se quedam inibidos e acuados, causando evidentes prejuízos às atividades da Administração Pública, ao invés de buscarem caminhos atinentes ao princípio da eficiência³⁷².

³⁷² GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Portal Direito do Estado**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalhaguimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 2 Set. 2021

Outro autor que foi utilizado como referência para a hipótese debatida no item 2.2 desta Dissertação e possui obra no mesmo sentido do que se observa das respostas às questões 8, 9 e 11 é Rodrigo Valgas dos Santos. Seu livro³⁷³ que aborda as disfunções dos órgãos de controle na interpretação e aplicação do Direito, bem como das estratégias, conscientes e inconscientes, dos servidores públicos na fuga de responsabilização.

Uma das mais conhecidas estratégias de fuga de responsabilização é a da inação ou de imobilismo decisório, em que fica evidente uma paralisia administrativa quando a Administração Pública tende a adiar ou negar decisões, usualmente quando há envolvimento de maior grau de responsabilização. Ao deliberar sobre assunto de elevado grau de risco, o agente público tende a dizer não.

O referido autor pontua que esse imobilismo na tomada de decisão possui forte ligação com o viés retrospectivo com que são analisados os atos pelos órgãos controladores. Isso porque, diante de riscos inerentes ao processo de decisão, o agente público tem inclinação para tomar decisões meramente burocráticas, se preservando de possíveis responsabilizações. Exemplo típico disso é a celebração de termos aditivos em contratos administrativos, haja vista há quase que uma presunção prévia de que em processos de licitações e contratos possam trazer consigo irregularidades, conforme chama a atenção Joel de Menezes Niebuhr³⁷⁴, ao criticar as dificuldades burocráticas e os riscos aos agentes públicos nas contratações públicas, em que são alocadas grandes quantias de verbas públicas, por meio de um enorme volume de processos administrativos, o que só vem a reforçar a importância do tema deste trabalho.

Volvendo-se à apresentação e discussão das respostas, passa-se à análise conjunta das questões 12 e 16, por guardarem similaridade de conteúdo.

³⁷³ DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

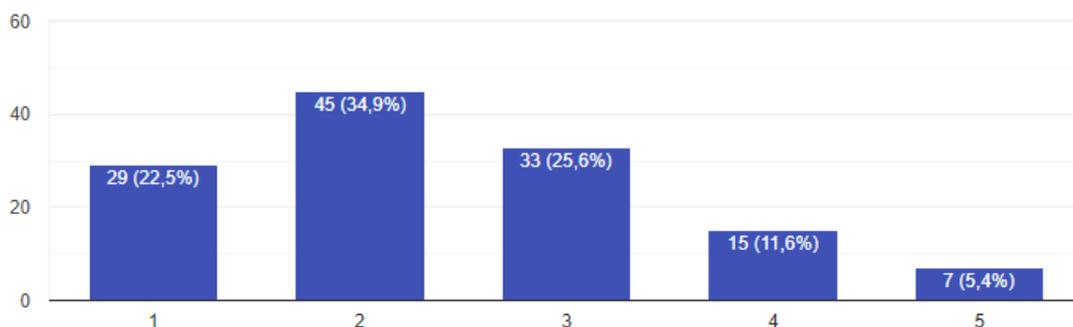
³⁷⁴ NIEHBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 893-901.

Figura 13- Resultado da Questão 12

12- Vejo com bom olhos a não-disseminação da consensualidade nas contratações públicas, uma vez que o uso desses instrumentos podem facilmente resultar em arbítrio, negociatas, ou procedimentos que confirmam aparência de legalidade à corrupção.



129 respostas



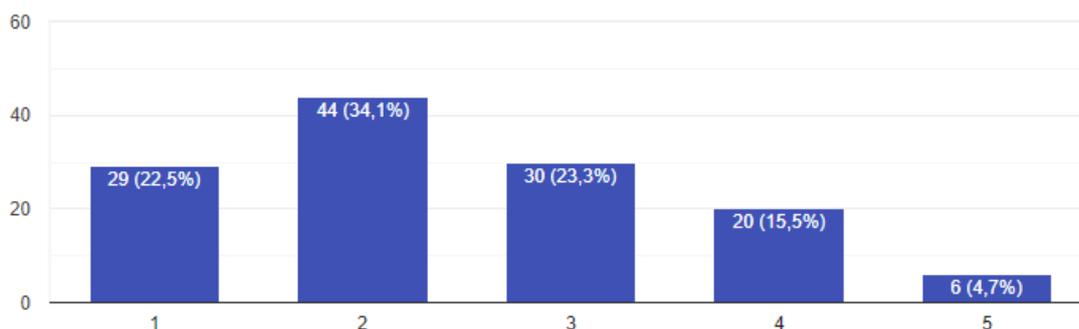
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Figura 14 – Resultado da Questão 16

16- O uso de instrumentos de consensualidade implicam uma aproximação perigosa com os particulares.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Na questão 12, um total de 57,4% dos respondentes negaram que a adoção de instrumentos de consensualidade em contratações públicas possa resultar em facilidades para a prática de irregularidades entre particulares e agentes públicos, a exemplo da corrupção.

Na questão 16, na mesma linha, em percentual muito aproximado, 56,6% dos respondentes negaram a assertiva de que o uso de instrumentos de consensualidade implicam uma aproximação perigosa com os particulares. Percebe-se que em ambos os casos negou-se a ideia de que um estreitamento de laços do Poder Público com os administrados e interessados, *per si*, enseje maiores possibilidades de práticas ilícitas.

Neste ponto, cabe ressaltar a coerência interna das respostas³⁷⁵. Isso porque o questionário foi elaborado com certos grupos de perguntas com alto grau de similaridade de ideias, para apurar se de fato os respondentes pensam a respeito de uma questão no mesmo sentido, ou, se, eventualmente, poderiam, de certa forma, se contradizerem. Nessa senda, verifica-se que as repostas às questões 12 e 16 apontaram correlação de sentido e grande similitude percentual.

Retorna-se à análise dos dados e discussão das repostas.

Na questão 14, grande parte de os respondentes se manifestaram no sentido da hipótese contida no item 2.1 desta Dissertação, em que foi defendido que os paradigmas tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro poderiam ser obstáculos à disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas.

Massivos 73,6% dos respondentes se manifestaram concordes, total ou parcialmente, de que o regime jurídico em que as contratações públicas estão inseridas, permeado pela presença da unilateralidade das decisões e por grande predileção ao legalismo estrito, contribui para a não disseminação da consensualidade nesse subsistema. Confira-se.

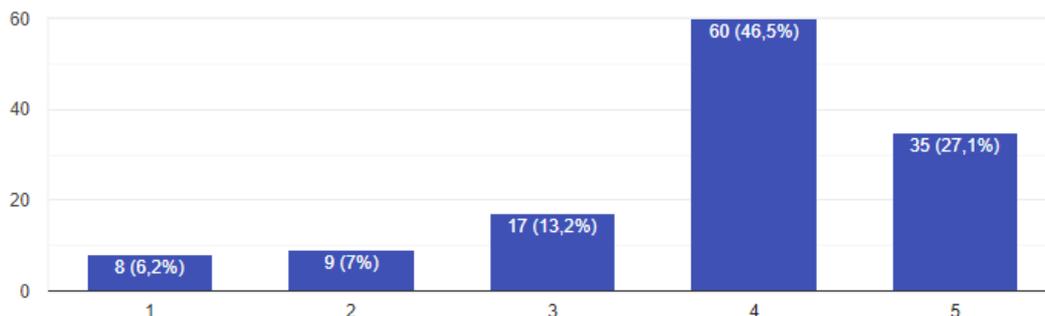
³⁷⁵ A mencionada coerência interna, fundamental para a higidez nos resultados, também é chamada de “validação interna”, “fidedignidade”, “precisão” ou “reability”.

Figura 15 – Resultado da Questão 14

14- O fato de as contratações públicas estarem inseridas em um regime jurídico de direito público, permeado pela unilateralidade das decisões administrativas e por um forte apego ao legalismo estrito, por si só constituem barreira à disseminação da consensualidade no Brasil.



129 respostas



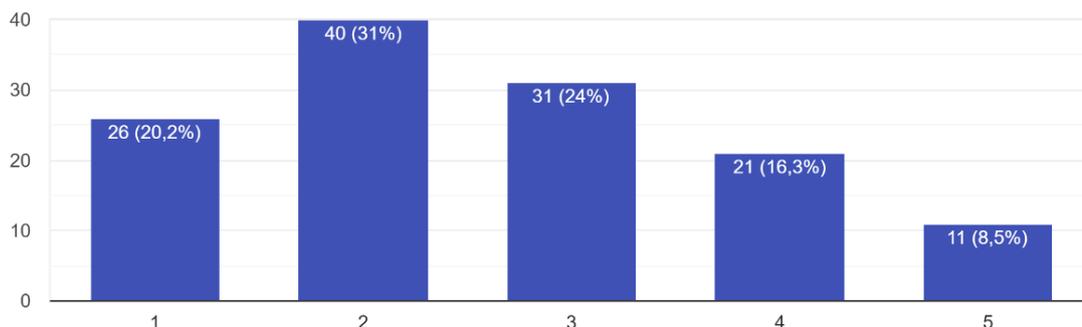
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022).

