

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**CONSENSUALIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS (Lei nº 14.133/2021)**

**CAIO LOPES DE MACÊDO**

**RIO DE JANEIRO**

**2022.2**

**CAIO LOPES DE MACÊDO**

**CONSENSUALIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS (Lei nº 14.133/2021)**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Dra. Larissa Pinha de Oliveira**

**Rio de Janeiro**

**2022.2**

## FICHA CATALOGRÁFICA

**CAIO LOPES DE MACÊDO**

**A CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 14.133/2021**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, com pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Dra. Larissa Pinha de Oliveira**

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Profa. Dra. Larissa Pinha de Oliveira  
Orientadora

---

Profa. Thaís Boia Marçal  
Membro da Banca

---

Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira  
Membro da Banca

## RESUMO

Ao longo das últimas décadas, o Direito Administrativo brasileiro sofreu profundas mudanças, impulsionadas, sobretudo, por uma concepção de modelo gerencial da Administração Pública. Nesta esteira, a ideia de consensualidade na busca do interesse público modificou as relações entre Administração e administrados. Ao longo dos anos, foram surgindo novos desenhos institucionais que possibilitaram ao Poder Público agir em conjunto com o mercado e a sociedade civil para buscar, de forma mais eficiente, as soluções que melhor contemplem o interesse público em cada situação. Nesse contexto, a Lei nº 14.133/2021, denominada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe diferentes formas de aplicar o consensualismo nas contratações públicas. Tanto nas fases pré-contratuais quanto nas pós-contratuais, a lei traz importantes formas de diálogo e parcerias entre entidades que compõem a própria estrutura do Estado, bem como entre a Administração e agentes privados. Além dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, a aplicação subsidiária da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e a possibilidade de celebração de acordos pela Administração Pública são outros fatores relevantes no novo cenário de consensualidade empregado no âmbito das licitações e contratações públicas no país.

**Palavras-chave:** Consensualidade Administrativa; Administração Dialógica; Licitações e Contratos Administrativos.

## **ABSTRACT**

Over the last decades, Brazilian Administrative Law has undergone profound changes, driven, above all, by a concept of managerial model of Public Administration. Along this line, the idea of consensus in the search for the public interest has changed the relations between the Administration and those who are administered. Through the years, new institutional designs have emerged, enabling the government to act in conjunction with the market and the society to seek, in a more efficient manner, the solutions that best meet the public interest in each situation. In this context, the Law No. 14,133/2021, named as Bidding and Administrative Contracts Law, brought different ways of applying consensualism in public contracting. Both in the pre-contractual and post-contractual phases, the Law presents important forms of dialogue and partnerships between entities that make up the very structure of the State, as well as between the Administration and private agents. In addition to the provisions of Law No. 14.133/2021, the subsidiary application of the Introduction to the Norms of Brazilian Law - LINDB and the possibility of entering into agreements by the Public Administration are another relevant factors in the new scenario of consensuality employed in the context of bidding and public contracting in the country.

**Keywords:** Administrative Consensuality; Dialogical Administration; Bidding and Administrative Contracts.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil;

FMI - Fundo Monetário Internacional;

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942);

PMI - Procedimento de Manifestação de Interesse;

PPP - Parceria Público-Privada;

RDC - Regime Diferenciado de Contratações Públicas;

TCU - Tribunal de Contas da União.

## Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: HISTÓRICO, CARACTERÍSTICAS E POSITIVAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Breve histórico sobre as reformas da Administração Pública no Brasil.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Princípio da Consensualidade Administrativa .....</b>	<b>15</b>
<b>3. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021)</b>	<b>24</b>
<b>3.1. Consensualidade e suas principais características na Lei nº 14.133/2021: .....</b>	<b>24</b>
<b>3.2. Cooperação entre órgãos da Administração.....</b>	<b>30</b>
<b>3.3. Cooperação entre Entes Públicos e Privados.....</b>	<b>36</b>
<b>4. FORMAS DIRETAS DE APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 14.133/2021 .....</b>	<b>45</b>
<b>4.1. Diálogo Competitivo.....</b>	<b>45</b>
<b>4.2 Aplicação de Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias .....</b>	<b>50</b>
<b>4.3. O art. 26 da LINDB aplicado à Lei nº 14.133/2021 .....</b>	<b>55</b>
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>63</b>
<b>6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>65</b>



## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República, promulgada em 5 de outubro de 1988, marcou a transição do país de um regime autoritário para a democracia, tendo como marcas o compromisso com os direitos fundamentais, a democracia e a preocupação com mudanças nas relações políticas, sociais e econômicas, tendo como bússola a dignidade da pessoa humana.<sup>1</sup> A partir disso, os diferentes direitos sociais por ela previstos implicam no incremento das atribuições do Estado, que passa a ter, por direito constitucional, o dever de agir para garantir à população direitos positivos como educação, saúde, cultura, transporte, assistência social etc.

A busca para dar eficácia aos direitos previstos constitucionalmente exige da Administração Pública uma postura ativa e multifacetada, que depende da atuação conjunta e complementar da União, dos Estados e Municípios. Logo, os deveres impostos pela Constituição aumentaram a necessidade de o Estado brasileiro celebrar contratos com terceiros, que devem ser realizados por meio do procedimento administrativo denominado *licitação* e que são regidas pelo regime jurídico de Direito Público, dadas as suas características particulares e o interesse público envolvido.

O inciso XXI, do art. 37, da CRFB/88 determina que “as obras, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Esse é, portanto, o instrumento disponível para que a Administração Pública contrate a melhor proposta para o interesse público sem estabelecer preferências entre os administrados, observando, assim, os princípios constitucionais da eficiência e impessoalidade (art. 37, *caput*, da CRFB/88).<sup>2</sup>

Desde o início dos anos 90, a Administração Pública brasileira realiza contratações utilizando a Lei nº 8.666/1993, que sempre enfrentou críticas em relação ao seu conteúdo. Flávio Amaral Garcia menciona que “há certo consenso entre aqueles que militam na Administração Pública no sentido de que licitar hoje, no Brasil, custa caro, demora e é

---

<sup>1</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. – 2ª ed., 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 170.

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impessoalidade**, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (grifos nossos).

excessivamente burocrático”.<sup>3</sup> Acrescenta ainda que a ineficiência não decorre apenas da lei, mas também do *déficit* de planejamento e gestão das contratações.

Dentro desse contexto, recentemente foi promulgada a Lei Federal nº 14.133/2021, que substitui a Lei nº 8.666/1993 na definição das regras gerais de licitação e contratos administrativos.<sup>4</sup> A nova lei consagra e reúne elementos que foram sendo introduzidos na matéria ao longo dos anos, como o Pregão (Lei nº 10.520/2002), o RDC (Lei nº 12.462/2011), a Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), os Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005), dentre outros.

Além dos referidos institutos, a nova lei alterou a lógica da atuação administrativa no campo das contratações públicas para trazer práticas que buscam a consensualidade. A dita administração dialógica tem ganhado destaque desde a edição da Lei nº 13.655/2018, que introduziu novas regras de direito público à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

A marca da consensualidade impressa na Lei nº 14.133/2021 é o objeto deste trabalho. No segundo capítulo se realizará uma breve revisão histórica sobre as reformas da Administração Pública brasileira, com destaque para as realizadas na década de 1990. Além disso, também será feita uma revisão bibliográfica em torno do conceito de consensualidade administrativa.

No terceiro capítulo serão analisadas as principais características da consensualidade na Lei nº 14.133/2021. Também serão estudadas algumas formas de induzimento do consenso previstas na nova lei, notadamente aquelas que envolvem a atuação conjunta dos próprios órgãos da Administração Pública, ou seja, a busca do *consenso* interna à Administração. Posteriormente, analisaremos essa relação da Administração com parceiros do mercado, que envolvem, portanto, relacionamentos externos.

No quarto capítulo serão revisadas algumas as formas diretas ou expressas da consensualidade que estão previstas na lei, tanto nas fases pré-contratuais quanto nas pós-

---

<sup>3</sup> GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5ª Ed. - São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

<sup>4</sup> De acordo com o art. 193, II, da Lei nº 14.133/2021, as duas leis irão coexistir por um período de 2 (dois) anos. Transcorrido esse prazo, serão revogadas a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2022 (Lei do Pregão) e parte da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC).

contratuais. Especificamente, trataremos da consensualidade na nova modalidade de licitação, denominada diálogo competitivo; nas formas alternativas de resolução de conflitos; e nos potenciais reflexos do art. 26 da LINDB, enquanto permissivo genérico para celebração de acordos pela Administração Pública, na Lei 14.133/2021.

## 2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: HISTÓRICO, CARACTERÍSTICAS E POSITIVAÇÃO

### 2.1 Breve histórico sobre as reformas da Administração Pública no Brasil

Bresser-Pereira, no clássico texto *“Da administração pública burocrática à gerencial”* defende que a reforma da administração pública, promovida durante o Governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso nos anos de 1990, deveria ser conhecida como a segunda reforma administrativa no Brasil.<sup>5</sup> A primeira teria sido aquela que ficou conhecida como “Reforma Burocrática”, promovida pelo Governo Vargas em 1936, que organizou as bases de uma administração pública profissional, tentando afastar-se das raízes patrimonialistas do Império e da Primeira República.

Como destaca o autor, a reforma de 1936 trouxe ao Brasil o modelo que se desenhou clássico da administração pública e que já havia sido implementado em países desenvolvidos. Seu mérito consistiu em substituir o modelo patrimonialista, marcado fortemente pelo nepotismo, empirismo e confusão entre os âmbitos público e privado para basear-se no modelo weberiano de burocracia, pautado no mérito profissional, na centralização e na hierarquia. Nas palavras do autor:

“É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; a democracia só pode existir quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surge assim a administração burocrática moderna, racional-legal”.<sup>6</sup>

A dita reforma burocrática, considerada primeira do país, não obteve sucesso em extinguir da administração pública brasileira hábitos nocivos, como o patrimonialismo.

---

<sup>5</sup> Em 1967, durante a ditadura militar, o Decreto-Lei nº 200 modificou a estrutura da administração pública brasileira com o objetivo de descentralizar e desburocratizar a máquina do Estado, razão pela qual alguns autores falam em segunda reforma administrativa no Brasil. Essa não parece, contudo, ser a posição adotada pelo autor.

<sup>6</sup> BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7-40, 1996.

Contudo, contribuiu para pelo menos reduzir a presença do clientelismo, nepotismo e corrupção na máquina pública.

Já durante o regime militar, instaurado no país com o golpe de 1964, o Governo do General Castello Branco editou o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, apontada por alguns autores como a segunda reforma administrativa brasileira. A iniciativa visou a descentralização na prestação de determinados serviços públicos da “Administração Direta” para a “Administração Indireta”, ou seja, para autarquias, fundações, empresas estatais e sociedades de economia mista.

Na visão de Bresser-Pereira, a referida reforma pode ser considerada, sob o ponto de vista de superação da administração burocrática, como “*um primeiro momento da administração gerencial no Brasil*”.<sup>7</sup> Entretanto, mais uma vez, aponta-se que a iniciativa foi insuficiente para superar de vez práticas patrimonialistas e ineficientes na gestão da máquina pública.

Com o passar dos anos e a acentuação das mudanças ocorridas no papel do Estado ao longo das décadas da segunda metade do século XX, o perfil da Administração Pública sofreu modificações em âmbito global. Houve a aproximação da ciência da administração pública com a da administração de empresas, formando o que ficou conhecido como *administração pública gerencial*.

A “reforma gerencial do Estado brasileiro” teve início nos anos de 1990, primeiro com o governo Collor (1990 - 1992) e posteriormente aprofundada durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso (1994 - 2002). A ideia central era de “enxugar” o tamanho da máquina pública, que era tida como a causa da ineficiência da atuação estatal. Ou seja, sob um viés marcadamente neoliberal, criou-se o Programa Nacional de Desestatização, que buscou privatizar estatais e derrubar barreiras em torno da participação do setor privado em setores econômicos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> BRESSER-PEREIRA, L. C. Op. cit., p. 12.

<sup>8</sup> RIBEIRO, Livia M. de P.; PEREIRA, José R.; BENEDICTO, Gideon C. de. **As Reformas da Administração Pública Brasileira**: uma contextualização do seu cenário, dos entraves e das novas perspectivas. XXXVII Encontro da EnANPAD (2013). Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5205770/mod\\_resource/content/0/Reformas%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20ANPAD%202013.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5205770/mod_resource/content/0/Reformas%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20ANPAD%202013.pdf). p. 6. Acesso em 24 de out. 2022.

As diversas reformas realizadas nesse período, alinhadas à cartilha do Consenso de Washington (1989) e com o envolvimento de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, abriram o Estado para receber a participação de outros agentes autônomos. Esse cenário de expansão da globalização sob o prisma neoliberal, consubstanciado em um modelo “gerencial” da Administração Pública, implicou na ideia de adaptação e transferência dos conhecimentos privados para o setor público,<sup>9</sup> afunilando a relação entre esses atores.

Essa foi, portanto, a tônica que pautou as mudanças na Administração Pública ao longo dos últimos anos. Conforme se verá adiante, esse movimento exigiu, nas palavras do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o “refluxo da imperatividade”,<sup>10</sup> como um reflexo de um Estado que passa a considerar, no âmbito da sua atuação, a pluralidade de interesses presentes na sociedade.

Além do aspecto neoliberal que marcou a década de 1990, é importante dar destaque para as lutas sociais que ocorreram no Brasil durante as décadas de 1970 e 1980, enquanto o país vivia um período de autoritarismo e, posteriormente, transição para o regime democrático.<sup>11</sup> Durante esse período tentou-se integrar não só a política, mas também a administração com a participação popular. Seus efeitos reverberaram na constituinte, e foram, em certa medida, recebidos pela Constituição de 1988.

Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka<sup>12</sup> dão destaque para as novas faces do Estado contemporâneo surgido no final do séc. XX. A primeira delas, descrita como *função garantidora*, desvia-se do papel do *Estado prestador*, na medida em que, na esteira de efetivar um amplo rol de direitos fundamentais, entende tanto os serviços públicos como todas as demais atividades que compõem a atuação da Administração Pública como formas de efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 6.

<sup>10</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. - Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 40.

<sup>11</sup> RIBEIRO, Livia Maria de P.; PEREIRA, José R.; BENEDICTO, Gideon C. de, Op. cit. p. 9.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Gustavo J. de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. 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.

O Estado mediador preza pela convergência entre atuação do Estado e da sociedade civil, como “*esferas em processo contínuo de recíproca interpenetração*”.<sup>13</sup> Além de fomentar espaços para a participação popular e outros atores particulares, como o mercado, que estão localizados fora da estrutura estatal clássica, esse tipo de Estado busca a interação, interlocução e atuação conjunta, de forma ampla e permanente.

Nos regimes democráticos contemporâneos, a utilização em larga escala da consensualidade é apontada ainda como um fator favorável à efetivação de diversos princípios do Direito Público com resultados práticos. Menciona-se o da governabilidade (pelo aumento da eficiência); a trava ao abuso de autoridade (legalidade); a consideração de diversos interesses envolvidos (justiça); a qualidade da decisão administrativa (legitimidade); a participação social (civismo); e o reforço da aceitação em torno dos comandos estatais (ordem).<sup>14</sup>

Essas foram, portanto, algumas das bases que propiciaram o desenvolvimento do consensualismo no âmbito da Administração Pública brasileira. As razões históricas e as transformações sociais vividas em uma era de globalização, bem como o aumento constante das demandas sociais desembocaram na via de maior participação política, social e na busca de decisões que contemplem, tanto quanto seja possível, o consenso entre Estado e seus administrados.

## **2.2 Princípio da Consensualidade Administrativa**

O desenvolvimento do Direito Administrativo, enquanto ramo autônomo do Direito, ocorreu no século XIX, na Europa. Existe, contudo, na doutrina brasileira, uma divergência em torno das características que marcaram a gênese dessa disciplina. Enquanto alguns autores entendem que a origem do Direito Administrativo é autoritária, e citam para isso institutos clássicos, como a supremacia do interesse público, outros refutam essa ideia.

---

<sup>13</sup> Ibid. p. 305

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p 41.

Segundo o professor Gustavo Binimbojm, é equivocada a associação do surgimento do Direito Administrativo com o Estado de Direito e o princípio da separação de Poderes. O doutrinador defende que, na verdade, os institutos clássicos do direito administrativo (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade etc.), são mecanismos de sobrevivência do autoritarismo do Antigo Regime.<sup>15</sup>

Para Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto, a constitucionalização do Direito Administrativo após a promulgação da Constituição da República de 1988 modificou importantes institutos da matéria, como a supremacia do interesse público. Segundo os autores, a perda de espaço dessa noção ocorre em razão da valorização dos direitos fundamentais dos particulares em face de interesses majoritários.<sup>16</sup>

Para outra corrente, entretanto, essa é uma ideia que não se sustenta. Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem afirmam que a teoria mencionada acima tem a finalidade de esvaziar a força legitimatória de princípios como o da supremacia do interesse público. A tese serviria ao intuito de flexibilização e liberalização da vida, “voltada à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial”.<sup>17</sup>

Os autores trabalham com a ideia de que a proteção do individualismo era a vontade geral que fundamentava a existência do Estado de Direito naquele período. Essa teria sido, também, a primeira noção de interesse público ou interesse geral. Além disso, não havia, no Direito Público absolutista, a prevalência do interesse público ou da garantia de direitos, mas sim a “veneração, obediência e fidelidade” dos súditos à vontade divina. Ignorar a mudança de concepção que ocorreu após a revolução francesa seria, segundo essa corrente, ignorar a história.<sup>18</sup>

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro pauta sua crítica aos ataques proferidos contra a ideia de supremacia do interesse público ao viés neoliberal embutido nos julgamentos. A professora

---

<sup>15</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11.

<sup>16</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 46.

<sup>17</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 14

<sup>18</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. Op. Cit., p. 30.



faz a consideração de que há exagero em relação a sua aplicação como forma de combatê-lo, uma vez que o princípio não prevalece sempre e em qualquer situação sobre o particular, o que seria uma marca de regimes autoritários. Além disso, a autora acrescenta:

“O princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se afirma, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege. Veja-se que o direito administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação maior era proteger os direitos individuais frente aos abusos do poder. Protegeu tanto a liberdade, que acabou por gerar profunda desigualdade social, porque, afinal, os homens não tão livres e iguais como pretendia Rousseau e foi afirmado no artigo 1º da Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789.

O princípio do interesse público se desenvolveu com o Estado Social de Direito. E não desenvolveu como um interesse público único. Ele veio para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais. Pelo contrário, paralelamente a esse princípio, nasceram os direitos sociais e econômicos”.<sup>19</sup>

A professora Larissa Pinha de Oliveira aponta ainda a contradição que existe na crítica em torno da regra de primazia do princípio do interesse público em detrimento dos direitos fundamentais (notadamente os individuais, de primeira geração), uma vez que o efeito seria a precedência desses direitos sobre os coletivos. A partir disso, o argumento utilizado pelos autores para refutar a prevalência do princípio da supremacia do interesse público serve, também, para afastar a superioridade *a priori* dos direitos fundamentais, uma vez que a prioridade de ambos precisaria, então, ser auferida *in concreto*.<sup>20</sup>

Contudo, em que pese as divergências doutrinárias em torno do assunto, hoje existe uma tensão acerca da flexibilização do princípio da supremacia do interesse público. O questionamento sobre a presunção de que os interesses da administração devem gozar de status prioritário força a utilização de novas figuras no Direito Administrativo, em detrimento de institutos clássicos da matéria que são amplamente reconhecidos, sob a justificativa de aumentar a eficiência administrativa.

---

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

<sup>20</sup> DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, Vol. 9º, nº 1, jan-jan 2013, p. 64.

Além disso, pode-se mencionar também como um fator de pressão sobre o princípio a alegação de impossibilidade de adoção de uma ideia unitária do interesse público.<sup>21</sup> Nas palavras da professora Odete Medauar:

“A uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se uma situação de heterogeneidade; da visão de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina menos antiga refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade”.<sup>22</sup>

A autora acrescenta que, modernamente, considerando a superação de entendimento do monopólio do interesse público por parte da Administração, o Estado divide com a sociedade, e com suas formas de organização privadas em geral, a composição dos múltiplos interesses públicos. Essa composição aproxima os atores públicos e privados em busca do *consenso* e compatibilidade dos desejos, superando o aspecto da unilateralidade que marcou a atuação da Administração.

Fala-se, então, na chamada “*Administração concentrada*”, que se desenvolve no âmbito do Estado de Direito, democrático e social, e que está aberta à participação e busca do consenso no momento de elaboração de suas manifestações.<sup>23</sup>

Nas palavras do professor Fernando Dias Menezes de Almeida, tem-se como elemento motivador desse tipo de administração a multiplicidade de interesses em sociedades complexas,

---

<sup>21</sup> A professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro rebate a crítica que contesta a utilização do conceito de interesse público em razão da sua indeterminação. Segundo a autora, “nem sempre a ideia de interesse público tem sentido indeterminado. Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais interna em relação a determinados institutos, como, exemplificadamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção da propriedade e na economia, as licitações”. Ibid., p. 98.

<sup>22</sup> MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução** - 3ª ed. - Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 234.

<sup>23</sup> NETO, Eurico Bitencourt. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. Lisboa: Almedina, 2017.

configuradas em muitos casos de modo metaindividual, e que demandam mais debates, negociações e mecanismos democráticos para aproximar Estado e cidadãos.<sup>24</sup>

Ainda no âmbito das alterações em torno da atuação consensual da Administração Pública, Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka<sup>25</sup> dão destaque para as concepções de *Estado em rede* e *Governança Pública* como as facetas da mudança de paradigmas operadas no séc. XXI.

A partir da teoria de Manuel Castells, os autores trabalham com a ideia de que o *Estado em rede* está pautado na concepção de superação de “uma organização autocentrada, hermética e incomunicável, com rígida e inabalável partilha de competências legislativas e administrativas”.<sup>26</sup>

Da referida teoria acerca do Estado em rede, destaca-se, também, além da *organização difusa* da estrutura estatal mencionada acima, outros dois elementos. O primeiro deles é o fortalecimento da participação social através de seus diferentes atores, distribuídos em rede, que demandam da Administração uma atuação capilarizada entre seus órgãos e entidades. O outro elemento seria o resultado da mistura de sociedade e Estado em rede no contexto da globalização: que se denominou *governo global*.

Ou seja, os três elementos mencionados acima: (i) enfraquecimento do Poder autocentrado graças a lógica difusa das sociedades em rede; (ii) o incremento da participação social e a atuação capilarizada da Administração; e (iii) o surgimento de um governo global, operam o processo, segundo o autor irreversível, de compartilhamento da soberania estatal.<sup>27</sup>

Já a *Governança Pública*, apontada como resultado da noção de Estado em rede, representaria uma outra opção para a Administração em relação às clássicas estruturas hierarquizadas de governo. Seu componente principal seriam os valores de uma sociedade

---

<sup>24</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 336.

<sup>25</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo J.; SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p. 303 - 322.

<sup>26</sup> Ibid., p. 307.

<sup>27</sup> Ibid., p. 307.

democrática e sua finalidade o alcance da estabilidade política e fortalecimento da sociedade civil por meio dos instrumentos de sua participação.<sup>28</sup> E acrescentam:

“Joan Prats I Català revela que as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX, especialmente na Europa, e traduzem um ‘consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamenta na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil’. Esclarece o autor que ‘a reforma das estruturas e procedimentos das Administrações Públicas passam a ser consideradas a partir da lógica da sua contribuição às redes de interação ou estruturas e processos de governança’”<sup>29</sup>

Parte da bibliografia sobre o tema, então, é fortemente marcada pela forma de olhar o *consenso* como meio de fortalecimento da democracia, como instrumento de legitimidade para a Administração e como caminho para concretização do Estado de Direito. Ou seja, um novo fundamento para atuação estatal e sua vinculação com a democracia.<sup>30</sup>

Em função disso, hoje fala-se na consensualidade como um princípio do Direito Administrativo, que deve, de forma transversal, estar presente nas decisões e operações realizadas pela Administração Pública e na prevenção e composição de conflitos.

Segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da consensualidade é um fator que se soma aos tradicionais instrumentos de pactuação firmados pela Administração (contratuais ou não contratuais). As relações negociadas (consensuais) firmadas a partir disso são, segundo o doutrinador, instrumentos céleres e eficazes para atingimento do interesse público a cargo da atividade estatal.<sup>31</sup>

### **2.3. Administração Pública consensual e seus mecanismos de aplicação**

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 308.

<sup>29</sup> Ibid., p. 308.

<sup>30</sup> Isso não exclui posicionamentos mais céticos em relação à consensualidade e a elevação do patamar do administrado frente ao da Administração nas relações negociais que se estabelecem, conforme apontamos acima.

<sup>31</sup> MOREIRA NETO; Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. - 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 173.

Dentre as fórmulas de aplicação da Administração Pública consensual, Gustavo de Oliveira e Cristiane Schwanka realçam os aspectos da *concertação administrativa* e a *contratualização*.<sup>32</sup>

A chamada “Administração concertada” é aquela pautada na atenuação das decisões unilaterais imperativas, com a crescente adoção de práticas consensuais e conciliatórias. Essa forma de agir tem como motivação o reconhecimento da vontade dos administrados, considerada de forma metaindividual, tanto no processo de formação das decisões quanto em seu conteúdo.<sup>33</sup>

Já o outro aspecto, identificado em torno dos contratos administrativos (*contratualização administrativa*), reduz a unilateralidade da Administração na imposição de suas deliberações em prol de composições, negociações e trocas com os atores sociais interessados.

O crescimento desse fenômeno (consensualidade), cria um “*módulo consensual da Administração Pública*” que abarca, além dos contratos administrativos, outros meios de ajustes consensuais na consecução das atividades administrativas.<sup>34</sup>

Como aponta Fernando Dias Menezes de Almeida, a noção de consenso é mais ampla do que as de convenção e contrato.<sup>35</sup> O autor explica que a convenção, por sua vez, é entendida como um gênero para acordos de vontade entre dois ou mais sujeitos.<sup>36</sup> Dentro desse grupo, encontram-se os contratos ou mesmo os tratados internacionais, todos como espécies do gênero. Em outras palavras: todo contrato é uma convenção, mas nem toda convenção é um contrato.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo J.; SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p. 314.

<sup>33</sup> Não se pode deixar de apontar a crítica em torno dessa ideia de aproximação de patamar da Administração e dos administrados. Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a proteção do interesse público também se constitui no poder de polícia. Em outras palavras, através dessa atividade o Estado impõe restrições ao exercício de interesses individuais em benefício do interesse da coletividade. DI PIETRO, Op. Cit., p. 96.

<sup>34</sup> Ibid., p. 315 – 316.

<sup>35</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 336.