Por outro lado, por mais que os respondentes enxerguem essa cultura intrínseca como barreira à disseminação da consensualidade, 51,2% negam que esse regime jurídico seja incompatível com uma atuação paritária e dialógica da Administração Pública, conforme resultado da Questão 15, a seguir:

Figura 16 – Resultado da Questão 15

15 - Entendo que o regime jurídico administrativo em que as contratações públicas estão inseridas é incompatível com uma atuação consensual, dialógica e paritária da Administração Pública.

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

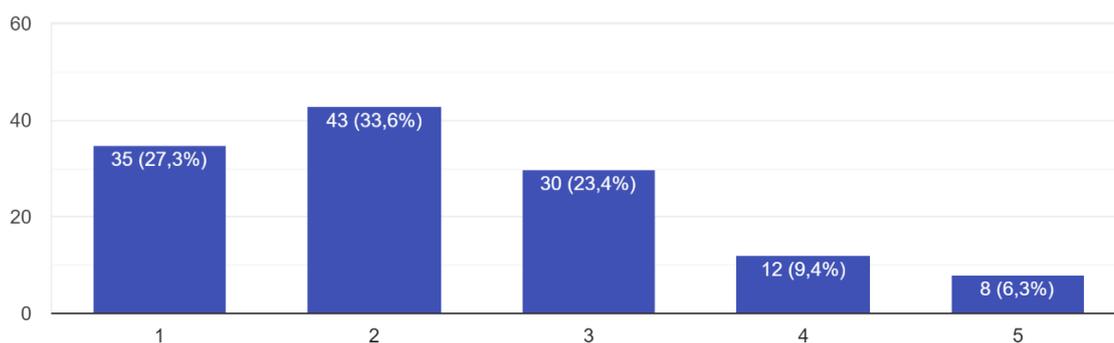
Em outras palavras, os servidores que lidam com contratações percebem o atual estado de coisas, a exemplo do apego ao legalismo estrito e a visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*, como uma dificuldade para disseminação da consensualidade. Todavia, mesmo com esse obstáculo natural, entendem possível a atuação dialógica e paritária nas contratações públicas.

Tanto é assim que na questão 18 um total de 60,9% dos servidores que lidam com contratações apontaram que a maior incidência de decisões unilaterais pela Administração não implica mitigação de chance de fraudes e crimes nas contratações públicas. Confira-se.

Figura 17 – Resultado da Questão 18

18 - Quanto maior a incidência de decisões unilaterais pela Administração, menor a chance de fraudes e crimes nas contratações públicas.

128 respostas



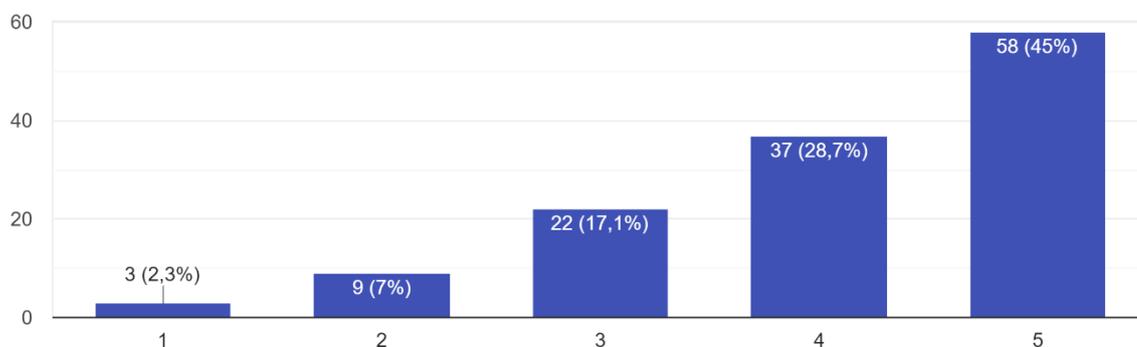
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Trata-se do mesmo sentido das respostas à questão 19, em que massivos 73,7% dos respondentes concordaram, total ou parcialmente, que o apego ao legalismo estrito e excesso de exigências formais nos procedimentos não foram capazes de mitigar a ocorrência de fraudes e crimes nas contratações públicas. Senão, Veja-se.

Figura 18 – Resultado da Questão 19

19- O excesso de exigências formais e o apego ao legalismo estrito não foi capaz, até então, de mitigar a ocorrência de fraudes e crimes nas contratações públicas.

129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Percebe-se que as respostas dos servidores às questões 18 e 19 estão em consonância com o apontado no item 1.2.2.1 desta Dissertação, mais especificamente na crítica de Marçal Justen Filho ao excesso de exigências formais nos procedimentos; ao forte uso do regime de prerrogativas nas contratações públicas; e à necessidade de ampliação da concepção democrática nessa seara, pela ampliação do tratamento mais igualitário entre Administração Pública e Particular. Assevera ainda o autor que o modelo de permanente supremacia do Estado em face do particular, ao invés de mitigação da corrupção, gerou anomalias, *in verbis*:

(...) E o direito administrativo brasileiro é repleto dessas previsões. Isso tem a ver com as condições anômalas da execução do contrato. É o chamado regime das prerrogativas extraordinárias, que contemplam poderes unilaterais para o agente realizar uma escolha. Em tese, tal escolha deve ser norteadada pelo Bem Comum. Na prática, é uma situação de poder que pode ser utilizada para a corrupção³⁷⁶.

³⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

No mesmo texto, arremata acerca da importância da necessidade de ampliação da concepção democrática nas contratações públicas brasileiras:

Nunca será possível eliminar a corrupção de modo absoluto. Porque não é possível eliminar a ilicitude. Mas é necessário reduzir as oportunidades para a sua prática. No direito administrativo brasileiro, isso significa a redução radical das prerrogativas extraordinárias reservadas ao poder público. **É indispensável um tratamento mais igualitário entre Administração Pública e particular** – não porque os interesses privados sejam superiores aos interesses públicos. Mas porque a ausência de isonomia dá oportunidade a desvios insuportáveis, em virtude da confusão entre o interesse público propriamente dito e os interesses privados reprováveis. É indispensável a adoção de mecanismos próprios da iniciativa privada. Não significa que o mercado privado seja perfeito, nem que os particulares tenham intentos filantrópicos. O ponto fundamental é o diálogo concorrencial, em que a Administração recorra à própria competição para obter propostas mais vantajosas – ainda que não tenham o menor valor.

(...)

Todas essas propostas são orientadas, em última análise, a ampliar a concepção democrática do Estado brasileiro. O respeito aos interesses dos particulares é uma exigência inerente à democracia³⁷⁷. (Nosso grifo)

Volve-se à análise e discussão dos resultados.

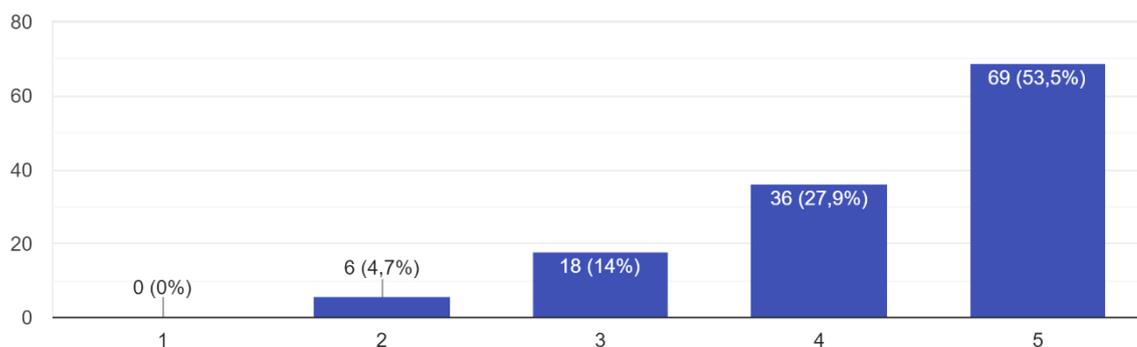
Na questão 23, observou-se o maior percentual de concordância do trabalho. Um total de 81,4% se manifestaram favoráveis, total ou parcialmente, à assertiva de que as leis devem criar novos instrumentos de consensualidade ou fortalecer os meios já existentes. Verificou-se ainda que essa foi a única questão de todo o trabalho que não teve discordância total de nenhum participante. Confira-se.

³⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

Figura 19 – Resultado da Questão 23

23 - Entendo que as leis que dispõem sobre contratações públicas deveriam criar novos instrumentos de consensualidade; ou mesmo fortalecer os já existentes.

129 respostas



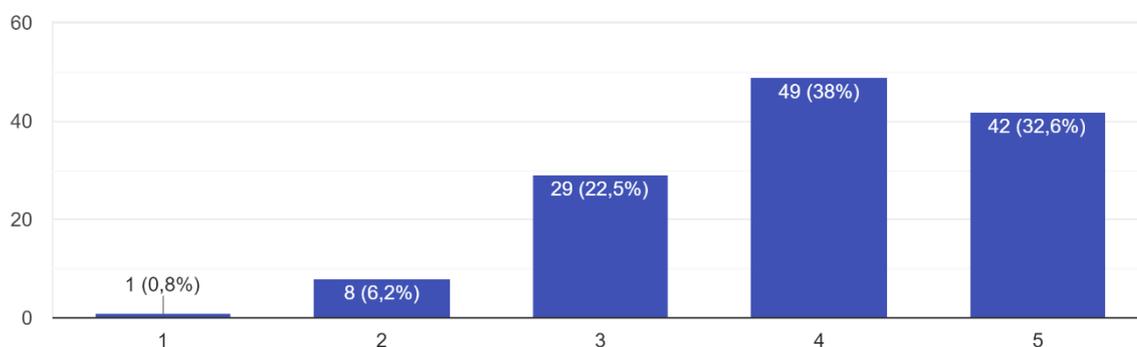
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Já as questões 24 e 25 apontam que os servidores reconhecem que uma postura consensual e paritária tende a gerar decisões com maior legitimidade e tem o condão de produzir número menor de contendas administrativas e judiciais. Na questão 24, observa-se que 70,6% concordam, total ou parcialmente, que a atuação consensual tende a gerar decisões com maior legitimidade. Veja-se.

Figura 20 – Resultado da Questão 24

24 - Entendo que uma postura mais consensual e paritária da Administração tende a gerar decisões administrativas com maior legitimidade.

129 respostas



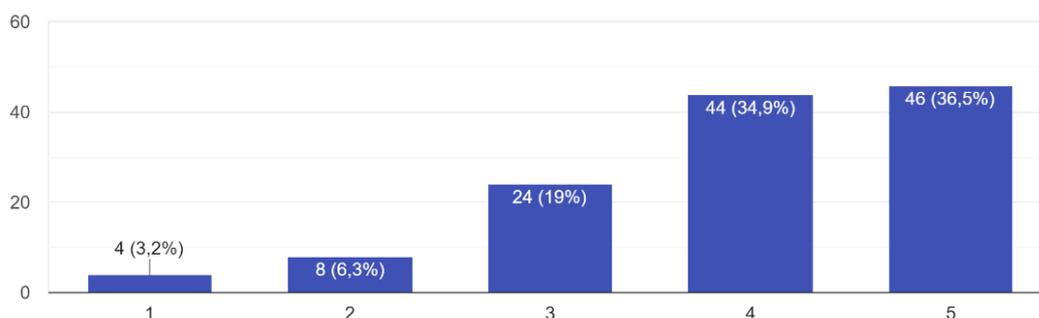
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Na questão 25, verifica-se que 71,4% concordam, total ou parcialmente, que as decisões com traços de paridade e consensualidade tendem a produzir menos litígios administrativos e judiciais:

Figura 21 – Resultado da Questão 25

25 - Em processos de contratações públicas, uma decisão com traços de consensualidade e paridade com o particular tende a gerar menos litígios administrativos e judicializações.

126 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Nota-se que o resultado das respostas às questões 24 e 25 estão em consonância com o contido nos itens 1.2.1 e 1.2.2 desta Dissertação, em que foi aduzido que a utilização dos instrumentos de consensualidade possuem grande potencial de mitigação de litígios e de incremento de decisões com maior grau de estabilidade, o que fica evidente em instrumentos já consagrados, como no caso das consultas públicas³⁷⁸, previstas na lei n° 13.655/2018 e na lei n° 14.133/2021.

Além disso, entende-se que há, também, pela própria natureza dos institutos, grande potencial de obtenção de decisões administrativas com maior grau de legitimidade, por meio da adoção de instrumentos de consensualidade mais recentes no ordenamento, a exemplo: dos acordos substitutivos a serem firmados por meio do art. 26 da LINDB; dos meios alternativos de resolução de controvérsias previstos nos arts. 151 e seguintes da Lei n° 14.133/2021; bem como em razão do mecanismo de

³⁷⁸ GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

alocação prévia de riscos entre administração e particular, contido nos arts. 22 e 103 também da nova lei de licitações e contratos.

Cabe ressaltar ainda que as respostas dos servidores quanto à importância da **eficiência** na atuação das contratações públicas, vista em questões anteriores, bem como ao benefício da **legitimidade** nas decisões, observada questão n° 24, também estão conforme com a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto delineada na parte teórica e conforme a seguir:

As **consensualidades** tornaram-se decisivas para as **democracias contemporâneas**, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (**eficiência**); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (**legitimidade**); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) ³⁷⁹ **(nosso grifo)**

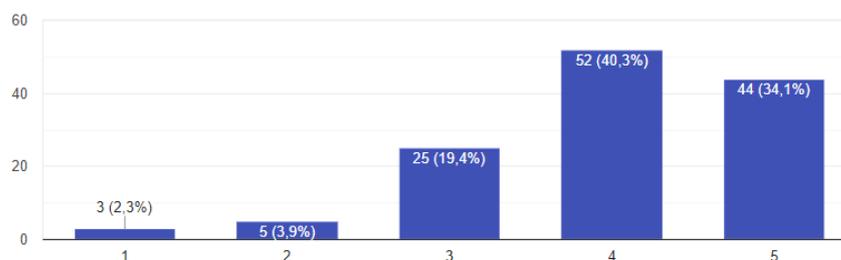
Passa-se, por fim, à derradeira questão da pesquisa empírica, a de n° 27, em que se observou outra manifestação dos servidores favorável à ampliação das práticas de consensualidade nas contratações públicas. Verificou-se que 74,4% das respostas foram concordes, total ou parcialmente, que, com a maior utilização de mecanismos dessa natureza, os acordos realizados entre gestores e particulares passariam a ser realizados de maneira formal, no bojo de processos administrativos, sendo, assim, passíveis de exame pelos órgãos competentes.

Figura 22 – Resultado da Questão 27

27 - Com a ampliação dos instrumentos de consensualidade, os acordos informalmente realizados por gestores e empresas contratadas passariam a ser realizados formalmente no bojo de processos administrativos, sendo, portanto, mais sindicáveis.



129 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

³⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Chama-se a atenção que apenas 6,2% dos servidores que lidam com contratações públicas nos órgãos em tela discordaram da assertiva de que, com o maior uso de mecanismos de consensualidade, acordos e ajustes que são realizados informalmente entre agentes públicos e particulares passariam a ser feitos à luz uma instrução formal, por meio de processos administrativos.

A necessidade de que esses instrumentos de consensualidade sigam todos os trâmites internos de uma devida instrução processual, mediante proposta formal de ajuste pela contratada; a devida oitiva do órgão jurídico; a manifestação das unidades técnicas e gestoras; e a publicação oficial do compromisso administrativo é condição básica para que a consensualidade seja sindicável pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. Exemplo dessas condições mínimas a serem cumpridas antes da celebração de ajustes dessa natureza encontra-se no art. 26 da LINDB e, em especial, no art. 10 do Decreto Federal nº 9.830/2019, ato normativo que regulamentou os arts. 20 a 30 da referida norma de sobredireito.

Entende-se que não se pode negar a necessidade de celebração de ajustes entre Administração e particular, sobretudo em contratos de longa duração, que possuem maior incompletude, e acabam por apresentar lacunas, dado a maior possibilidade de mudanças em um cenário de duração estendida. Trazer os ajustes pactuados entre Poder Público e particulares para a formalidade é consectário lógico do dever de obediência que tem a Administração Pública quanto à transparência, e à publicidade.

Acerca dos resultados encontrados, pode-se dizer houve grande grau de vinculação entre o as hipóteses delineadas nos capítulos teóricos e as respostas dos servidores públicos dos três órgãos que atuam nas diversas fases das contratações públicas. Isso porque, nas respostas às questões 3 a 5, por exemplo, observou-se que de fato a atuação consensual não está disseminada na prática das contratações públicas, em especial se tomado por base o baixo percentual de servidores que já fizeram uso de instrumentos de consensualidade. A esse respeito, chama-se ainda mais atenção o fato de que a pesquisa teve um público-alvo notadamente capacitado e com alto grau de maturidade de gestão e governança, conforme delineado no item 3.2. desta Dissertação³⁸⁰.

³⁸⁰ Nos termos do Relatório de Governança e Gestão Públicas 2021, decorrente Acórdão TCU/Plenário nº 2164/2021, que atualizou o levantamento feito por meio do Acórdão TCU/Plenário nº 588/2018.