<sup>36</sup> Ibid., p. 338

<sup>37</sup> Ibid., p. 338

Sobre os contratos firmados pela Administração Pública, especificamente, parte da doutrina entende os contratos administrativos como uma subespécie dos contratos. Isso em função, como já vimos, das prerrogativas administrativas exclusivas, como as “cláusulas exorbitantes”, pautadas na supremacia do interesse público, que diferenciam esses contratos dos firmados no Direito Privado.

Assumida essa característica, o fato é que os contratos são vetores da evolução percebida no âmbito da consensualidade. A erosão dessa supremacia do Direito Administrativo, como aponta Sabino Cassese,<sup>38</sup> nesse aspecto, promove a substituição da unilateralidade e supremacia pela bilateralidade e consenso.

De acordo com a professora Odete Medauar, o florescimento da atuação administrativa consensual fez surgir “novas figuras contratuais”, decorrentes do acordo, consenso, cooperação e parcerias entre a Administração Pública e os particulares ou mesmo entre órgãos integrantes da máquina estatal.<sup>39 40</sup>

Já os acordos administrativos possuem uma acepção mais ampla do que os contratos, no qual também os abarca. São por meio dos acordos, por exemplo, que se efetiva métodos alternativos de *conciliação* e *transação administrativa*, que, de forma negociada, põe fim a situações jurídicas controvertidas.<sup>41</sup> A conciliação, por sua vez, também envolve a solução de um conflito, mas essa função é conferida a um terceiro.

Retomando a referência à doutrina do professor Fernando Dias Menezes de Almeida, o autor faz menção a quatro vetores de consensualidade que, no nosso entender, podem ser identificados na Lei nº 14.133/2021. Os pontos apresentados são: (i) aplicação de novas fórmulas pela Administração Pública na formação de relações subjetivas com parceiros

---

<sup>38</sup> CASSESE, Sabino, apud ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 342.

<sup>39</sup> MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. - 21ª ed. - Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 231.

<sup>40</sup> Não se pode deixar de mencionar a crítica que existe em torno da flexibilização do regime jurídico administrativo, como o surgimento de novas formas contratuais e a tensão em torno do princípio da legalidade. Nas palavras da professora Maria Sylvia Z. Di Pietro “o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de eficiência”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Dos Riscos para o Princípio da Legalidade. **GenJur**. 02.05.2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/02/dos-riscos-para-o-principio-da-legalidade/>. Acesso em 8 de nov. de 2022.

<sup>41</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo J.; SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p 317.

privados; (ii) substituição de mecanismos baseados na hierarquia por outras formas de relações internas da própria Administração; (iii) estímulo à participação dos cidadãos, na qualidade de destinatários finais das decisões da Administração; e (iv) utilização de formas alternativas de resolução de conflitos.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 346.

### 3. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/2021)

#### 3.1. Consensualidade e suas principais características na Lei nº 14.133/2021:

Durante quase 30 anos a Administração Pública brasileira contratou bens, obras e serviços através da Lei nº 8.666/1993. A lei, que substituiu o Decreto-lei nº 2.300/1986, sempre foi alvo de críticas em razão do seu excesso de formalismo e procedimentos excessivamente burocráticos.<sup>43</sup> Por essa razão, uma nova lei que regulamentasse as licitações e os contratos administrativos no país sempre foi muito aguardada.

Com a promulgação da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a nova e aguardada legislação ingressou no ordenamento jurídico com um regime diferenciado de vigência. Segundo o seu art. 191,<sup>44</sup> durante os 2 (dois) anos que se seguissem ao da publicação da lei, os órgãos da administração poderiam optar em licitar utilizando a Lei nº 14.133/2021 ou as legislações antigas, que serão revogadas após esse prazo previsto para a transição de um regime para outro (art. 193, II).<sup>45</sup>

A substituição de antigos diplomas legais sobre a matéria de licitações e contratos administrativos pela Lei nº 14.133/2021 é, como apontou Rafael Oliveira, uma das características mais fortes da nova legislação.<sup>46</sup> Os legisladores, ao longo dos anos, optaram por alterar o regime de contratações públicas criando novas leis sem reformar de forma ampla a Lei nº 8.666/1993. As bem-sucedidas experiências incorporadas ao longo do tempo, como o

---

<sup>43</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Op. Cit., p. 50.

<sup>44</sup> Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

<sup>45</sup> Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Rafael C. R. A nova lei de Licitações: um museu de novidades? **ConJur**. 23.12.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em 29 de out. 2022.



Pregão (Lei nº 10.520/2002) e o RDC (Lei nº 12.426/2011) foram, então, assimiladas pela nova legislação.

Para além do mérito de concentrar normativos esparsos até então existentes, a nova lei foi alvo de críticas justamente por não ter adicionado novidades “reais” em seu texto.<sup>47</sup> Permanece, como aponta a doutrina, a marca de excesso de burocracia, com detalhamento de diferentes procedimentos que mantêm a onerosidade em licitar e contratar com a Administração. Outra medida que também não inovou propriamente foi a positivação de orientações já consagradas na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e que, portanto, já vinham sendo aplicadas no cotidiano das licitações.

A lei, contudo, deu passos importantes em direção à consensualidade. Tratava-se, pois, de uma demanda daqueles que lidavam e manejavam a Lei 8.666/1993, marcada fortemente pelos procedimentos engessados e por regras que, muitas vezes, estavam distantes da realidade do dia a dia da Administração Pública. No entendimento de Cristiana Fortini “o avançar do tempo e a consolidação do viés democrático impuseram a maior permeabilidade da administração pública”, que refletiram na edição e promulgação da lei.<sup>48</sup>

Foram inseridos, então, instintos ligados à ideia de uma administração focada em resultados e atrelada ao princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/88) e que já existiam, em sua maioria, no ordenamento jurídico brasileiro, mas estavam espalhados em outras legislações. São exemplos disso o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), utilizado em concessões e PPPs, e os meios alternativos de resolução de controvérsias, como a conciliação e a mediação (Lei nº 13.140/2015) e a arbitragem (Lei nº 9.307/1996, alterada nesse ponto pela Lei nº 13.129/2015).

Outra característica foi a internalização, para o direito brasileiro, de uma nova modalidade de licitação, conhecida como diálogo competitivo (art. 32, da Lei nº 14.133/2021).<sup>49</sup> Com forte presença no direito comunitário europeu, regulada através da

---

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> FORTINI, Cristiana. O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17. **ConJur**. 24.05.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417>. Acesso em 29 de out. 2022.

<sup>49</sup> 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;

Diretiva 2014/24 da União Europeia, a nova modalidade confere maior transparência para o envolvimento entre Administração e particulares na busca de soluções para problemas e necessidades públicas de natureza específica.

Acompanhando a sistematização feita pelo professor Fernando Dias Menezes de Almeida,<sup>50</sup> trabalhada no Capítulo 2 deste trabalho, a Lei nº 14.133/2021 também previu outros mecanismos de aplicação da consensualidade no campo das licitações e contratos administrativos.

Para mencionar apenas alguns exemplos, no âmbito da cooperação interna da própria estrutura administrativa do Estado, podemos citar a governança das contratações pela alta administração do órgão ou entidade licitante (art. 11, parágrafo único); o planejamento de demandas dos entes federativos, por meio de elaboração de planos de contratações anuais que visam a racionalização de despesas (art. 12, VII); a centralização de procedimentos para aquisição e contratações de bens e serviços; e a criação de um catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras pelo Poder Executivo Federal e pelos demais entes federativos (art. 19, incisos I e II).

O estímulo ao envolvimento dos particulares nas decisões e medidas tomadas pela Administração também tem destaque em diferentes dispositivos da nova lei. Trata-se, como vimos, de mudanças em relação à unilateralidade da atuação do Poder Público e tentativa de absorção do conhecimento do setor privado para conferir melhores resultados e eficiência aos contratos de obras, serviços e aquisição de bens para a Administração.

São exemplos de normas indutoras de cooperação entre o público e o privado: (i) a possibilidade de contratação de equipe de apoio ou mesmo empresa para auxiliar os agentes de contratações quando o objeto da licitação envolver bens ou serviços especiais (art. 8º, §§§ 2º,

---

b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e

c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

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

a) a solução técnica mais adequada;

b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;

c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; (...)

<sup>50</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 346.

3º e 4º); (ii) a permissão, a critério da Administração, para que os envolvidos na elaboração de projetos participem no apoio das atividades de planejamento, execução da licitação e gestão do contrato de serviços que estejam a cargo do próprio Poder Público (art. 14, §2); e (iii) a própria modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, onde o órgão público ou entidade licitante atuará em conjunto com o parceiro particular para chegar a uma solução para a demanda apresentada pela Administração (art. 32).

Quanto às novas fórmulas de estabelecimento de relações subjetivas entre Estado e particulares, menciona-se a contratação por credenciamento (art. 6º, XLIII c/c art. 74, IV) ou a possibilidade de execução do objeto contratual pela seguradora, na hipótese de inadimplemento do contratado, que ficará isenta de pagar a importância referente à obrigação (art. 102, parágrafo único).

Outrossim, em relação ao emprego de técnicas baseadas em formas de prevenção de conflitos, a Lei nº 14.133/2021 prevê, como visto, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (art. 151, *caput*). O parágrafo único do dispositivo ressalva que a aplicação desses instrumentos poderá ser feita quando a controvérsia envolver direitos patrimoniais disponíveis, como é o caso do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De fato, há uma tendência de estímulo e criação de caminhos que intensificam a utilização da consensualidade administrativa na Lei 14.133/2021. Como pôde ser observado, para além da ideia do contrato administrativo como expressão do ideal de convenção ou consenso, existem outros instrumentos aptos a garantir a atuação dialógica da Administração Pública nessa matéria.

Outra característica relevante da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é a previsão de um extenso rol de princípios aplicados especificamente ao campo de contratações públicas.<sup>51</sup> Além de reproduzir os clássicos princípios presentes no *caput* do art. 37 da

---

<sup>51</sup> 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 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).

Constituição da República, o legislador também optou por mencionar expressamente a incidência da LINDB nesta matéria, em que pese posicionamentos de que não havia necessidade de previsão expressa no texto da nova lei.<sup>52</sup>

Destacamos da LINDB, em matéria de consensualidade, o artigo 26, que pode ser útil para o dia a dia das contratações. Isso, é claro, sem ignorar a preocupação central em torno da reforma produzida pela Lei nº 13.655/2018 de preservar e conferir maior segurança jurídica ao gestor que pretende realizar uma gestão a partir de abordagens inovadoras, mas que teme as futuras consequências de seus atos perante os órgãos controladores.<sup>53</sup> Fenômeno que ficou conhecido como o “apagão das canetas”.

Enquanto o art. 26 concede espaço para que os gestores negociem e celebrem acordos envolvendo assuntos públicos, outros dispositivos também ganham destaque. O art. 29 prevê a realização de consultas públicas para aproximar o público e os particulares na elaboração de atos normativos de direito público que teriam o potencial de gerar conflitos em torno da sua interpretação.<sup>54</sup>

Já o art. 30 da nova LINDB estabelece o dever para Administração de buscar incrementar a segurança jurídica em torno da aplicação das normas de direito público, valendo-se, para isso, de “regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”. Essas medidas asseguram a coerência da própria Administração, uma vez que deve respeitar seus próprios precedentes, facilitando, dessa forma, a aproximação de outros atores externos à sua própria estrutura. Nas palavras dos professores Egon Bockmann Moreira e Paula Pessoa Pereira:

“A LINDB constitui um sistema de aplicação do Direito Público, por meio de condicionantes de validade das decisões, lado a lado com respectivos

---

<sup>52</sup> “A rigor, seria despicienda a previsão de que as disposições constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) se aplicam às licitações públicas, uma vez que elas seriam aplicáveis mesmo no silêncio da nova lei de licitações. Entretanto, tal previsão é bem recebida, sobretudo sob o ponto de vista pedagógico.” RÊGO, Eduardo de Carvalho. Princípios Jurídicos Previstos no Projeto da Nova Lei de Licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. (E-book). Zenite, 2020.

<sup>53</sup> BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio (Editores). **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio Editora. p. 206, nov. 2018.

<sup>54</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018: proposta de sistematização e interpretação conforme** - Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 229, 2019.

parâmetros de aplicabilidade. O artigo 30, aqui comentado, diz respeito ao dever de instauração e incremento da segurança jurídica por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa. Ele convive com os fenômenos da indeterminação do Direito, do impacto do constitucionalismo na atividade decisória e foca no dever de criação de precedentes (*lato sensu*), como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da atividade decisória pública”.<sup>55</sup>

Outros princípios da Lei nº 14.133/2021, como o do planejamento, segurança jurídica, celeridade, transparência, dentre outros, refletem em comandos e procedimentos específicos por ela previstos, dos quais alguns foram mencionados acima, e que têm como marca, também, a consensualidade. Seja na definição de prioridades internas de um ente em relação às contratações que pretende realizar, ou em função da previsão e disciplina de institutos que iluminam a forma como se dará a cooperação entre agentes públicos e privados.

Assim como ocorria com os princípios previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, o rol principiológico do art. 5º da Lei nº 14.133/2021 não parece ser exaustivo. Aliás, a própria doutrina diverge em relação a quantidade e o conteúdo exato dos princípios aplicáveis à matéria de licitações.<sup>56</sup> Isso sem deixar de fazer a observação de que a própria licitação, exigida no inciso XXI, do art. 37, da CRFB/88, é em si um princípio que vincula a Administração Pública.