Além disso, cumpre esclarecer que o principal ponto que reafirma as hipóteses do trabalho é que das 21 perguntas feitas acerca do conteúdo do assunto, diretamente relacionadas com os objetivos da pesquisa, não foi verificada nenhuma resposta contrária ao vetor das hipóteses descritas. Na mesma linha, tivemos, além das 5 respostas inconclusivas, um total de 16 manifestações no sentido de reforçar as hipóteses delineadas. Ademais, não foi encontrada nenhuma incoerência interna na participação dos servidores nas respostas ao questionário, o que aponta a higidez dos resultados.

Por fim, ressalte-se que das cinco perguntas que não mostraram resultados conclusivos, por terem tido resultado neutro, nota-se maior prejuízo à pesquisa quanto às questões 21 e 22, que buscavam o reconhecimento por parte dos servidores que lidam com contratações de que há efetivamente acordos verbais e informais pactuados entre agentes públicos e as contratadas. Muito embora numericamente a maioria dos servidores tenham se manifestado pela existência dessas avenças informais nos órgãos em que atuam, esse percentual de concordância chegou a, respectivamente, 45% e a 48,4% dos respondentes, em valor inferior à baliza metodológica de 50% de concordância. Em outras palavras, a existência dos acordos informais nos órgãos não foi negada, apenas confirmada com menor intensidade.

Apresentados os dados obtidos na pesquisa empírica e discutidos os resultados, passa-se às conclusões desta Dissertação.

CONCLUSÕES

Após a pesquisa aqui desenvolvida, foi possível realizar uma ampla análise com o objetivo de identificar as possíveis razões pelas quais a consensualidade ainda não se disseminou na prática das contratações públicas, a fim de que esses obstáculos possam ser removidos, com o fito de ampliar o escopo de decisão do agente público, por meio da busca de soluções paritárias e pautadas no princípio da eficiência e na juridicidade.

Em um primeiro momento, tratou-se dos limites e possibilidades da consensualidade na Administração Pública em geral e, especialmente, no subsistema de contratações públicas, em que foram abordados os novos instrumentos de consensualidade disciplinados pelo legislador, além de medidas que mitigam a atuação do poder extroverso e unilateral nessa seara.

Nesse ponto, deu-se relevo ao advento da norma geral autorizadora contida no art. 26 da LINDB, que fortalece o uso dos acordos substitutivos em procedimentos sancionatórios; bem como aos novos e renovados mecanismos da Lei nº 14.133/2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos, tais como: a modalidade de licitação Diálogos Competitivos; o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); as audiências e consultas públicas; a alocação de riscos; e os métodos alternativos de resolução de controvérsias. Observou-se, nesse capítulo, a forte vinculação de diversos instrumentos de consensualidade com a atinência ao princípio da eficiência, seja por expressa disposição de lei ou por construções da doutrina especializada.

Após, foram discutidos argumentos teóricos que justificaram a não-disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. Verificou-se que as vicissitudes em dois paradigmas tradicionais do Direito Administrativo Brasileiro têm o condão de servirem de obstáculos à prática da consensualidade, quais sejam: (i) a prevalência da visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*; e (ii) a necessidade de superação do legalismo estrito, com consequente vinculação do decisor ao princípio da juridicidade, mediante ação interpretativa autônoma e proativa, a fim de permitir a busca de soluções pautadas na eficiência das contratações públicas.

Observou-se, ainda na parte teórica, o receio por parte de agentes públicos que lidam com contratações em face de questionamentos ou sanções dos órgãos de controle como barreira à disseminação da prática da consensualidade, em razão de uma maior proximidade da Administração com o particular na instrução de mecanismos dessa natureza; e em tendo em vista disfunções punitivistas nos órgãos de controle interno e externo.

Passada a discussão teórica das hipóteses nos Capítulos I e II, feita com base em pesquisa bibliográfica e documental, verificou-se, por meio de pesquisa empírica, resultante de aplicação de questionários estruturados, as razões que impedem a disseminação da prática da consensualidade no âmbito das contratações públicas. Observou-se, conforme esmiuçado no item 3.5 deste trabalho, que as respostas dos servidores públicos que lidam com contratações nos órgãos citados tiveram grande correlação positiva com as hipóteses delineadas.

Assim, tendo por base as diversas respostas obtidas e analisado o recorte havido junto a servidores que lidam com contratações no Senado Federal, na Câmara dos Deputados e no Tribunal de Contas da União, houve alinhamento de percepção acerca das barreiras à disseminação da prática da consensualidade nas contratações públicas, em razão: (i) da prevalência da visão atávica da supremacia do interesse público *a priori*; (ii) da cultura de apego ao legalismo estrito; e (iii) do receio de questionamentos ou sanções de órgãos de controle na adoção de instrumentos consensuais, dada a sua natureza de maior aproximação com o particular, bem como a existência de disfunções dos órgãos de controle.

Verificou-se, ainda, muito embora tenha havido no decorrer dos anos uma ampliação dos instrumentos de consensualidade postos à disposição pelo legislador ao administrador público em geral, e, em especial, àqueles que lidam com contratações públicas, que essa prática de consensualidade não se encontra disseminada no cotidiano desses servidores públicos, em especial pelas respostas às questões 3 a 5, as quais foram feitas por um público-alvo notadamente capacitado e especializado no assunto.

Ressalte-se que a presente pesquisa possui a limitação de não poder fazer inferências sobre toda uma população de servidores, haja vista a ausência do requisito da aleatoriedade, conforme delineado no item 3.4 do trabalho. Em outras palavras, as

manifestações dos servidores que lidam com contratações nos três órgãos citados, serviram para reforçar as hipóteses descritas nos Capítulos I e II, observada a premissa estatística da “taxa de resposta”, ou seja, atinente a esse grupo específico, e não em relação ao conceito de “população”.

Ao propor-se o avanço da prática da consensualidade nas contratações públicas com o fito de perseguir o comando constitucional e legal da eficiência, não se pretendeu advogar no sentido de que toda e qualquer medida de consensualidade é eficiente ou mesmo que ela deva ser aplicada à toda carga em qualquer procedimento de contratação pública.

Sabe-se que essas medidas são cabíveis em situações específicas e desde que observados contornos mínimos legais e regulamentares. Ou seja, se esses ajustes fossem admissíveis em qualquer hipótese, e se a Administração pudesse fazer todas as concessões que julgasse pertinente, estaríamos desconsiderando quase que na totalidade o regime jurídico de direito público e a própria observância ao princípio da legalidade³⁸¹.

Cabe ressaltar que, qualquer medida administrativa, seja ela unilateral ou consensual, pode ser tida por eficiente ou ineficiente, a depender das particularidades do caso concreto. Nessa senda, foi mencionado no item 1.2.1 deste trabalho, por exemplo, que a consulta pública é um procedimento mais apropriado a questões que envolvam maior número de interessados; sensibilidade social ou política; além de casos de difícil mapeamento dos interesses³⁸². Assim, tendo em vista a exigência de tempo e recursos envolvidos na aplicação desse instrumento de consensualidade, sua adoção indiscriminada para casos menores e sem relevância especial importaria, na verdade, no próprio descumprimento dos princípios da eficiência³⁸³. Desse modo, entende-se que a pertinência do uso dos instrumentos de consensualidade deve ser

³⁸¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

³⁸² GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

³⁸³ SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

aferida pelo administrador público, observadas as balizas insertas na LINDB por meio da Lei nº 13.655/2018, sendo devidamente motivada em processo administrativo, e não mantida à margem da formalidade.

Vale esclarecer que o trabalho também não teve o condão de demonizar o regime jurídico administrativo ou mesmo o uso das cláusulas exorbitantes. Inegável compreender que eles cumprem o seu papel em situações específicas; e que boa parte dos atos do procedimentos licitatórios e de contratação em geral são vinculados e engessados. Assim, por natureza, como dito, compreende-se os espaços delimitados para a atuação consensual e dialógica.

Todavia, tendo em vista as recentes alterações legislativas, a exemplo do art. 26 da LINDB, que previu o marco genérico de consensualidade, para celebração de compromissos administrativos, e da ampliação dos mecanismos de paridade previstos na Lei nº 14.133/2021, tem-se que o agente público possui, após essas normas, maior ferramental e segurança jurídica para celebração de acordos administrativos; bem como para mitigar o intenso uso de decisões unilaterais e baseadas no poder extroverso³⁸⁴.

Esse contexto se tornará ainda mais favorável à adoção de práticas de consensualidade em razão da grande majoração na duração dos prazos dos contratos administrativos previstos na nova lei de licitações e contratos³⁸⁵. Isso porque, se no estatuto anterior tínhamos o comando de que os contratos teriam vigência adstrita à vigência dos créditos orçamentários, na Lei nº 14.133/2021 temos uma ampla gama de prazos alongados, com vigências que podem chegar a 35 (trinta e cinco) anos.

Entende-se ainda que as recentes alterações legislativas permitindo novos instrumentos de consensualidade e o aumento da duração dos prazos dos contratos devem ser acompanhados de uma mudança de mentalidade no subsistema de

³⁸⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021.

³⁸⁵ A exemplo do que já se observa nos contratos de longa duração havidos na Lei nº 11.079/2014 (Lei das PPP's), conforme ressaltado por Vivian Cristina Lima López Valle, na obra "Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa", fruto da tese de Doutorado em Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, no ano de 2017.

contratações públicas, no intuito de se remover a cultura de beligerância e desconfiança e o pensamento de que o contratante é um oponente, e não um parceiro em potencial. Assim, defende-se que o subsistema de contratações públicas empreenda essa virada paradigmática³⁸⁶, no caminho de um modelo mais paritário e dialógico, como se observa em outras áreas em que a consensualidade é mais intensamente utilizada, a exemplo do direito concorrencial³⁸⁷³⁸⁸. Desse modo, apregoa-se uma mitigação dos instrumentos unilaterais e do poder extroverso, por meio de um tratamento mais igualitário entre Administração e particular, o que, em última análise, é uma exigência do princípio democrático³⁸⁹.

Para finalizar este trabalho, tem-se como sugestão para o avançar do estudo no assunto, a realização de uma pesquisa que contemple a análise e o confronto de possível distinção entre as respostas dos servidores que lidam na execução da contratação e dos servidores que atuam na etapa do controle, acerca das críticas ao apego ao legalismo estrito; à supremacia do interesse público à priori sobre o particular; e sobre o receio dos servidores na adoção de instrumentos de consensualidade. A depender desses resultados, pode-se reforçar as conclusões aqui tomadas ou infirmá-las.

³⁸⁶ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

³⁸⁷ MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 102, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrncia/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

³⁸⁸ Thiago Marrara defende inclusive na mesma obra da referência anterior que a experiência consensual do direito concorrencial seja expandida de modo a transformar esses acordos em ferramentas gerais do direito administrativo, mediante aplicação a todos os níveis e setores da administração pública.

³⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. A evolução do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e a necessidade de integração dos órgãos públicos. **Portal Observatório da Nova Lei de Licitações**. Junho de 2022. Disponível: <https://www.novaeilicitacao.com.br/2022/04/29/a-evolucao-do-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp-e-a-necessidade-de-integracao-dos-orgaos-publicos/#:~:text=Com%20efeito%2C%20em%209%2F8,publicidade%20dos%20instrumentos%20de%20contrato> . Acesso em 11 Jul 2022.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001, p. 28. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437>. Acesso em: 28 mar 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Revolução Tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **REI – Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>>. Acesso em: 4 set. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 147-167, 1 abr. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43622>. Acesso em: 26 Jul 2021.

_____. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Portal Jota, abril de 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

BARRA, Rodolfo Carlos; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Administración pública consensual: una análisis entre el modelo burocrático y responsable (“gerencial”). **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 114. p 473-496, jan/jun. 2017. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/arti-cle/view/469>. Acesso em: 1 Mar 2020.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. **L'administration en Chantiers**. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger, Paris, No. 2, 1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 729/2020 – Plenário. Relator: Min. Aroldo Cedraz, p. 12. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A729%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIA DO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 29 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n° 1737/2021 – Plenário. Relator: Ministro Substituto Weder de Oliveira. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1737%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520 Acesso em 18 Ago. 2021.

BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. **Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura**. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-maio 2017. p. 88. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucao_deconflitos_0.pdf. Acesso em 31 Ago. 2021.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. **A relação jurídico-administrativa pactual pública: por um paradigma de eficiência e eficácia dos contratos administrativos**. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016 p.219-230.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CASSESE, Sabino. **La arena publica: nuevos paradigmas para el Estado**. In: _____. La crisis del Estado. Buenos Aires: Albeledo Perrot, 2003.

CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015

CYRINO, André R. **Direito Constitucional Regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. São Paulo: Renovar, 2010.

DANTAS, Bruno. **Incompetência não pode ser tratada como improbidade**. Consultor Jurídico. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu?imprimir=1>. Acesso em: 10 Set. 2021

DEVIDES, José Eduardo Costa; DIAS, Jefferson Aparecido; FERRER, Walkiria Martinez Heinrich. O desafio do projeto da nova lei de licitações com vistas à democracia participativa: o diálogo competitivo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 1, p. 128-143, mar. 2021 Disponível em: <https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/43007/29341>. Acesso em 20 Ago. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo**: para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Editora Juruá, 2018.

_____. O que é Neojusnaturalismo? Um olhar pela óptica da administração pública contemporânea. **Rev. direitos fundam. democ.**, v. 25, n. 1 p. 81-109, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1615>. Acesso em: 4 Ago. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A ilusória amorfia do processo administrativo sancionador: o princípio da instrumentalidade das formas vs. as finalidades do processo, sob o amparo da ética, da moral e da complexidade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50 p. 208-232 jan./jun., 2017. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/690>. Acesso em: 5 ago. 2021.

_____. **Processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DEZAN, Sandro Lúcio; LOPES, Alexandre dos Santos. Elementos para uma teoria da fundamentação da decisão administrativa: uma abordagem à luz da hermenêutica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 211-233, jan./mar. 2021.

DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomas R. **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I. 10ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000,

_____. **Curso de derecho administrativo**. (Tomo II, 13 ed.). Madrid: Civitas, 2013.

FERRAZ, Luciano. **Novo estatuto das empresas estatais e bilateralidade nos contratos**. Consultor Jurídico, Set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016->

[set-15/interesse-publico-estatuto-empresas-estatais-bilateralidade-contratos](#). Acesso em: 10 Ago. 2021.

_____. **Controle e Consensualidade:** Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração Consensual: a audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, ago/set/out, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/participacao/images/REDAE-11-AGOSTO-2007-LUCIA20VALLE.pdf>. Acesso em 8 ago 2021.

FORTINI, Cristiana. **Dispute Boards:** na nova Lei de Licitações e em leis municipais. Consultor Jurídico, junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interessepublico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em: 31 Ago. 2021.

FREITAS, Alexandre Mattos. As barreiras à disseminação da consensualidade nas contratações públicas no Brasil. In DEZAN, Sandro Lúcio; e CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli (org.). **Hermenêutica do Direito Administrativo e Serviços Públicos:** ordem jurídica e serviços públicos. Volume 1 – Curitiba: CRV, 2020, p. 209-227.

_____. Ampliação da concepção democrática nos processos administrativos de licitação: a modalidade Diálogo Competitivo e a sistematização do Procedimento de Manifestação de Interesse. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; e GUEDES, Jefferson Carlos Carús (Org.). **Hermenêutica do Direito e Processo Administrativo:** Fundamentos do Processo Administrativo Contemporâneo. Curitiba: CRV, 2021, p. 295-319.

FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:** Comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed., Brasília: Ed. dos autores. 2021.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, dez. 2017, p. 40. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>. Acesso em: 20 jun. 2022.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Eduardo Alfonso Cadavid. **Manual de sistematização e normalização de documentos técnicos.** São Paulo: Atlas, 1998.

GAROFANO, Rafael Roque. **A consensualidade nos contratos administrativos do regime estatutário para a parceria contratual.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-130652/pt-br.php>. Acesso em 30 mar. 2022.

GORDILLO, Agustín. **La administración paralela**. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2012. Disponível em: https://www.gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap3.pdf. Acesso em 4 Set. 2021.

GOULART, Juliana Ribeiro; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urqhart de Cristóvam. A virada consensual na solução de controvérsias no âmbito da administração pública democrática no Brasil e suas implicações no regime jurídico administrativo: a conjugação entre publicidade e confidencialidade na mediação de conflito. In: SILVA, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson Pereira de Sousa (org.) **Direito Administrativo em Transformação**, 1ª ed., Florianópolis: Habitus, 2020.

GUERRA, Sérgio; e SAMPAIO, Rômulo, S. R. Acordos Substitutivos como instrumento de regulação ambiental. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 3, set./dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13739/pdf>. Acesso em: 26 Jul 2021.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 135-169, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>. Acesso em: 26 Jul 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Portal Direito do Estado. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalhaguimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 2 Set. 2021

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997, p. 13.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9 ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017.

HOOD, Christopher. **Administrative diseases**: some types of dysfunctionality in administration. *Public Administration*, v. 52, p. 439-54, 1974. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9299.1974.tb00196.x>. Acesso em 31 Ago. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Corrupção e contratação administrativa** – A necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 258, p. 721-723, ago. 2015.

_____. **Curso de Direito Administrativo [livro eletrônico]**. 5 ed. em e-book, baseada na 13 ed. impressa. São Paulo: Thompson Reuters brasil, 2018.