Embora não expresso na Lei nº 14.133/2021, a consensualidade é também considerada um princípio da matéria, que pode ser extraída implicitamente de vários institutos presentes no novo diploma. Nesse sentido, veja-se o posicionamento do doutrinador Flávio Amaral Garcia:

“...a consensualidade se revela como um instrumento de efetivo incremento da eficiência administrativa, eis que pela via da cooperação se poderá materializar o atendimento de um interesse público primário. Trata-se, pois, de uma nova visão da Administração Pública, que se legitima pelos resultados, e não apenas pelo cumprimento eficaz de trâmites burocráticos.

A realização de procedimento de manifestação de interesse, por exemplo, nas concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos e outros

---

<sup>55</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio (Editores). **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: FGV Direito Rio Editora, p. 261, nov. 2018.

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** - 33. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 772;

tipos contratuais reflete uma maior abertura à consensualidade, incrementando espaços de negociações e diálogo com os administrados. As audiências públicas e consultas públicas, do mesmo modo, viabilizam por meio da consensualidade a busca da eficiência administrativa, despindo-se o ente público de ser o único protagonista a definir e, mesmo, impor os modos e meios de execução do interesse público”.<sup>57</sup>

Portanto, a tendência demonstrada nas últimas décadas de crescente participação da sociedade civil na formação da vontade estatal está presente nas recentes alterações que ocorreram no Direito Público brasileiro. Em primeiro lugar, a reforma da LINDB consolidou uma série de entendimentos em torno da consensualidade nas regras gerais de aplicação e interpretação do direito brasileiro.

Posteriormente, na mesma linha da Lei nº 13.655/2018, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) aprofundou os mecanismos de consensualidade. Em que pese a ausência de grandes inovações na matéria, o novo diploma prevê uma série de técnicas e instrumentos que aplicam a consensualidade em quatro grandes eixos: (i) na cooperação entre órgãos da própria estrutura da Administração; (ii) entre Poder Público e parceiros privados; (iii) nas novas fórmulas de formação de relações subjetivas com particulares; e (iv) através de instrumentos alternativos de resolução de controvérsias que não envolvam a disponibilidade de direitos patrimoniais indisponíveis.

### **3.2. Cooperação entre órgãos da Administração**

A Lei nº 14.133/2021 se propõe a colocar em prática diferentes modos de operacionalizar os meios de consensualidade na atuação administrativa. Estes instrumentos envolvem não só os particulares, mas também os próprios órgãos e entidades integrantes da estrutura do Estado. As medidas têm como objetivo a redução de perdas e o ganho em eficiência, com o foco na otimização de recursos cada vez mais escassos para o enorme volume de funções atribuídas ao Poder Público.

A análise do desenho da cooperação institucional pensada pelos legisladores é fundamental para compreender o consensualismo e os instrumentos de diálogo praticados na

---

<sup>57</sup> GARCIA, Flávio Op. cit., p. 75;

Lei nº 14.133/2021. Segundo o professor Fernando Dias Menezes de Almeida, nesses casos há a substituição de mecanismos pautados na hierarquia (tanto no sentido jurídico quanto no sentido político) por acordos nas relações internas da Administração.<sup>58</sup>

O art. 11 da lei lista quais são os objetivos do processo licitatório, e faz menção à ideais já consagrados na área, como a seleção da proposta mais vantajosa, o tratamento isonômico entre os licitantes, a preocupação em evitar contratações por preços inexequíveis ou superfaturados e o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável.

Contudo, o parágrafo único do artigo insere uma novidade: a governança nas contratações. A ideia é impulsionar a eficiência, a efetividade e a eficácia das contratações públicas a partir de uma atuação mais próxima dos órgãos e entidades da Administração e seus órgãos de comando. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos

(...)

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

O TCU já vinha aplicando o conceito de governança das aquisições em seus julgados, inclusive em termos muito semelhantes ao descrito na nova lei, como ilustra o acórdão abaixo:

2.2 Visão geral do objeto

12. Governança das aquisições consiste no **conjunto de mecanismos de liderança**, estratégia e controle postos em prática para **avaliar, direcionar e monitorar** a atuação da gestão das aquisições, **com objetivo que as aquisições agreguem valor ao**

---

<sup>58</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 346.

**negócio da organização**, com riscos aceitáveis. (grifos nossos).  
(Acórdão nº 1.545/2016 - Plenário TCU, Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 15.06.2016).

Percebe-se, então, que fica a cargo de uma autoridade superior o comando e o controle de governança das aquisições. No referido acórdão, que avaliou as práticas de governança e aquisição na Universidade Federal do Ceará, o TCU apontou fragilidades em torno da deficiência acerca da definição de políticas de compras conjuntas, na atuação insuficiente do órgão de auditoria interna e na falta de definição de outros instrumentos de controle por parte do alto comando da entidade.

A fim de superar essas questões, o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021 determina que os órgãos e entidades integrantes do Poder Público se organizem e se comuniquem internamente para, atuando de forma conjunta e sob a orientação do alto comando responsável, otimizem seus ganhos, melhorem seu desempenho e amadureçam institucionalmente através do diálogo.

Indo no mesmo sentido, o art. 12, VII, da Lei nº 14.133/2021<sup>59</sup> prevê que os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão concentrar e racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência através da elaboração de um plano de contratações anual, de modo a garantir seu alinhamento com o planejamento estratégico e, ao mesmo tempo, subsidiar a elaboração das leis orçamentárias.

O princípio do planejamento, que está embutido na regra mencionada acima, demanda o envolvimento de um órgão central com boa capacidade de coordenação das demandas de outros órgãos a ele vinculados, bem ao estilo de uma administração verdadeiramente gerencial. A racionalização das contratações, mediada por essa regra, ocorrerá a partir do estabelecimento de um bom prognóstico das necessidades reais que serão levantadas entre os órgãos subordinados.

---

<sup>59</sup> Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

**VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão**, na forma de regulamento, **elaborar plano de contratações anual**, com o objetivo de **racionalizar** as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. (grifos nossos).



A ideia é reforçada pelo inciso I, do art. 19 da Lei nº 14.133/2021,<sup>60</sup> por meio da ação dos órgãos da Administração com competências regulamentares, que devem criar os instrumentos necessários para a centralização das aquisições. O art. 181 é ainda mais claro, determinando expressamente que os entes federativos deverão instituir centrais de compras, com o objetivo de realizar aquisições em grande escala para atender os diversos órgãos e entidades sob sua competência.

E avança: no caso de municípios menores, de até 10.000 (dez mil) habitantes, deverá ser dada preferência para uma atuação conjunta entre esses entes federativos, por meio de consórcios públicos (art. 181, parágrafo único). Destaca-se que essa possibilidade de união de entes federativos em torno de um consórcio público foi dada pela Lei nº 11.107/2005, posterior à edição da Lei nº 8.666/1993, e que ganha destaque no novo regramento de licitações e contratos administrativos promovido pela Lei nº 14.133/2021.

Nesse sentido:

**“A Lei 14.133, de 2021, veio então reforçar a cooperação federativa para descentralizar a gestão pública** de maneira eficiente em busca de uma melhor prestação dos serviços públicos.

Dessa maneira, os consórcios, enquanto pessoas jurídicas criadas por lei com a finalidade de executar a gestão associada de serviços públicos, **são claramente bons instrumentos de gestão centralizada** de serviços públicos.

**Assim, quando um serviço público for considerado de interesse de mais**

---

<sup>60</sup> Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

(...)

**de um ente federado eles poderão se associar para criar consórcio a fim de realizar gestão centralizada**, podendo ser instituído como associação pública (autarquias de caráter especial, integrando a administração indireta dos entes consorciados) ou pessoa jurídica de direito privado devendo, nesse caso, atender os requisitos exigidos pela legislação civil.<sup>61</sup> (grifos nossos)

Outra medida adotada para, através da cooperação, centralizar e racionalizar as informações ligadas às contratações públicas é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).<sup>62</sup> O *site*, que será responsável pela divulgação centralizada dos atos exigidos pela própria Lei nº 14.133/2021, tem como méritos a capacidade de desempenhar um importante papel de gerenciamento e, ao mesmo tempo, ser, em termos de *accountability*, uma relevante medida anticorrupção, pois dará maior transparência às diferentes informações decorrentes da lei (como os contratos firmados, as base de preços, as sanções aplicadas etc.).<sup>63</sup>

Por fim, outro instrumento previsto na lei que pode ser apontado como mecanismo para incrementar a atuação conjunta entre os órgãos internos da Administração, ou seja, capaz de pautar um comportamento de consenso no interior do Estado é o envolvimento dos órgãos de assessoramento jurídico nos atos e decisões tomadas.

Segundo o *caput* do art. 53 da Lei nº 14.133/2021, ao final da fase preparatória, assim como já ocorre na Lei nº 8.666/1993, o processo licitatório em andamento deve ser encaminhado ao órgão de assessoramento jurídico.<sup>64</sup> A análise jurídica tem como fim o controle

---

<sup>61</sup> MARRY, Michelle; SILVA, Vlândia P. O Estado mudou. A administração também. Como alocar a (boa) experiência da centralização de aquisições públicas ao longo desse caminho? **Migalhas**. 30.08.2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-administrativo/372577/centralizacao-de-aquisicoes-publicas-ao-longo-do-caminho>. Acesso em 26 de out. 2022.

<sup>62</sup> Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:  
I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;  
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

<sup>63</sup> MARÇAL, Thaís; BRAGA, Marcus Vinicius de A. Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) - Uma janela de oportunidade. **Migalhas**. 30.03.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342667/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp-janela-de-oportunidade>. Acesso em 26 de out. 2022.

<sup>64</sup> Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;  
II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;  
III - (VETADO).

prévio de legalidade e a apreciação dos autos a partir dos critérios objetivos previamente estabelecidos de atribuição de prioridades (inciso I).

Uma novidade neste campo se insere na previsão de que os órgãos jurídicos devem adotar uma linguagem clara e objetiva na apreciação dos elementos indispensáveis à contratação (inciso II). Essa boa prática consolidada na nova lei objetiva que o auxílio prestado por esses órgãos esteja ao alcance da compreensão dos gestores, para que assim tornem-se efetivas as recomendações. Joel de Menezes Niebuhr faz o seguinte apontamento sobre o tema:

“O Legislador não se contentou com meros vistos ou pareceres genéricos por parte da assessoria jurídica (...).

É importante salientar que o projeto da nova lei de licitações, conforme o seu artigo 52, não exige apenas a apreciação do edital e dos documentos que lhe são anexos. Passa-se a exigir, expressamente, a avaliação de todo o processo licitatório, logo a revisão jurídica de todos os atos praticados na etapa preparatória.

Na prática, essa nova percepção aproxima a assessoria jurídica de um órgão de controle interno ou de auditoria, porque os advogados terão de analisar a correção dos procedimentos dos agentes administrativos que atuaram no curso de todo o processo”.<sup>65</sup>

Já o §4º envolve os órgãos de assessoramento jurídico, por meio da manifestação prévia de legalidade, na celebração de contratações diretas e acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços e outros documentos semelhantes.

Dessa forma, as possibilidades abertas em um primeiro momento pelo art. 26 da LINDB e reproduzidas na própria Lei nº 14.133/2021, em termos de celebração de acordos, ganham

---

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§ 4º Na forma deste artigo, 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.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

§ 6º (VETADO).

<sup>65</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Fase preparatória das Licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. (E-book). Zenite, 2020.

um importante mecanismo para conferir mais segurança jurídica aos gestores envolvidos. Nesse sentido:

“A Nova Lei de Licitações e Contratos guiará o trato de inúmeros contratos administrativos e licitações, mas é seguro dizer que sua aplicação deverá observar necessariamente os ditames da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB). Com isso, ressalta-se, mais uma vez, que a possibilidade de celebração de acordo não deve mais ser tratada como “exceção”, mas sim como verdadeira “regra” no âmbito das relações públicas. Trata-se de nova sistemática e verdadeira mudança de paradigma consolidada pelo art. 26 da LINDB”.<sup>66</sup>

A reforma da LINDB, realizada pela Lei nº 13.655/2018, que teve como finalidade a garantia de segurança para os bons gestores públicos e também a inserção de novas formas de consenso na atuação da Administração, como é o caso do já mencionado no art. 26. O envolvimento dos órgãos de controle interno na celebração desses instrumentos é fundamental para que a *ratio* da nova LINDB e da Lei nº 14.133/2021 se concretizem.

Além da LINDB, é preciso que a presença dos dispositivos que preveem a atuação colaborativa entre os órgãos da própria administração seja verificada pelas assessorias jurídicas. É latente o desejo do legislador em ver na prática ações que, de forma integrativa, melhorem a eficiência das contratações públicas e racionalizem os gastos públicos através do planejamento, governança, transparência e parcerias.

### 3.3. Cooperação entre Entes Públicos e Privados

O desenvolvimento do consenso como forma alternativa à unilateralidade da ação estatal, para parcela da doutrina administrativista, renova as práticas em torno dos atos e decisões tomadas pela Administração Pública. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o *consenso* aprimora a governabilidade (eficiência), reduz os abusos (legalidade), garante atenção a todos os interesses (justiça), confere meios para uma decisão mais sábia e prudente

---

<sup>66</sup> VALIATI, Thiago P; FERREIRA, Pedro H; LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). **Nova LINDB - Proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 104.

(legitimidade), evita desvios morais (licitude), estimula a responsabilidade da população (civismo) e torna as decisões estatais mais aceitáveis (ordem).<sup>67</sup>

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) avançou nos estímulos à participação dos administrados e outros interessados na construção dos resultados que são almejados pelas contratações públicas. Contudo, o estreitamento dessa relação deve ser feito com a garantia de que haverá imparcialidade, impessoalidade e ausência de eventuais conflitos de interesses.<sup>68</sup>

Existem várias normas indutoras de cooperação entre o Poder Público e o privado na nova Lei de Licitações. Registra-se que elas estão espalhadas nas diferentes fases da licitação previstas na lei, como na preparatória, a exemplo da colaboração no momento de construção do objeto; na fase externa, até o momento de homologação do resultado; assim como em uma modalidade de licitação específica, o diálogo competitivo.