_____. Prefácio. In: DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Direito, política e consenso: a escolha eficiente de políticas públicas**. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/28946>. Acesso em 4 de Ago. 2021.

KITCHENHAM, Barbara; PFLIEGER, Shari. **Principles of survey research: part 2 - designing a survey**. ACM SIGSOFT Software Engineering Notes. Volume 27, issue 1, 2002. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/566493.566495>. Acesso em 29 jun 2022.

LANIUS, Danielle Cristina. **O Princípio da Eficiência na Administração Pública**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) o, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018

LOPES, Paula L. R. **Atuação Administrativa Consensual: Acordo Substitutivo Envolvendo Atos de Improbidade Administrativo**. Revista de Processo, v. 274/2017, dez. 2017.

MACHADO, Gabriel Soares dos Santos. **Acordos administrativos a partir do art. 26 da LINDB: consensualidade, tensões, sentidos e processo**. 2020. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29555>. Acesso em: 4 Ago. 2021.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção da confiança legítima**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>. Acesso em 31 Ago. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas revisitando o risco nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de. (Org.). Parceria público-privada. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 53-85.

_____. Prefácio. In: REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-38, 2003. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=15>. Acesso em: 26 Jul 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. São Paulo: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRARRA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 2, p. 78 – 103, dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/451>. Acesso em: 26 Jul 2021.

MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de marketing: metodologia, planejamento, execução e análise**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. 2016. 260 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

_____. **O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse.** Consultor Jurídico, Dez 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse#author>. Acesso em 4 Set. 2020.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. As mutações do Direito Administrativo francês. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 51-65, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/157>. Acesso em 10 ago. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei n. 9.784/99.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. A futura Lei de Licitações: o desafio de sua interpretação autônoma. Portal Jota, fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/lei-de-licitacoes-publicistas-23022021>. Acesso em 31 Ago. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Novos institutos consensuais da ação administrativa.** **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/in-dex.php/rda/article/view/45823>>. Acesso em: 14 Nov. 2019.

MOTA, Janine da Silva. Utilização do Google Forms na Pesquisa Acadêmica. **Revista Humanidades e Inovação.** v.6, n.12 - 2019.

NAPOLITANO, Giulio. **La logica del diritto amministrativo.** Il Mulino, Bologna, 2014.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www12.se-nado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63>. Acesso em: 10 Nov. 2019.

NIEHBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 893-901.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Relação entre a consensualidade administrativa e o modelo cooperativo do processo civil brasileiro: o contexto de criação das câmaras de mediação e conciliação na administração pública. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.13, n.3, 3º quadrimestre de 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/13827> . Acesso em 26 Jul. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia; e MARRAR, Thiago. **Processo Administrativo: Lei nº 9.784/199 comentada.** 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

_____. **Diálogo Competitivo**. Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>. Acesso em: 5 Set. 2020.

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. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em 28 Jul. 2021.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle. Em PINTO, Élica Graziane et al. **Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018**, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. **O mito do “quanto mais controle, melhor” na Administração Pública**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 07 out. 2020. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-mito-do-quanto-mais-controle-melhor-na-administracao-publica/>. Acesso em: 8 Set. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. **Portal Licitações e Contratos**, Jun. 2017. Disponível em: http://licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_2.pdf. Acesso em: 6 Set. 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112011-141226/pt-br.php>. Acesso em: 26 Jul 2021.

_____. **Atividade normativa da Administração Pública: estudo do processo administrativo normativo**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php>. Acesso em: 25 Jul. 2021.

_____. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago. 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em 2 Ago. 2021.

PEIXOTO, Ravi. A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público: uma análise a partir do CPC/2015 e da lei 13.140/2015. **Revista de Processo**. v. 261/2016. p. 467-497. nov. 2016.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Introdução. Em PINTO, Élide Graziane et al. **Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POPPER, Andrew. **An Administrative Law Perspective on Consensual Decisionmaking**. *Administrative Law Review*, v. 35, 3, 1983.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de Carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, V. 3, n. 1, p. 89 – 122, jul. 2017. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/153>. Acesso em 29 jul. 2021.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Direito Urbanístico Contratual: dos atos negociais aos acordo de gestão urbana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

REZENDE, Renato H. A Impostergável Necessidade de Adequação da Administração Pública Tributária à Lógica Racional Negocial Pós- Moderna. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 134/2017, maio – junho/2017, p. 279.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos Administrativos**. Formação e controle interno da execução com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, 2009.

_____. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In _____. (Org.) *Interesses públicos vs interesses privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas**. 2013. 500 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2013.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamental. **Revista HISTEDBR**, Campinas, n.18, p. 114 - 128, jun. 2005, p. 114 Disponível em: https://www.fe.unicamp.br/pf-fe/publicacao/4807/art11_18.pdf. Acesso em: 29 mar 2022.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170/44329>. Acesso em: 13 Nov. 2020.

SILVA, Danilo Tavares. Licitação na Lei nº 11.079/04. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). **Estudos sobre a Lei das Parcerias Público-Privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 71-96.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos Substitutivos nas Sanções Regulatórias. Revista de **Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1578007/mod_resource/content/2/Acordos%C2%A0substitutivos%C2%A0nas%C2%A0san%C3%A7%C3%B5es%C2%A0regul%C3%B3rias.pdf. Acesso em: 26 Jul 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípios Desconcertantes do Direito Administrativo. In: Adilson Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins (coords.). **Tratado de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 276-297.

SUNDFELD, Carlos Ari; NETO, Floriano de Azevedo Marques. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Chega de axé no direito administrativo. **Sociedade Brasileira de Direito Público**. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/carlos-arisundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo_a_21667314/>. Acesso em: 6 Set. 2021,

SCHIRATO, Vitor, Rhein. **Atuais novos rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a Celebração de Compromissos pela Administração Pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 157 – 176.

TAMASAUSKAS, Igor Sant’anna. Acordo de Leniência e Investigações Internas como Mecanismos Eficazes de Enfrentamento da Corrupção. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coordenador). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 257 – 269.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **A futura nova lei de licitações**. 2021. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 10. Set. 2021.

URIAS, Rondinelli Roberto da Costa. Lei nº 14.133/2021, um ano de vigência, muitas dúvidas e pouca prática. **Portal Jus.com.br**. Março de 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/96891/lei-federal-n-14-133-2021-um-ano-de-vigencia-muitas-duvidas-e-pouca-pratica>. Acesso em 10 Jul 2022.

VALIATI, Thiago Priess. **A aplicação da LINDB pelas esferas controladora e judicial.** Jota, 22 fev. 2019. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicacaoda-lindb-pelas-esferas-controladora-e-judicial-22022019>. Acesso em: 12 Set. 2021.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa.** Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte**, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018.

WANBIER, Teresa Arruda Alvim **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

APÊNDICE A - FORMULÁRIO

Pesquisa Acadêmica - Consensualidade nas Contratações Públicas

O meu nome é Alexandre Mattos de Freitas e participo do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

Este questionário foi concebido como parte fundamental da Dissertação e consiste num instrumento de pesquisa imprescindível para a busca da compreensão das razões que dificultam a disseminação da prática da consensualidade no âmbito das Contratações Públicas Federais.

Grande parte da doutrina aponta que as Contratações Públicas no Brasil são permeadas pela unilateralidade das decisões administrativas, com utilização de cláusulas exorbitantes, e por um forte apego ao legalismo estrito.

Assim, a consensualidade é uma alternativa à tradicional unilateralidade presente atualmente na atuação administrativa. Além disso, representa um meio democrático de construção da escolha administrativa, que contempla a participação do particular, sem excluir da Administração a prerrogativa de decisão.

No âmbito das contratações públicas, temos alguns instrumentos de consensualidade, por exemplo:

- As audiências e consultas públicas;
- A possibilidade de negociação do preço final, nos termos do Decreto Federal do Pregão Eletrônico;
- Os mecanismos privados de resolução de controvérsias relacionadas ao contrato, como a conciliação e a mediação;
- Acordos substitutivos às sanções como multas e impedimentos (art. 26 da LINDB e na Lei 12.846/2013);
- O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); e
- A modalidade de licitação Diálogo Competitivo.

Desse modo, sua colaboração é imprescindível para o sucesso desse trabalho. O preenchimento é muito simples e a duração média está compreendida entre 10 a 12 minutos. Cabe ressaltar que os dados colhidos serão mantidos no anonimato e apenas utilizados para a finalidade exposta.

1. 1- Em qual órgão você trabalha? *

Marcar apenas uma oval.

- Senado Federal
- Câmara dos Deputados
- Tribunal de Contas da União (TCU)

2. 2- Em qual área ligada às contratações públicas você está lotado (a) ? *

Marcar apenas uma oval.

- Órgão Jurídico/Assessoria Jurídica/Consultoria Jurídica
- Gestor de Contratos/ Fiscal de Contratos
- Membro da Comissão de Licitação/Membro da equipe de apoio
- Unidade de contratações do órgão (área que instrui os processos administrativos de contratações)
- Instâncias deliberativas (servidores que atuam nas instâncias de decisão dos processos administrativos)
- Auditoria/Órgão de Controle Interno ou Externo

3. 3- Você já ouviu falar da possibilidade de atuação consensual (e não unilateral) * nas contratações públicas?

Marcar apenas uma oval.

- Sim
- Não

4. 4- Qual dos instrumentos de consensualidade exemplificados na introdução você já conhece? *

Marque todas que se aplicam.

- Audiências e consultas públicas
- A possibilidade de negociação do preço final, nos termos do Decreto Federal do Pregão Eletrônico
- Os mecanismos privados de resolução de controvérsias relacionadas ao contrato, como a conciliação e a mediação
- Acordos substitutivos às sanções como multas e impedimentos, com fulcro no art. 26 da LINDB e na Lei 12.846/2013
- O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)
- A modalidade de licitação Diálogo Competitivo
- Outro: _____

5. 5- Já fez uso de algum instrumento de consensualidade em qualquer etapa das contratações públicas (sejam os citados na introdução, ou algum outro)? *

Marcar apenas uma oval.

- Sim
- Não

6. 6- Entendo que a Administração Pública não se utiliza com frequência de instrumentos consensuais, uma vez que requerem um intenso ônus instrutório e argumentativo, sendo mais trabalhoso que meramente atuar mediante atendimento estrito de dispositivos legais e regulamentares. *

Marcar apenas uma oval.

1 2 3 4 5

Discordo totalmente Concordo totalmente

7. 7- Caso surja em uma contratação pública específica situação em que é cabível a atuação consensual, me utilizaria de algum instrumento dessa natureza, ainda que esse exija maior ônus instrutório da minha parte e do órgão em que trabalho.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

8. 8- Os instrumentos de consensualidade dificilmente serão disseminados e ampliad^{*}os nas contratações públicas, tendo em vista que Órgãos de Controle Interno e Externo tendem a ser mais rigorosos em suas análises e apontamentos, pela própria natureza da atuação consensual, na qual há maior aproximação do particular com a Administração.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

9. 9- Em geral, há um viés punitivista nos órgãos de controle de contratações públicas no Brasil.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

10. 10- Em uma contratação pública específica, caso surja situação em que é cabível a atuação consensual, tenderei a deixar de utilizar qualquer instrumento dessa natureza, por receio de apontamentos de Órgãos de Controle.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

11. 11 Tenho receio de sugerir formalmente nos autos qualquer solução que não esteja vinculada estritamente ao texto da lei ou dos regulamentos, mesmo que eventualmente seja a solução que pareça ser a mais eficiente para Administração. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

12. 12- Vejo com bom olhos a não-disseminação da consensualidade nas contratações públicas, uma vez que o uso desses instrumentos podem facilmente resultar em arbítrio, negociatas, ou procedimentos que confirmam aparência de legalidade à corrupção. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

13. 13- A consensualidade nas contratações públicas facilitam que o interesse público seja capturado por interesses privados. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

14. 14- O fato de as contratações públicas estarem inseridas em um regime jurídico de direito público, permeado pela unilateralidade das decisões administrativas e por um forte apego ao legalismo estrito, por si só constituem barreira à disseminação da consensualidade no Brasil. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

15. 15 - Entendo que o regime jurídico administrativo em que as contratações públicas estão inseridas é incompatível com uma atuação consensual, dialógica e paritária da Administração Pública. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

16. 16- O uso de instrumentos de consensualidade implicam uma aproximação perigosa com os particulares. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

17. 17- Entendo que o panorama atual, em que as medidas de consensualidade são excepcionais nas contratações públicas, é o melhor cenário para a Administração, haja vista que estamos tratando de recursos públicos.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

18. 18 - Quanto maior a incidência de decisões unilaterais pela Administração, menor a chance de fraudes e crimes nas contratações públicas.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

19. 19- O excesso de exigências formais e o apego ao legalismo estrito não foi capaz, até então, de mitigar a ocorrência de fraudes e crimes nas contratações públicas.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

20. 20 - Prefiro sugerir o indeferimento de um pleito não previsto expressamente na lei, do que justificar o deferimento com base em princípios constitucionais, como o da eficiência e o da razoabilidade, mesmo que esse último caminho seja aparentemente a melhor solução para Administração. *

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

21. 21 - Agentes públicos bem intencionados, como gestores e fiscais, acabam por firmar acordos verbais e informais com as contratadas, na busca por uma solução eficiente para a Administração, uma vez que a lei e o regulamento não prevêm expressamente àquela alternativa.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

22. 22 - Já tomei conhecimento em meu órgão de acordos informais entre representantes da Administração Pública e da contratada, visando equacionar situação não prevista em contrato.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo Totalmente	<input type="radio"/>	Concordo Totalmente				

23. 23 - Entendo que as leis que dispõem sobre contratações públicas deveriam criar novos instrumentos de consensualidade; ou mesmo fortalecer os já existentes.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

24. 24 - Entendo que uma postura mais consensual e paritária da Administração tende a gerar decisões administrativas com maior legitimidade.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

25. 25 - Em processos de contratações públicas, uma decisão com traços de consensualidade e paridade com o particular tende a gerar menos litígios administrativos e judicializações.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

26. 26 - Os agentes que decidem acerca de contratações públicas devem ser tão somente cumpridores das leis e dos regulamentos, sem comportar a busca de soluções com base em princípios, por mais correta que pareça ser a decisão.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

27. 27 - Com a ampliação dos instrumentos de consensualidade, os acordos informalmente realizados por gestores e empresas contratadas passariam a ser realizados formalmente no bojo de processos administrativos, sendo, portanto, mais sindicáveis.

Marcar apenas uma oval.

	1	2	3	4	5	
Discordo totalmente	<input type="radio"/>	Concordo totalmente				

Formulário encerrado! Agradeço imensamente a sua participação!

Este conteúdo não foi criado nem aprovado pelo Google.

Google Formulários

APÊNDICE B - TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA PESQUISAS VIRTUAIS

Você está sendo convidado(a) a participar como voluntário(a) do estudo “**Os Óbices ao avanço da prática da consensualidade nas contratações públicas**”. O nome deste documento que você está lendo é Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) que visa assegurar seus direitos como participante.

Sua colaboração neste estudo será de muita importância para nós, mas se desistir a qualquer momento, isso não lhe causará prejuízo. Antes de decidir se deseja participar (de livre e espontânea vontade) você deverá ler e compreender todo o conteúdo.

A pesquisa tem como objetivo **identificar as razões pelas quais a consensualidade ainda não se disseminou nas contratações públicas brasileiras, de modo que essas barreiras possam ser removidas, com o fito de ampliar o escopo do processo de decisão pelo agente público, para que esse não se restrinja à legalidade estrita e busque soluções que levem em conta o princípio da eficiência, da razoabilidade e da segurança jurídica. Desse modo, serão aplicados questionários em servidores públicos que lidam com contratações no âmbito do Senado Federal, Câmara dos Deputados e TCU para verificar as razões que impedem a disseminação da consensualidade no âmbito das contratações públicas.**

Sua participação consiste em **responder ao questionário eletrônico, por meio do Google Forms**, acerca da temática, em que será preservado o anonimato de sua participação. Ressalte-se que não serão solicitados quaisquer dados pessoais, de saúde ou mesmo dados pessoais sensíveis.

Este estudo possui riscos próprios de uso de qualquer plataforma virtual, a exemplo de vazamento de dados por terceiros alheios à pesquisa. Cabe ressaltar, todavia, que os direitos do participante serão integralmente respeitados por este pesquisador, nos termos das Orientações para procedimentos em pesquisas com qualquer etapa em ambiente virtual, consoante teor do Ofício Circular nº 2/2021/CONEP/SECNS/MS, de 24/2/2021. Cabe esclarecer que o participante da pesquisa que vier a sofrer qualquer tipo de dano resultante de sua participação na

pesquisa, previsto ou não no Registro de Consentimento Livre e Esclarecido, tem direito a assistência e a buscar indenização.

Com sua participação nesta pesquisa você poderá/terá ter acesso a íntegra da pesquisa e dos resultados obtidos, que podem auxiliá-lo no dia a dia de seu trabalho junto às contratações públicas.

Sua participação é voluntária. Você não terá nenhum prejuízo se não quiser participar. Você poderá se retirar desta pesquisa a qualquer momento, bastando para isso entrar em contato com um dos pesquisadores responsáveis. Também deverá ser esclarecido quanto ao direito do participante de responder qualquer pergunta.

Conforme previsto pelas normas brasileiras de pesquisa com a participação de seres humanos, você não receberá nenhum tipo de compensação financeira pela sua participação neste estudo.