Todos os atos praticados em uma licitação são divididos entre duas grandes etapas: a fase interna e a fase externa do certame. A fase interna é a etapa em que a Administração promove uma série de atos que irão preparar a licitação e, portanto, os autos tramitam ainda internamente, somente no âmbito do órgão ou entidade que irá promovê-la.<sup>69</sup>

A Lei nº 14.133/2021, entretanto, abre um pouco esta etapa, antes restrita somente aos agentes da própria Administração envolvidos na elaboração do edital e dos documentos que o acompanham. A abertura ocorre numa tentativa de melhorar a qualidade técnica do processo e, com isso, tornar mais eficientes as contratações.

Em relação a fase interna, o *caput* do art. 8º da lei determina que a licitação deve ser conduzida por um agente de contratação, que deve ser uma “*pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública*”, nos mesmos termos da definição constante no inciso LX do art. 6º da lei. Ou seja, a nova legislação tratou de qualificar o sujeito que será responsável pelo certame

---

<sup>67</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 145, 2003.

<sup>68</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2021.

<sup>69</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit. p. 189.

e que tem o dever de impulsioná-lo, mas que, ao mesmo tempo, poderá ser auxiliado por uma equipe de apoio (art. 8º, §1º).

O §3º do art. 8º, ao disciplinar a atuação dos agentes de contratação e da equipe de apoio, estabelece que deverá ser editado regulamento específico para tratar do assunto. Além disso, determina que o regulamento preveja a possibilidade de apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno. No âmbito da União, foi editado o Decreto nº 11.246/2021 para regulamentar a forma de atuação, as obrigações e responsabilidades de cada um desses atores na licitação.

Segundo o Decreto, a participação dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno ocorrerá por meio de orientações gerais ou confecção de respostas a partir de solicitações de apoio dos próprios órgãos (art. 15, §1º). Além disso, o §2º reforça que, sem prejuízo do previsto no §1º, o órgão ou entidade pública poderá solicitar auxílio específico ao órgão de assessoramento jurídico, que deverá elaborar resposta à consulta de forma clara e individualizada.

O §3º, por sua vez, atribui aos órgãos de controle interno do Executivo Federal a participação em torno dos aspectos de “governança, gerenciamento de riscos e controles internos administrativos da gestão de contratações”, reforçando elementos norteadores da Lei nº 14.133/2021, como tem sido trabalhado. O §4º do art. 15, por fim, obriga o agente de contratação a considerar as manifestações mencionadas, caso se apresentem no processo administrativo, antes de elaborar decisões.

Por óbvio, o *caput* do art. 8º da Lei nº 14.133/2021 exige que o agente de contratação possua vínculos com a Administração, uma vez que agirá em seu nome e em prol do interesse público. O §4º do art. 8º, contudo, traz uma importante regra de cooperação público-privada, ainda na fase interna da licitação, e que pode ser aplicada em situações especiais, veja:

“Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras

atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

(...)

**§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos** responsáveis pela condução da licitação. (grifos nossos)

Em outras palavras, o dispositivo permite que a Administração busque no mercado parceiros para assessorar o agente de contratações desde que o objeto, em razão da sua especificidade, gere essa necessidade. Neste caso, o legislador, reconhecendo as limitações da Administração, que nem sempre terá domínio sobre o objeto que ela própria necessita, regulamenta o caminho para que os gestores contem com o auxílio de particulares que possuam a *expertise* exigida.

A forma escolhida, de contratação, garante a isonomia desse procedimento, uma vez que será precedida de uma outra licitação, que permitirá a participação de todos os interessados que preencham os requisitos pré-estabelecidos de qualificação. O art. 7º do Decreto Federal nº 11.246/2021 dispõe que a contratação, nesses casos, deve ser feita a prazo determinado, reproduzindo a previsão legal da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A empresa ou o profissional com especialidade na matéria contratado com base no dispositivo assume a responsabilidade civil objetiva pela veracidade e precisão das informações por ele prestadas, além de ter o dever de assinar compromisso de confidencialidade, bem como não poderá assumir responsabilidades exclusivas dos membros da comissão de contratação (§1º). Isso, contudo, não exime os membros da comissão de eventuais responsabilizações, dentro, claro, dos limites das informações recebidas pelo terceiro contratado (§2º).

Já o art. 14 traz outra regra interessante para essa relação. Os incisos I e II do *caput* do artigo trazem algumas hipóteses que vedam a participação de empresas envolvidas na fase de elaboração da licitação para apresentarem propostas no certame ou mesmo para participarem da execução do contrato.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

No entanto, o §2º estabelece que, a critério da Administração, aqueles que se enquadram nas circunstâncias dos incisos I e II do *caput*, em que pese as proibições impostas, poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, execução da licitação ou da gestão do contrato, “*desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade*”.<sup>71</sup>

Nota-se que houve uma tentativa de aproximar os parceiros privados que acumularam conhecimento sobre a matéria, por terem participado da etapa de elaboração da contratação, para próximo da atuação administrativa posterior à publicação do edital. As ressalvas de que esses parceiros só poderão atuar em linhas auxiliares a serviço da Administração e sob a sua fiscalização são fundamentais para preservar a isonomia, uma vez que as vedações dos incisos I e II versam, justamente, sobre a preservação do princípio da igualdade de condições entre os licitantes.

Trata-se, assim, de uma previsão legal em que se aplicam diferentes conceitos que têm sido trabalhados. Em primeiro lugar, é latente a atuação consensual entre os setores público e privado em busca da consecução do interesse público envolvido nas contratações administrativas. Em outras palavras, o dispositivo permite que o agente que tenha participado da fase instrutória da licitação avance para outros momentos do processo, subsidiando o Poder Público com seu conhecimento técnico, mas, ao mesmo tempo, estando subordinado a ele enquanto um prestador de serviços consultivos.

Em segundo lugar, pode-se dizer que permanece a preocupação em preservar a isonomia da Administração para com seus administrados, já que o dispositivo mantém a vedação de que esses agentes apresentem propostas no certame. Além disso, caso esteja presente a avaliação de que é interessante a permanência do parceiro privado no decorrer do

---

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados; (...)

<sup>71</sup> Art. 14. §2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.



contrato, ele não será nada além do que um prestador de serviços, estando, ainda, sujeito a fiscalização.

Em terceiro lugar, menciona-se o ganho em eficiência que essa colaboração pode trazer. Como normalmente a Administração contrata a elaboração de projetos quando existe alguma dificuldade em construí-los, o aproveitamento desse conhecimento durante toda a cadeia da licitação e, posteriormente, durante a execução do contrato, pode ser bastante proveitoso. O elemento gerencial presente é o de superação das barreiras entre a atuação conjunta pelos agentes públicos e privados, valendo-se da colaboração desses atores para a definição do interesse público nos atos e decisões tomadas no âmbito da contratação.

Já o art. 21 da Lei nº 14.133/2021<sup>72</sup> traz outro aspecto interessante em termos de cooperação e consenso, pois para possibilitar a manifestação de todos os interessados na contratação no momento de construção do objeto contratual, prevê a realização de audiências ou consultas públicas. Este mecanismo já se insere na fase externa da licitação, quando ocorre a publicização das informações do Edital e dos documentos que o acompanham e conta com a participação de terceiros.<sup>73</sup>

Na nova lei, a realização de audiências e consultas públicas é uma faculdade, que deverá ser analisada pelo gestor em cada caso. Diferentemente da disciplina da Lei nº 8.666/1993, não há, na Lei nº 14.133/1993, obrigatoriedade de realização de audiência pública para licitações acima de determinado valor.<sup>74</sup> Mas, caso ocorram, as audiências ou consultas públicas iniciarão a fase externa do certame.

---

<sup>72</sup> 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. (grifos nossos)

<sup>73</sup> CARVALHO FILHO, José dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. - São Paulo: Atlas, p. 314, 2014.

<sup>74</sup> Art. 39 da Lei nº 8.666/1993. 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.

A realização de audiência pública é um instrumento que permite a manifestação dos interessados na licitação (licitantes ou não), de modo que obtenham todas as informações relevantes sobre a disputa. Para Flávio Amaral Garcia, essa é uma ferramenta que incrementam as contratações sob o ponto de vista da transparência e do debate:

“Essa ferramenta permite a construção de uma relação dialógica com os operadores econômicos e com a própria sociedade, concretizando o princípio republicano e viabilizando a participação dos administrados, o que legitima e confere transparência às operações eleitas pelo gestor”.<sup>75</sup>

As sugestões feitas pelos administrados nessa fase de debates não são vinculantes, cabendo ao gestor avaliar, dentro da sua discricionariedade e capacidade técnica, as ponderações feitas. Sendo consideradas pertinentes, as alterações impactarão na alteração das minutas do Edital, Termo de Referência e outros documentos anexos ao Edital.

O parágrafo único do art. 21 fala em submissão prévia da licitação à consulta pública. Segundo o Ministério da Justiça,<sup>76</sup> a diferença entre os institutos consiste no fato de que a audiência pública é uma reunião pública mais informal e onde, geralmente, as sugestões e debates são feitas de forma oral. As consultas, entretanto, também visam a disponibilização das informações a todos os interessados, mas o retorno geralmente se dá por escrito, dentro do prazo fixado.

Outro elemento de consensualidade entre as esferas pública e privada está prevista na seção I, do Capítulo X, da Lei nº 14.133/2021, que disciplina os chamados “instrumentos auxiliares” à disposição da Administração para otimizar os processos de contratações. O art. 78 lista quais são esses procedimentos, sendo: (i) credenciamento; (ii) pré-qualificação; (iii) procedimento de manifestação de interesse; (iv) sistema de registro de preços; e (v) registro cadastral.

Do ponto de vista da atuação dialógica, o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI possui grande destaque, por fortalecer a cooperação com parceiros privados que, valendo-

---

<sup>75</sup> GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 218.

<sup>76</sup> <https://www.gov.br/mj/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social>. Acesso em 02 de nov. de 2022.

se do seu conhecimento, ajudarão a Administração na construção das soluções que melhor atendam o interesse público. O instrumento é detalhado no art. 81, que diz o seguinte:

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. (...)

A previsão, mais uma vez, reconhece as limitações administrativas e abre espaço para que os parceiros privados interessados cooperem com a construção de soluções das quais a Administração necessita. Assim como o Diálogo Competitivo, presente no art. 32 da nova lei, o parceiro privado contribui para a construção do próprio objeto contratual. Entretanto, o PMI, enquanto um procedimento auxiliar, ocorre antes da licitação, enquanto o diálogo é uma própria modalidade de licitação.

Ademais, ao detalhar as formas de como se dará essa assistência, o inciso II do § 2º do art. 81 diz que a realização dos estudos, investigações, levantamentos e projetos pela iniciativa privada sequer obriga a realização da licitação. Além disso, não dará ao realizador do estudo o direito de preferência no certame (inc. I), assim como não implica no dever de ressarcimento de valores envolvidos na elaboração (inc. III), uma vez que o inc. IV determina que é do eventual contratado (vencedor da licitação) o dever de remunerar o parceiro privado, vedando, inclusive, quaisquer cobranças do poder público.

Ou seja, o intuito desta ferramenta acrescida ao campo das licitações e contratações públicas pela Lei nº 14.133/2021 é de que, após o chamamento feito pela Administração, parceiros privados com conhecimento sobre o tema da contratação elaborem estudos, levantamentos, investigações etc., para que os resultados contribuam para a definição de soluções inovadoras para o futuro contrato.

Após esse procedimento, a Administração poderá passar para a fase de realização da licitação e, declarado o vencedor da disputa, este utilizará as informações obtidas na fase anterior para a execução do objeto contratual. Além disso, ao assinar o contrato, por força legal,

será dever do contratado remunerar o serviço prestado, segundo a redação do §1º do dispositivo.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Art. 81, §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.

## 4. FORMAS DIRETAS DE APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI Nº 14.133/2021

### 4.1. Diálogo Competitivo

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos também inovou em relação às modalidades de licitação. Em primeiro lugar, houve a incorporação da legislação relativa ao pregão, antes disciplinado separadamente pela Lei nº 10.520/2002, e de parte da lei do RDC (Lei nº 12.462/2011), que serão revogadas, no todo ou em parte, em 1º de abril de 2023, segundo a redação do art. 193 da nova lei. Além disso, foram excluídas as modalidades tomada de preços e convite, previstas na Lei nº 8.666/1993.

Apesar disso, a maior novidade em termos de modalidades licitatórias foi a internalização do Diálogo Competitivo como nova forma de se licitar no país (art. 28, V). Surgido inicialmente no âmbito da União Europeia, por meio da Diretiva nº 2004/18/CE (posteriormente revogada pela Diretiva 2014/24/UE), o Diálogo Competitivo surgiu a partir de uma demanda por maior flexibilização e integração entre os agentes públicos e privados na formulação de projetos e parcerias, especialmente os que envolviam objetos complexos.<sup>78</sup>

Além da previsão do art. 28, V, o Diálogo Competitivo está disciplinado no art. 32 da Lei nº 14.133/2021, veja:

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

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

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

---

<sup>78</sup> CUKIERT, Tamara. **Consensualidade nas contratações públicas**: uma análise do diálogo competitivo. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 2. 2018.

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

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

III - (VETADO). (...)

Esse instrumento, inédito no país, acompanha a evolução histórica por mais colaboração em torno dos contratos administrativos, uma vez que possibilita a realização de negociações pré-contratuais com mais transparência e segurança jurídica. A origem dessa necessidade, frisa-se, está nas tentativas de superação de gargalos e ineficiência das contratações através da colaboração com agentes autônomos, ou seja, que estejam localizados fora da estrutura administrativa do Estado, de modo que possam contribuir para a definição da melhor solução para o interesse público.

Como destacado anteriormente, o Diálogo Competitivo, por ser uma modalidade de licitação, se diferencia do Procedimento de Manifestação de Interesse na medida em que a sua aplicação ocorre já na fase licitatória, e não na de instrução, como acontece com o PMI. Neste último caso, não há sequer garantia de que a licitação de fato ocorrerá, enquanto no Diálogo Competitivo se desenrola uma verdadeira disputa entre os particulares habilitados até alguém conseguir contemplar todas demandas da Administração e tenha sua proposta declarada vencedora.

As semelhanças e diferenças entre Diálogo Competitivo e Procedimento de Manifestação de Interesse foram descritas da seguinte forma por Irene Nohara:

“Trata-se de instituto que se assemelha no objetivo ao Procedimento de Manifestação de Interesse, mas enquanto este se realiza antes da licitação, o diálogo competitivo abrirá a interlocução, isto é, o debate (sobre possibilidades técnicas e de inovação) com os licitantes que participam da licitação, por isso será previsto como uma modalidade de licitação mais flexível, isto, que abre margem para a Administração estabelecer, no curso do certame, a solução que melhor atenda suas necessidades (após o diálogo estimulado dentro do procedimento licitatório), daí, em fase subsequente

(competitiva), os licitantes terão oportunidade de apresentar propostas com base nessa solução”.<sup>79</sup>

Segundo os incisos do *caput* do art. 32, o Diálogo Competitivo pode ser utilizado quando a contratação envolver: (i) objeto com condições específicas relativas à inovações tecnológicas, impossibilidade de satisfação da necessidade administrativa sem adaptação de soluções disponíveis no mercado e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração – inc. I; e (ii) quando houver necessidade de que sejam definidos e identificados os meios e as alternativas que devam ser aplicados para satisfação da necessidade da Administração, especialmente no que concerne à solução técnica mais adequada, aos requisitos técnicos aptos a concretizar a solução adotada e aos aspectos jurídicos e financeiros do contrato.

Além dessas hipóteses, os arts. 179 e 180 incluiu a modalidade para as licitações de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas. Nota-se que o objetivo é a superação de gargalos em torno das dificuldades da Administração, que não terá condições de apresentar sempre as melhores e mais inovadoras propostas para suas necessidades.

Os caminhos para superar as complexidades impostas, que podem envolver aspectos técnicos, jurídicos e financeiros, surgirá a partir do contato direto entre o corpo técnico do órgão ou entidade estatal envolvida no procedimento e os particulares que apresentarem propostas, bem como pelas revisões e esclarecimentos próprios do procedimento do diálogo competitivo. Essa troca, contudo, ocorrerá seguindo regras pré-definidas, mantendo-se, assim, a transparência, isonomia e legitimidade do ato.

A parte procedimental do diálogo está prevista no §1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021, que deverá ser conduzida por uma comissão composta de pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos (inciso XI). A parte final do inciso reproduz a lógica do §4º do art. 8º da lei, ao possibilitar que a Administração busque profissionais fora de seus quadros para auxiliá-la nos aspectos técnicos, caso haja necessidade. Os profissionais, se submeterão ainda ao dever de abstenção em caso de conflito de interesses, que será assumido através da assinatura de um termo de confidencialidade (art. 32, §2º).

---

<sup>79</sup> NOHARA, Irene. Diálogo Competitivo. **Direito administrativo**. 05.07.2018. Disponível em: [https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#\\_](https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#_). Acesso em 10 de nov. de 2022.

Estando definidas as necessidades da Administração, sob responsabilidade da Comissão de Licitação e da equipe técnica responsável pelo assessoramento, elas deverão ser divulgadas por ocasião da publicação do edital para que os interessados se manifestem (art. 32, D). Para avançar na licitação, os interessados deverão cumprir os requisitos objetivos de qualificação estabelecidos no Edital.

A Administração deverá realizar uma pré-seleção dos participantes que passarão para a fase do diálogo propriamente dito. Por isso deve constar no Edital objetivamente os requisitos e critérios que serão avaliados pela Comissão (art. 32, II), sendo vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa gerar vantagem para alguma licitante (art. 32, III). Feito esse filtro, passa-se para a fase em que ocorrerão as trocas de informações diretamente entre o órgão ou entidade responsável e os particulares.<sup>80</sup> Em outras palavras, haverá uma sucessão de propostas, revisões e contrapropostas entre os envolvidos, de modo que se construa, em conjunto, a solução mais adequada.

Nesse momento, a Administração terá a responsabilidade de lidar com informações sigilosas vindas das licitantes, que deverão ser preservadas sob pena de prejudicar a disputa. Em função disso, é vedado o compartilhamento e revelação de informações a outros licitantes das soluções, propostas e outros dados que tenham sido repassados por uma concorrente sem o seu consentimento (art. 32, IV). A fase de diálogo não possui um prazo pré-definido pela lei para que seja encerrada, devendo ser estendida até que, em decisão fundamentada, a Administração identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades (art. 32, V).

É possível que a Administração estabeleça a realização de fases sucessivas durante o diálogo, podendo restringir, em cada uma delas, as soluções ou propostas a serem discutidas (art. 32, VII). Finalizada esta etapa, e tendo sido acostados aos autos do processo administrativo a decisão que fundamenta o encerramento das rodadas de diálogo com as licitantes e os registros das reuniões exigidos no inciso VI, se passará para a fase competitiva.

---

<sup>80</sup> Ibid.



Tendo sido definido o objeto contratual após as trocas feitas entre Poder Público e agentes do mercado, será providenciada a publicação do Edital contendo a solução indicada como a mais adequada. A Comissão deverá esclarecer os critérios de julgamento e conceder 60 dias úteis para que todos os licitantes pré-selecionados na forma do inc. II apresentem suas propostas (art. 32, VIII), sendo possível que a Administração peça esclarecimentos ou sugira ajustes, desde que isso não reflita em tratamento vantajoso para uma das licitantes (art. 32 IX).

Tendo sido avaliados os critérios pré-definidos em edital, a Comissão irá declarar vencedora a proposta mais vantajosa ao interesse público (art. 32, XI), encerrando as três etapas do diálogo competitivo: fase de pré-seleção das licitantes, fase do diálogo propriamente dito e fase competitiva, onde são apresentadas as propostas finais das licitantes. No texto aprovado pelo Congresso Nacional, havia ainda mais uma etapa para finalização do procedimento, que era a apreciação pelo órgão de controle externo sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, no prazo de quarenta dias (art. 32, XII).

Entretanto, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, que apontou nas razões de veto que a medida de atribuir aos Tribunais de Contas o controle da legalidade sobre os atos internos da Administração dos três Poderes extrapola as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, bem como afrontaria o princípio da separação de poderes.

A análise dos procedimentos dessa nova modalidade de licitação, importada do direito comunitário europeu, demonstra a atuação da Administração rumo ao diálogo. Aprofundam-se, assim, as relações público-privado justamente para que as entidades e órgãos estatais consigam aproveitar o conhecimento do mercado para, juntos, criar soluções originais e eficientes para as necessidades administrativas.

A vantagem que pode surgir a partir da utilização dessa nova modalidade de licitação é o potencial de aumentar a eficiência da máquina administrativa brasileira, uma vez que mediará informações relevantes para resolução de problemas e administrará propostas que serão apresentadas por parceiros particulares. Também podem ser apontados outros pontos positivos,

ligados aos princípios setoriais da matéria, como o da isonomia, eficiência, economicidade, interesse público, transparência, consensualidade, livre concorrência etc.<sup>81</sup>

#### 4.2 Aplicação de Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

Em matéria envolvendo a consensualidade administrativa na Lei nº 14.133/2021, um dos aspectos mais relevantes da nova legislação é, sem dúvida, a previsão de aplicação de meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações regidas pela nova lei. Apesar de não representar uma grande novidade em linhas gerais, uma vez que outras leis já possibilitavam a utilização da maioria dos institutos pela Administração Pública,<sup>82</sup> hoje a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos conta com uma previsão genérica e geral para aplicação destes instrumentos, veja:

“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”.  
(grifo constante no original).

Nota-se que o dispositivo não traz grandes detalhes sobre a utilização dessas ferramentas, servindo, na verdade, como uma cláusula autorizativa para utilização de diferentes institutos. O parágrafo único tampouco traz grandes informações ou novidades, limitando-se a restringir a aplicação do artigo às questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e exemplificando algumas situações.

Durante um longo período debateu-se intensamente sobre a possibilidade de utilização de instrumentos consensuais pela Administração para solucionar matérias conflituosas surgidas no âmbito de contratos administrativos. Sinteticamente, Cristiana Fortini resumiu a questão da seguinte forma:

---

<sup>81</sup> O rol de princípios adotados é o proposto pelo doutrinador Flávio Amaral Garcia IN: GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5ª. Ed. - São Paulo: Malheiros, 2018

<sup>82</sup> A Lei Federal nº 13.140/2015 dispõe, dentre outros pontos, sobre a “a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, enquanto a Lei nº 13.129/2015 incluiu os §§ 1º e 3º aos artigos 1º e 2º, respectivamente, da Lei nº 9.307/1996 - Lei da Arbitragem, para autorizar, expressamente, a possibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública direta e indireta.

“O entendimento de que o interesse público há de ser protegido por meio de uma postura agressiva, litigiosa, por vezes unilateral, pautada pelo preconceito de que a convergência com o privado revela incúria com o trato da coisa pública, é tradicionalmente adotado pela Administração Pública no bojo dos seus conflitos.

É relativamente recente o alerta de que demandar uma decisão pelo Poder Judiciário pode não ser melhor a solução e que a litigiosidade agressiva nem sempre é o caminho otimizado para a consecução do interesse público”.<sup>83</sup>

Mais do que na conciliação e na mediação, o tema da arbitragem durante muito tempo foi capturado por esse debate. O Supremo Tribunal Federal, em 1973, ao julgar o que ficou conhecido como “Caso Lage”, autorizou que o Estado participasse de arbitragens. Contudo, a resistência ao entendimento adotado pelo STF permaneceu, inclusive no TCU.<sup>84</sup> Em defesa da possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, Carlos Ari Sundfeld e Jacinto Arruda Câmara fazem o seguinte esclarecimento para afastar a ideia de impedimento em razão da aplicação do princípio da supremacia do interesse público:

“Aqueles interesses (direitos) que podem ser contratados também poderão ser objeto de cláusula de arbitragem. Quando firma um contrato qualquer, a Administração está assumindo um determinado ônus, com a perspectiva de receber uma contrapartida estipulada. Nesse caso, algum direito de caráter patrimonial daquela entidade está sendo negociado, por isso há de ser considerado, para efeito de aplicação da lei de arbitragem, um direito disponível, ou seja, um direito negociável”.<sup>85</sup>

Atualmente, portanto, a previsão da Lei nº 14.133/2021 apenas reproduz a autorização expressa nesse sentido presente na Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). A Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e a Lei

<sup>83</sup> FORTINI, Cristiana. Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir. **Conjur**. 04/03/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em 10 de nov. de 2022.

<sup>84</sup> “O Tribunal de Contas da União firmou entendimento contrário à arbitragem, por falta de previsão legal e por contrariar princípios da Administração Pública, como o da supremacia do interesse público e o da vinculação ao edital. Na decisão nº 286/93, aquele Tribunal entendeu que *“o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)”*”. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** - 33. ed. - Rio de Janeiro: Forense, p. 1919, 2020.

<sup>85</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. n. 248, p. 121, 2008.

nº 11.079/2004, que regula a licitação e contratação de parceria público-privada, também previam essa possibilidade.

Na arbitragem, os conflitos que eventualmente surgem do decorrer da execução do contrato são submetidos a um árbitro ou tribunal composto por árbitros indicados pelas partes. Trata-se, portanto, de um meio alternativo de solução de conflitos, regido por legislação própria (em geral pelos regulamentos das Câmaras Arbitrais, instituições autorizadas para promover as arbitragens em território nacional).

Em contratos administrativos complexos, que envolvam questões minuciosas de engenharia, por exemplo, esse método de resolução consensual de conflitos tem se mostrado vantajoso. Primeiro porque, enquanto alternativa ao Poder Judiciário, as arbitragens possuem, em tese, um viés mais técnicos. O art. 13 da Lei nº 9.307/1996 diz que “*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha confiança das partes*”, o que permite a nomeação de especialistas na área controvertida. Além disso, o art. 22 da referida lei permite que seja facultado ao árbitro a realização de perícia técnica para auxiliá-lo no julgamento da questão. A celeridade em relação aos processos judiciais também é outra vantagem das arbitragens.

Em outras palavras: as arbitragens servem como alternativa à discussão de controvérsias perante o Poder Judiciário na medida em que têm condições de oferecer decisões mais técnicas, ou seja, com melhor qualidade, em tempo menor e com resultados mais assertivos.