Seus dados serão manuseados somente pelos pesquisadores e não será permitido o acesso a outras pessoas. Os dados e instrumentos utilizados **ficarão guardados sob a responsabilidade de ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS com a garantia de manutenção do sigilo e confidencialidade**, e arquivados por um período de 5 anos; após esse tempo serão destruídos. Os resultados deste trabalho poderão ser apresentados em encontros ou revistas científicas. Entretanto, ele mostrará apenas os resultados obtidos como um todo, sem revelar seu nome, instituição a qual pertence ou qualquer informação que esteja relacionada com sua privacidade.

Se houver alguma dúvida referente aos objetivos, procedimentos e métodos utilizados nesta pesquisa, entre em contato com os pesquisadores responsáveis pelo **ALEXANDRE MATTOS DE FREITAS, alexandrefreitas.adm@gmail.com, telefone (61) 981710255**. Também, se houver alguma consideração ou dúvida referente aos aspectos éticos da pesquisa, entre em contato com o Comitê de Ética em Pesquisa do Centro Universitário de Brasília (CEP-UniCEUB), que aprovou esta pesquisa, pelo telefone **3966-1511** ou pelo e-mail **cep.uniceub@uniceub.br**. Também entre em contato para informar ocorrências

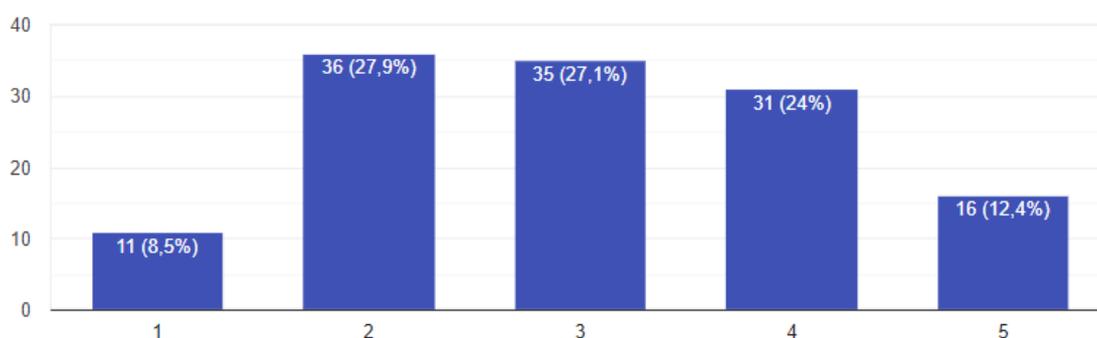
APÊNDICE C – ROL DE QUESTÕES COM RESULTADOS INCONCLUSIVOS (OU NEUTROS)

Figura 23 – Resultado da Questão 10

10- Em uma contratação pública específica, caso surja situação em que é cabível a atuação consensual, terei a deixar de utilizar qualquer instrumento dessa natureza, por receio de apontamentos de Órgãos de Controle.



129 respostas



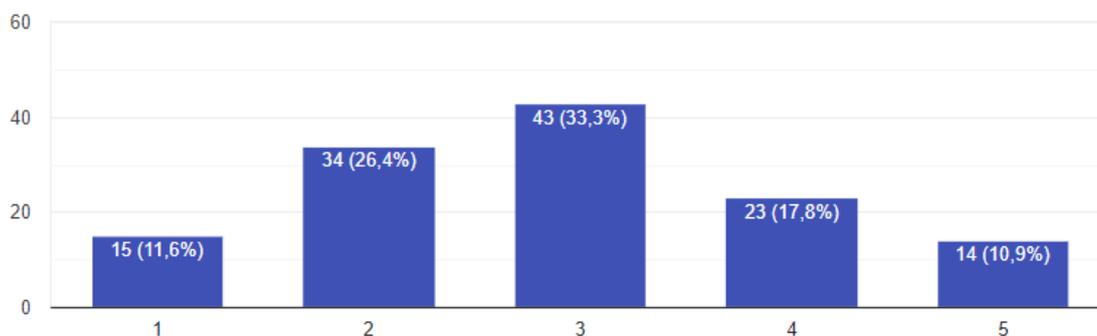
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Figura 24 – Resultado da Questão 13

13- A consensualidade nas contratações públicas facilitam que o interesse público seja capturado por interesses privados.



129 respostas



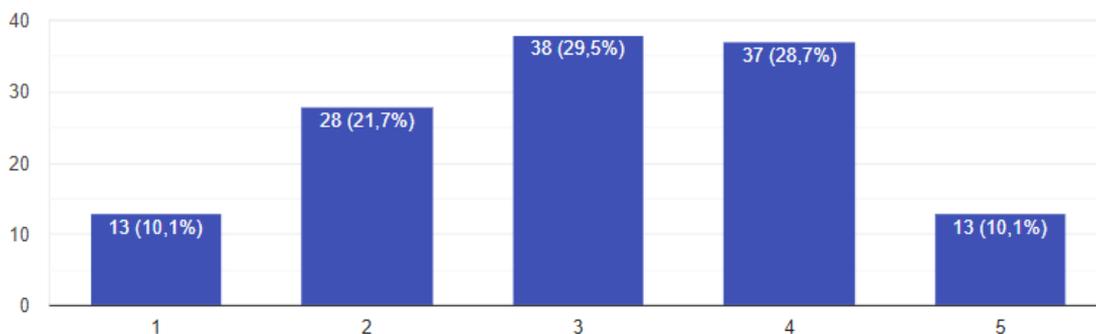
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Figura 25 – Resultado da Questão 17

17- Entendo que o panorama atual, em que as medidas de consensualidade são excepcionais nas contratações públicas, é o melhor cenário para a Administração, haja vista que estamos tratando de recursos públicos.



129 respostas



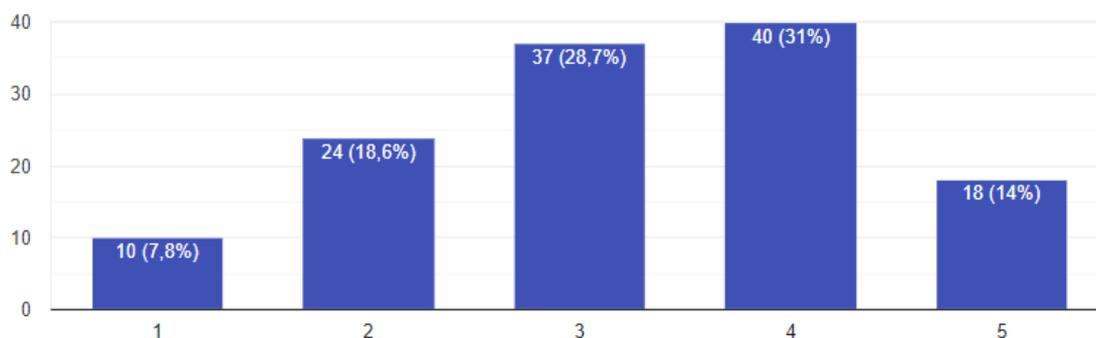
Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Figura 26 – Resultado da Questão 21

21 - Agentes públicos bem intencionados, como gestores e fiscais, acabam por firmar acordos verbais e informais com as contratadas, na busca por uma solução eficiente para a Administração, uma vez que a lei e o regulamento não prevem expressamente àquela alternativa.



129 respostas

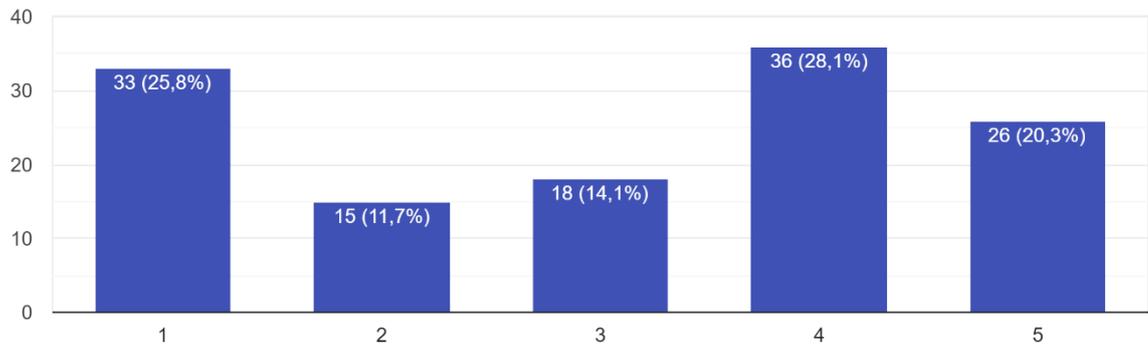


Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)

Figura 27 – Resultado da Questão 22

22 - Já tomei conhecimento em meu órgão de acordos informais entre representantes da Administração Pública e da contratada, visando equacionar situação não prevista em contrato.

128 respostas



Fonte: dados da pesquisa, elaborado pelo autor, via Google forms (2022)