Como dissemos, a Lei nº 14.133/2021, entretanto, não foi detalhista nesse ponto. O parágrafo único do art. 151 delimita o uso dos meios alternativos de resolução de controvérsias, como a arbitragem, para questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis e avança apresentando apenas alguns exemplos do que seriam esses direitos, como o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o inadimplemento de obrigações contratuais e o cálculo de indenizações.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> O parágrafo único do art. 2º do Decreto Federal nº 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem a nível da administração pública federal, traz previsões bastante semelhantes às do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/2021. Segundo o Decreto, são consideradas controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, dentre outras: (i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) os cálculos de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Como a nova lei não traça as linhas gerais que definem o que pode ser enquadrado nessa categoria, limitando-se a mencionar alguns exemplos, essa discussão será enfrentada em casos concretos. Isso não impede, contudo, que surjam outras leis ou atos normativos que complementem esse conceito vago.

Já o art. 152 da Lei nº 14.133/2021 traz a regra da publicidade contida no §3º do art. 2º da Lei de Arbitragem, que determina que “*a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*”. Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a regra da Lei da Arbitragem, em consonância com o caput do art. 37 da CRFB, impõe o dever de observar outras legislações, como a Lei de Acesso à Informação (LAI), que define quais documentos são considerados sigilosos.

Nesse sentido, o Decreto Federal nº 10.025/2019 estabelece no inciso IV do art. 3º que “as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.

Desse modo, observa-se que a Lei nº 14.133/2021 foi bastante sintética ao tratar do uso da arbitragem nas contratações públicas. Para além de apresentar uma autorização geral para sua utilização (que, diga-se de passagem, já existia em outras normas), o novo texto legal não detalhou aspectos práticos, como os critérios de conciliação entre a publicidade e o sigilo de documentos e de determinados atos do procedimento arbitral, bem como a ausência de delimitação mais precisa de quais matérias serão submetidas aos mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Isso não impacta, contudo, nos potenciais benefícios da arbitragem no campo dos contratos administrativos. As vantagens em relação ao Poder Judiciário, notadamente a qualidade técnica, celeridade e custos tornam esse instrumento um meio bastante eficaz de, por meio do consenso, solucionar discussões para que obras e serviços contratados pela Administração não sejam suspensos, prejudicando o interesse público.

Outra ferramenta mencionada no caput do art. 151, essa sim uma novidade da nova lei, são os comitês de resolução de disputas (*Dispute Board*). A Lei nº 14.133/2021 é a primeira

legislação federal a prever esse mecanismo para prevenir e solucionar conflitos em contratações que envolvam a administração pública. Esses comitês são criados para examinar problemas que surjam no decorrer da execução contratual e, a partir disso, solucioná-los.

Os *Dispute Boards* são instituídos, em geral, no momento de celebração do contrato, etapa em que ainda não surgiu nenhum conflito entre os contratantes. Seus membros são indicados pela parte e devem ter conhecimento sobre a matéria do contrato. Desse modo, o instituto pode ser utilizado para evitar litígios ou solucioná-los no âmbito do próprio contrato, concomitantemente à sua execução. Além disso, como os indicados para compô-los estarão acompanhando o contrato desde o início, quando surgir algum conflito entre as partes o Comitê terá conhecimento técnico acumulado sobre a matéria para decidir a questão.

A estrutura pensada para esse mecanismo de heterocomposição para a Administração aumenta a eficiência dos contratos, uma vez que as respostas aos conflitos será dada de forma mais célere. Assim como ocorre com a arbitragem, essa medida alternativa consensual permite que o contrato não seja interrompido até que questões complexas sejam decididas pelo Poder Judiciário, pondo em risco o interesse público.

Como destacamos anteriormente ao falarmos da arbitragem, a nova lei apenas prevê o instituto, mas não o regulamenta de forma detalhada. No entendimento de Cristiana Fortini, trata-se de uma vantagem, pois as regras e as definições em torno da instituição desses comitês oscila de acordo com a modelagem contratual, mas que também não impede a regulamentação complementar em atos normativos editados pelos entes federados.<sup>87</sup>

Existindo, portanto, o vácuo deixado pelo legislador em relação ao *Dispute Board*, caberá aos gestores envolvidos nas contratações estabelecer suas regras nos documentos que embasam a licitação que dará origem ao contrato administrativo, como o edital e seus anexos. Dentre elas estão as modalidades existentes para determinar o modo de funcionamento desses comitês.

---

<sup>87</sup> FORTINI, Cristiana. *Dispute Boards na nova Lei de Licitações e em leis municipais*. **Conjur**. 24/05/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/interesse-publico-dispute-boards-lei-licitacoes-leis-municipais>. Acesso em 10 de nov. de 2022.

Em síntese, existem três desenhos possíveis para os comitês de resolução de disputas e que deve ser previamente definido no contrato.<sup>88</sup> A primeira modalidade *Dispute Review Boards* (DRBs), em que o Comitê é responsável por emitir recomendações às partes, que poderão apresentar objeções à essa manifestação. Mas, caso não o façam no tempo adequado, a recomendação terá efeito vinculante e o seu descumprimento implicará na aplicação de sanções previstas no próprio contrato.

Já a segunda modalidade é o *Dispute Adjudication Board* (DABs), em que as decisões emitidas pelo Comitê possuem caráter obrigatório e imediato de adoção e o descumprimento também implica na aplicação de sanções contratuais. O meio para suspensão dos efeitos das manifestações do Comitê é, portanto, a intervenção do Poder Judiciário ou o estabelecimento de um procedimento arbitral no âmbito do contrato.<sup>89</sup>

Por fim, o terceiro desenho possível é o *Combined Dispute Boards* (CDBs), que é uma opção que combina as duas modalidades mencionadas acima, em que se emite recomendações e decisões de acordo com o problema que é submetido aos membros do Comitê pelas partes contratantes.

Assim, o *Dispute Board* surge como a grande novidade em termos de meios alternativos de resolução de conflitos na Lei nº 14.133/2021. Contudo, como destacamos, a nova lei não foi precisa em contornar pontos importantes que envolvem a aplicação desses mecanismos, como a definição de “direito patrimonial disponível” e outras regras procedimentais. Isso, entretanto, não impede que esses instrumentos sejam aplicados e sirvam como meios para melhorar a qualidade dos contratos administrativos e evitar que os conflitos que surjam durante a sua execução sejam suficientes para paralisá-los ou mesmo inviabilizá-los.

### **4.3. O art. 26 da LINDB aplicado à Lei nº 14.133/2021**

Durante um longo período, inexistiu no direito brasileiro uma regra geral consistente que servisse para a Administração Pública celebrar acordos administrativos ou utilizar, em

---

<sup>88</sup> DE OLIVEIRA, Murillo P. C. Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. (E-book). Zenite, p. 137, 2020.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 138.

escala maior, métodos consensuais na execução de suas atividades.<sup>90</sup> A partir disso, na reforma da LINDB promovida pela Lei nº 13.655/2018, consolidou-se em um permissivo genérico a autorização para celebração desses compromissos, estabilizando uma caminhada que, ao longo das últimas décadas, direcionou a Administração Pública para a consensualidade.

Ao longo do tempo, no direito público brasileiro, algumas normas foram ampliando o espaço para a atuação administrativa consensual. Contudo, a edição da Lei nº 13.655/2018 alterou significativamente esse cenário a partir da introdução de novos dispositivos de interpretação e aplicação do Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

A alteração se insere no contexto da evolução histórica da atuação da Administração Pública. Durante um longo período, a indisponibilidade do interesse público serviu como justificativa para impedir a celebração de transações e acordos envolvendo a Administração. Segundo os autores Sérgio Guerra e Juliana Palma, a consensualidade, fortalecida no Direito Público brasileiro através da LINDB, encerrou as discussões que tratavam os assuntos públicos como indisponíveis.<sup>91</sup>

Dentre as alterações, a que mais se destaca em relação ao tema é a do art. 26, que possui a seguinte redação:

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

---

<sup>90</sup> O art. 5º, §6º, da Lei nº 57.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, era apontado como o dispositivo que concedia à Administração a autorização genérica para celebração de acordos. Entretanto, como destacam os autores Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi Palma, “o entendimento de que a Lei da Ação Civil Pública trazia o permissivo genérico legal necessário à consensualidade administrativa, embora largamente defensável, era frágil. Além de relevantes posicionamentos doutrinários em sentido contrário, ressentia-se de um precedente judicial mais firme chancelando o referido preceito como autorizador genérico à celebração de acordos administrativos. A insegurança jurídica na consensualidade administrativa colocava-se, portanto, desde a sua origem, no clássico debate sobre a viabilidade jurídica de a Administração Pública transacionar”. In: 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, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 147, nov. 2018

<sup>91</sup> Ibid., p. 147.



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.

§2º (VETADO).

Como destaca o professor Floriano de Azevedo Marques, um dos juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto da lei, o art. 26 representa “relevante previsão da introdução do consenso no exercício no poder extroverso estatal”.<sup>92</sup> De acordo com outro jurista envolvido no anteprojeto da lei, o professor Carlos Ari Sunfeld, a lei terá como mérito “incentivar a administração a usar o consenso, e não a autoridade, como método de aplicação do direito público”.<sup>93</sup>

Outra característica positiva é a de proporcionar maior transparência nas relações público-privadas. Isso ocorre através da superação da unilateralidade do exercício do poder estatal a partir da celebração desses acordos, que envolvem a participação de outros órgãos internos da própria Administração, como as assessorias jurídicas e a sociedade civil, instrumentalizada através das consultas públicas, por exemplo, que é mencionada no *caput* do artigo.

Em um bom resumo sobre os efeitos da lei, Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma anotam que:

---

<sup>92</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O art. 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 16.07.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opinio-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa>. Acesso em 25 de out. de 2022.

<sup>93</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Compromissos na Lei de Segurança para Inovação Pública. **JOTA**, 12.06.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/compromissos-na-lei-da-seguranca-para-inovacao-publica-12062018>. Acesso em 25 de out. de 2022.

“A Lei nº 13.655/2018 consagra a dinâmica de atuação consensual ao estabelecer permissivo genérico para que toda a Administração Pública, independentemente de lei ou regulamento específico, celebre compromissos. Também confere importantes diretrizes para uma prática consensual com negociação mais pública e paritária, visando ao efetivo atendimento de interesses gerais. Assim, trabalha para o desenvolvimento da consensualidade administrativa com maior efetividade e segurança jurídica”.<sup>94</sup>

Essa abertura da Administração pública, além de aproximar os agentes privados e a sociedade civil, privilegia a atuação dos gestores públicos na tomada de decisões que envolvem o tema. Trata-se, aliás, de uma das motivações por trás da edição da Lei nº 13.655/2018, que extrai daí sua relevância para o direito público brasileiro. Em outras palavras, a reforma da LINDB pretendeu reforçar a segurança jurídica, a eficiência e a qualidade das decisões tomadas pela Administração.

A consolidação da democracia, assegurada pela Constituição da República de 1988, fortaleceu a atuação do controle interno e externo da Administração Pública. Contudo, contraditoriamente, o avanço da atuação desses órgãos e a produção de normas disciplinadoras enfraqueceram a segurança jurídica para os gestores que ocupam cargos na Administração e precisam aplicar, na prática, o direito público.<sup>95</sup>

Os professores envolvidos na elaboração do anteprojeto de lei, então, apontam justamente essa incerteza e imprevisibilidade, cada vez maiores em razão do aumento da institucionalização do Poder Público, que existe para os gestores públicos e para os próprios agentes particulares envolvidos nos atos e decisões como uma das motivações da lei.

Portanto, a LINDB passou a contar com normas que dessem segurança jurídica àqueles que ocupam cargos públicos, como forma de superar o que foi descrito por Rodrigo Valgas como “Direito Administrativo do medo”.<sup>96</sup> Para Flávio Martins de Andrade, o instrumento previsto no art. 26 tem a seguinte finalidade:

---

<sup>94</sup> Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit., p. 140.

<sup>95</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Op. cit., p. 16.

<sup>96</sup> SANTOS, R. V. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2020.

“A outorga às autoridades de poderes para buscar soluções negociadas com particulares, em procedimentos passíveis de controle, é positiva para que se alcance um índice mais elevado de cumprimento de obrigações, para diminuir incertezas e para eliminar ou abreviar conflitos. É viável, produzir, em lei, uma disciplina desses poderes que seja capaz de conciliar a flexibilidade de que a autoridade precisa para poder negociar com as limitações indispensáveis à proteção do interesse geral”.<sup>97</sup>

Além da segurança jurídica, e eficiência e a previsibilidade dos acordos firmados nas relações público-privado são os objetivos centrais da nova LINDB:

“Como resposta, a Lei nº 13.655/2018, que acresceu novos dispositivos de direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), desponta com o objetivo de aumentar a segurança jurídica e incrementar a eficiência nas relações desenvolvidas no âmbito da Administração Pública. Afinal, se os particulares, sobretudo as empresas contratadas para auxiliar na realização das políticas públicas, continuassem submetidos a um cenário de insegurança e ineficiência, sem que houvesse uma mudança de postura das esferas administrativas, controladora e judicial, o desenvolvimento econômico e social do país estaria comprometido”.<sup>98</sup>

A partir disso, introduzidas as principais preocupações em torno da edição da Lei nº 13.655/2018, o legislador optou por fazer expressa referência à LINDB na Lei nº 14.133/2021. No artigo destinado aos princípios setoriais aplicáveis ao novo estatuto licitatório e de contratos administrativos, a menção aos dispositivos da lei de introdução não deixa dúvida de que sua aplicação deve perpassar toda a ação dos gestores públicos responsáveis pelas contratações no país.

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)**. (grifos nosso)

---

<sup>97</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Op. cit., p. 17.

<sup>98</sup> VALIATI, Thiago P; FERREIRA, Pedro H; Op. cit., p. 92.

Sendo assim, atribui-se ao artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a importante função de guiar a Administração para a aplicação dos caminhos da consensualidade, notadamente através da celebração de acordos, para superar controvérsias que surjam em torno dos certames licitatórios e dos contratos administrativos pactuados sob o manto da nova lei. Isso representa, portanto, substancial avanço em relação ao cenário existente sob a vigência da Lei nº 8.666/1993.

Como tem sido destacado pela doutrina, a modernização da legislação para abarcar instrumentos consensuais na solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis tem grande destaque na Lei nº 14.133/2021, notadamente com o art. 151 em diante. Entretanto, não houve menção à possibilidade de formação de acordos, como os substitutivos, razão pela qual faz-se necessário aplicar os dispositivos da LINDB, conforme defendem Thiago Priess Valiati e Pedro Henrique Ferreira:

“Nada obstante, a Nova Lei de Licitações e Contratos deixa a desejar quanto à celebração de acordos, principalmente em relação aos acordos substitutivos. Não há na Lei nenhum dispositivo autorizando expressamente a realização destes compromissos, a fim de afastar determinada sanção ou até mesmo solucionar eventuais problemas...”<sup>99</sup>

Os acordos substitutivos podem ser aplicados nas contrações públicas para substituir decisões unilaterais e imperativas da Administração na aplicação de penalidades, convertendo-as em por acordos de compromisso. O acordo firmado no âmbito da LINDB, portanto, comporta-se como uma conciliação que tem como consequência a extinção do processo administrativo contencioso e o cumprimento das obrigações pactuadas.<sup>100</sup>

Desse modo, chega-se a uma forma de resolução de um conflito em que a solução alcançada privilegia o interesse público em detrimento da mera aplicação da sanção por parte da Administração, como aquelas expostas no art. 156 da Lei nº 14.133/2021. A maximização do interesse público através da consensualidade, inclusive, já foi alvo de reconhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Ibid., p. 102.

<sup>100</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit., p. 151.

<sup>101</sup> Ibid., p. 145.

Esta solução, então, está à disposição dos gestores públicos a partir da consideração de que o art. 26 da LINDB deve ser aplicado nas licitações e contratações públicas. Uma vez que a Lei nº 14.133/2021 não prevê nenhuma proibição expressa em relação à celebração de compromissos no que se refere a aplicação de sanções administrativas, essa alternativa torna-se viável.

O uso e os limites da utilização dessa alternativa estão delimitados em linhas gerais pelo próprio art. 26. Em que pese não ter estabelecido muitos requisitos, de modo que deixou margem para atuação administrativa, o inciso I do §1º do dispositivo determina que o acordo firmado deve ser “*proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*”. Isso para que o compromisso não imponha ao particular ônus superior ao que uma sanção imposta unilateralmente pela Administração traria, sob pena de desvirtuar a lógica consensual do instituto, sem que isso signifique leniência com o interessado, em razão de aplicação de um acordo excessivamente brando.

Para alcançar a proporcionalidade no compromisso, o inciso III determina que não poderá ocorrer a “*desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral*”. A previsão tem por objetivo evitar, por exemplo, o total afastamento de uma sanção no caso de compromisso, uma vez que a busca por uma saída consensual não envolve a desoneração de um dever ou condicionamento de um direito reconhecido.

Ademais, é preciso que esteja previsto com clareza no acordo preveja com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. Segundo Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, o inciso trabalha com o que seriam as “cláusulas obrigatórias”, que devem ser consideradas de forma complementar ao art. 104 do Código Civil. Nesse sentido:

“O art. 104 do Código Civil determina como requisito de validade do negócio jurídico “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” (inc. II). Este preceito já orientava a prática da consensualidade no Brasil para dele se extrair o dever de os acordos conferirem clareza quanto às obrigações pactuadas e quanto ao seu cumprimento. Em outros termos, o compromissário deveria ter total previsibilidade sobre as ações que deveria depreender, ou deixar de fazer, para honrar com suas obrigações, bem como conhecer com exatidão quando lhe seria devido o termo de

quitação. Infelizmente, na prática dos acordos recorrentes os exemplos de cláusulas indeterminadas que terminam por causar discordâncias interpretativas sobre a quitação”.<sup>102</sup>

A LINDB, então, pretende resolver esse problema, a partir da imposição do dever de definição clara das obrigações, diminuindo o espaço para ocorrer divergências interpretativas. Além disso, a definição de prazo para o compromisso facilita a demarcação do marco para que sejam satisfeitos todos os deveres combinados entre o Poder Público e o particular envolvido no acordo.

Assim, a aplicação dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro às licitações e contratos administrativos firmados com base na Lei Federal nº 14.133/2021 abre uma nova etapa para a administração dialógica ou consensual. A celebração de acordos não será mais tratada como exceção, mas como “regra” no âmbito das relações públicas.<sup>103</sup>

É certo que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos tem como uma de suas principais marcar o uso da consensualidade. Em diversos dispositivos o legislador operacionalizou procedimentos através de formas colaborativas entre a Administração Pública e agentes particulares, inclusive no que concerne à resolução de situações conflituosas.

Nesse cenário, a LINDB, mencionada expressamente no art. 5º da Lei nº 14.133/2021 figura como o instrumento adequado para sanar as situações irregulares ou contenciosas que surgirão nas licitações e contratos públicos.

---

<sup>102</sup> GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Op. cit., p. 164.

<sup>103</sup> VALIATI, Thiago P; FERREIRA, Pedro H; Op. cit., p. 104.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública brasileira viveu, nas últimas décadas, importantes mudanças em relação às suas estruturas e racionalidade. Sobretudo a partir da década de 1990, foram implementadas no aparato burocrático brasileiro alterações que visavam aproximá-la da visão denominada “gerencial” da máquina pública, inspirada no que ocorria no setor privado.

O Estado passou a desempenhar, então, o papel de mediador de relações e garantidor de direitos, em detrimento do Estado prestador que marcou o século XX. Dentro desse contexto, a postura consensual ou dialógica ganhou destaque, com o surgimento do que se denominou *Estado em rede e Governança Pública*.<sup>104</sup>

Assim, o enfraquecimento da concentração do poder nas mãos do Estado, o incremento da participação popular e a globalização, que causa uma dispersão das soberanias estatais, impulsionam o cenário em que se reduz a imperatividade administrativa. Como tentamos apresentar, conceitos clássicos do Direito Administrativo como a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade foram questionados e reformulados pela doutrina.

A consensualidade administrativa é, segundo o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um princípio da Administração Pública.<sup>105</sup> Os vetores de consensualidade são, segundo o professor Fernando Dias Menezes de Almeida, a aplicação de novas fórmulas para estabelecer relações subjetivas com parceiros privados; os novos mecanismos para estabelecer relações entre os órgãos e entidades da própria Administração; o estímulo à participação dos administrados; e a aplicação de novas formas de resolução de controvérsias pelo Poder Público.<sup>106</sup>

O objetivo desta monografia é demonstrar a presença e os avanços em termos de consensualidade da Lei nº 14.133/2021, denominada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A partir dos quatro vetores apresentados pelo professor Fernando Dias Menezes de Almeida, trabalhamos as principais novidades sobre o tema no novo diploma legal.

---

<sup>104</sup> DE OLIVEIRA, Gustavo J.; SCHWANKA, Cristiane. Op. cit., p. 303 - 322.

<sup>105</sup> MOREIRA NETO; Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. - 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>106</sup> ALMEIDA, Fernando D. M. de. Op. cit., p. 336.

Em função disso o trabalho foi dividido da seguinte maneira: exposição dos principais dispositivos que incentivam e organizam a atuação conjunta entre órgãos e entidades da Administração, bem como entre entes federativos. Posteriormente, são apresentados os institutos que induzem a cooperação entre a Administração e agentes privados, como o mercado ou a própria sociedade. Nesse ponto, a Lei nº 14.133/2021 trouxe para a matéria de licitações e contratos administrativos novos meios para que a relação público-privado se estabeleça.

Em seguida, trabalhamos com os instrumentos em que a consensualidade e o diálogo são aplicados diretamente. Por isso, tentamos apresentar em linhas gerais a nova modalidade de licitação que carrega em seu nome a marca da negociação e do consenso: o diálogo competitivo. A partir da sua aptidão em estimular a atuação conjunta entre Poder Público e agentes privados, apresentamos as principais características da modalidade e a fórmula que o legislador optou para internalizar esse modelo licitatório desenvolvido sobretudo no âmbito do direito comunitário europeu.

Por fim, quanto às formas alternativas de resolução de controvérsias prevista pela Lei nº 14.133/2021, trabalhamos as duas principais novidades para a Administração Pública nesse aspecto: a arbitragem e os comitês de resolução de disputas. Ademais, a importância do uso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, sobretudo o art. 26, que representa uma cláusula geral para celebração de acordos pela Administração Pública foi trabalhada.

Assim, é possível afirmar que a partir das mudanças sofridas pelo Direito Administrativo nas últimas décadas, a consensualidade administrativa tornou-se um elemento fundamental na atuação da Administração Pública no país. Acompanhando essa evolução histórica, a Lei nº 14.133/2021 e LINDB (reformada pela Lei nº 13.655/2018), trazem, de maneira pródiga, institutos que consagram essa forma de agir e guiarão nos próximos anos todas as licitações e contratos administrativos firmados no país, aumentando sua relevância tanto do ponto de vista acadêmico quanto prático.



## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-349.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à lei nº 13.655/2018**: proposta de sistematização e interpretação conforme - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019;

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014;

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7–40, 1996;

CARVALHO FILHO, José dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

CUKIERT, Tamara. **Consensualidade nas contratações públicas**: uma análise do diálogo competitivo. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

DE OLIVEIRA, Larissa Pinha. A falácia da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Brasileira de Direito**, IMED, Vol. 9º, nº 1, jan-jan 2013, p. 54–77.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** - 33. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

\_\_\_\_\_. Dos Riscos para o Princípio da Legalidade. **GenJur**. 02.05.2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/05/02/dos-riscos-para-o-principio-da-legalidade/>. Acesso em 8 de nov. de 2022.

\_\_\_\_\_. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 85 – 102.

FORTINI, Cristiana. Dispute Boards na nova Lei de Licitações e em leis municipais. **Conjur**. 24.05.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-24/interesse-publico-dispute-boards-lei-licitacoes-leis-municipais>. Acesso em 10 de nov. de 2022.

\_\_\_\_\_. Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir. **Conjur**. 04.03.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica>. Acesso em 10 de nov. de 2022.

\_\_\_\_\_. O avanço do diálogo competitivo no substitutivo apresentado ao PL 6.814/17. **ConJur**. 24.05.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-24/interesse-publico-oavanco-dialogo-competitivo-substitutivo-pl681417>. Acesso em 29 de out. 2022.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 13 – 66.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas**. 5<sup>a</sup>. ed - São Paulo: Malheiros, 2018;

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, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2021.

MARÇAL, Thaís; BRAGA, Marcus Vinicius de A. Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) - Uma janela de oportunidade. **Migalhas**. 30.03.2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342667/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp-janela-de-oportunidade>. Acesso em 26 de out. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O art. 26 da LINDB e o consenso na função de polícia administrativa. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 16.07.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-16/opiniaio-lindb-consenso-funcao-policia-administrativa>. Acesso em 25 de out. de 2022.

MARRY, Michelle; SILVA, Vlândia P. O Estado mudou. A administração também. Como alocar a (boa) experiência da centralização de aquisições públicas ao longo desse caminho? **Migalhas**. 30.08.2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-e-administrativo/372577/centralizacao-de-aquisicoes-publicas-ao-longo-do-caminho>. Acesso em 26 de out. 2022.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018;

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo em evolução** - 3ª ed. - Brasília: Gazeta Jurídica, 2017;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo** - 32. ed. - São Paulo: Malheiros, 2015;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** - 26. ed. - São Paulo: Malheiros, 2001;

MOREIRA NETO; Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. - 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, 2003.

NETO, Eurico Bitencourt. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. Lisboa: Almeida, 2017.

NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Zenite, 2020. *E-book*.

NOHARA, Irene. Diálogo Competitivo. **Direito Administrativo**. 05.07.2018. Disponível em: [https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#\\_](https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#_). Acesso em 10 de nov. de 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. 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;

OLIVEIRA, Rafael C. R. A nova lei de Licitações: um museu de novidades? **ConJur**. 23.12.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>. Acesso em 29 de out. 2022.

PEREIRA JUNIOR, Jessé T; MARÇAL, Thaís B. Orçamento Público, ajuste fiscal e Administração consensual. **Revista da EMERJ**, v. 19, p. 162-181, 2016. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista73/revista73\\_162.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista73/revista73_162.pdf). Acesso em 23 de out. 2022.

RIBEIRO, Livia Maria de P.; PEREIRA, José R.; BENEDICTO, Gideon C. de. **As Reformas da Administração Pública Brasileira: uma contextualização do seu cenário, dos entraves e das novas perspectivas**. XXXVII Encontro da EnANPAD (2013). Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5205770/mod\\_resource/content/0/Reformas%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20ANPAD%202013.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5205770/mod_resource/content/0/Reformas%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20ANPAD%202013.pdf). Acesso em 24 de out. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. Compromissos na Lei de Segurança para Inovação Pública. **JOTA**, 12.06.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle->

publico/compromissos-na-lei-da-seguranca-para-inovacao-publica-12062018. Acesso em 25 de out. de 2022.

\_\_\_\_\_; CÂMARA, Jacinto Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, v. n. 248, p. 117 – 126, 2008.

SANTOS, R. V. **Direito Administrativo do Medo**: Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. – 2ª ed., 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

VALIATI, Thiago P; FERREIRA, Pedro H; LINDB, consensualidade e seus impactos na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). **Nova LINDB - Proteção da confiança, consensualidade, participação democrática e precedentes administrativos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91-108.