

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

MANOEL ILSON CORDEIRO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Emerson Affonso da Costa Moura; Manoel Ilson Cordeiro Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-934-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho 10 – Direito e Administração Pública II - teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 24 de junho de 2024, durante o VII Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, com o tema A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE.

As apresentações foram divididas em três blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à revista Direito Administrativo e Gestão Pública, do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma:

O artigo intitulado OS FUNDAMENTOS DE VALIDADE DOS ACORDOS SUBSTITUTIVOS DE SANÇÃO ADMINISTRATIVA NO BRASIL, de autoria de Raquel Mousinho de Moura Fé, tem por objetivo perscrutar quais são os fundamentos de validade dos acordos administrativos de sanção administrativa – ASSAs no Brasil. Utilizando-se da metodologia de pesquisa legislativa e bibliográfica, cuida de investigar, analisar a pertinência e sistematizar as normas constitucionais – normas-princípios principais (primazia do consenso, supremacia dos direitos fundamentais, maior vantagem para o interesse público, preservação da empresa e pessoalidade) e normas-princípios iniciais (democracia, participação popular, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade) – e as normas, de status legal, do microsistema de direito administrativo consensual idôneas a validar a opção pela celebração de compromisso para a permuta de sanções administrativas do tipo geral (não disciplinar e nem contratual). Além disso, o permissivo genérico para celebração de acordos administrativos, inserto no caput do art. 26 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei n. 13.655, de 2018, é objeto de estudo e três destaques: quanto à sua topografia; quanto aos possíveis objetos de pactuação via compromisso administrativo; e quanto ao novo dever-poder administrativo que instituiu.

O artigo intitulado EXISTE DESIGUALDADE DE GÊNERO NA OCUPAÇÃO DE CARGO DE AUDITOR TITULAR INTERNO NO PODER EXECUTIVO FEDERAL?, de autoria de Dalton Tria Cusciano, examina o fenômeno da desigualdade de gênero na

ocupação do cargo de Auditor Titular Interno no Poder Executivo Federal, analisando para tanto o número de mulheres que ocupavam tais cargos em abril de 2024, sob a ótica dos normativos vigentes tanto internacionais como os tratados de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente as Convenções da OIT nº 100 e nº 111 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, quanto nacionais. Nosso problema de pesquisa é: Existe Desigualdade de Gênero na ocupação dos cargos de auditor titular interno no Poder Executivo Federal? Nossa hipótese é que apesar dos avanços normativos do Brasil, permanece relevante a desigualdade de gênero na ocupação dos cargos de auditores titulares internos no Poder Executivo Federal. Nossa metodologia foi exploratória com análise qualitativa e quantitativa, baseada na extração de dados dos painéis estatísticos de pessoal do Poder Executivo Federal, com posterior recorte de todas as titularidades das auditorias internas do Poder Executivo Federal disponibilizadas no site da Controladoria Geral da União. A hipótese do artigo foi confirmada dado que apenas 33% das mulheres ocupavam a chefia da auditoria interna em abril de 2024, mesmo representando 44,8% do funcionalismo público federal. Ao final foram formuladas recomendações para melhorar a proteção contra a discriminação de modo a garantir a igualdade de acesso a ocupação dos cargos de auditores titulares internos.

O artigo intitulado HERMENÊUTICA JURÍDICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DA PRÁTICA DA FISHING EXPEDITION E SEU CONTROLE JUDICIAL, de autoria de André Felipe Santos de Souza , Bruno Santiago Silva Gouveia e Henrique Ribeiro Cardoso, tem por objetivo aprofundar a discussão sobre a hermenêutica no âmbito do Direito Administrativo, destacando sua importância na interpretação das normas que regem a atuação estatal dando um recorte especial à prática denominada fishing expedition. Destaca que a análise de precedentes e a identificação de padrões interpretativos são elementos fundamentais para a compreensão e aplicação das normas administrativas em casos concretos e constitui parte da metodologia utilizada, mediante o método hipotético- dedutivo, com finalidade de perscrutar a justificativa interpretativo-valorativa aplicável ao estudo sobre a fishing expedition. O trabalho busca materializar uma abordagem acadêmica e científica para explorar as interconexões entre a Hermenêutica Constitucional e o exercício do controle judicial sobre a Administração Pública. Para tanto, propõe uma análise aprofundada da pesca predatória por provas judiciais, destacando suas implicações, limitações e possíveis impactos no contexto normativo do Direito Administrativo. Por fim, visa realizar uma análise crítica dessa prática no âmbito jurídico-administrativo, considerando suas implicações, limites e desafios, bem como avaliando sua conformidade com os princípios constitucionais e legais que regem a atividade administrativa.

O artigo intitulado A INSERÇÃO DO USUÁRIO-CIDADÃO NO PROCESSO AVALIATIVO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE DE EFETIVIDADE DOS CONSELHOS DE USUÁRIOS DO GOVERNO FEDERAL, de autoria de Marcos Vinicius de Sousa Rocha Gomes, analisa a importância da participação cidadã na avaliação dos serviços públicos à luz da cidadania e da efetividade dos conselhos de usuários, considerando a regulamentação infraconstitucional do art. 37, §3º da Constituição Federal. Divide-se em três seções, apresentando um panorama histórico da cidadania e introduzindo a cidadania digital; oferece embasamento teórico sobre o controle social das políticas públicas e a participação da sociedade civil; e analisa a constitucionalização e normatização da participação do cidadão-cidadão nos serviços públicos, discutindo a efetividade e as limitações dos conselhos de usuários diante das desigualdades digitais e estruturais. Utiliza metodologia de estudo bibliográfico, buscando compreender aspectos fundamentais relacionados à cidadania digital, ao controle social das políticas públicas e à participação do usuário-cidadão nos serviços públicos. A abordagem qualitativa permite uma análise aprofundada e interpretativa dos dados, não apenas descrevendo as características investigadas, mas também identificando relações, padrões e lacunas na aplicação prática dos conselhos de usuários. Chega-se ao resultado da necessidade de reformulação da estratégia adotada pelo governo federal, considerando que o modelo adotado conta com baixa adesão da sociedade e dos órgãos, além de provocar a exclusão das pessoas que não possuem acesso à internet.

O artigo intitulado ENTRE A NORMA E A EXCEÇÃO: A (IN)APLICABILIDADE DA SÚMULA 611 DO STJ NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES SOB A ÓTICA DE GIORGIO AGAMBEN E CARLOS M. M. BARTOLOMÉ RUIZ, de autoria de Yuri Schneider, analisa a Súmula 611 do Superior Tribunal de Justiça, que trata da instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) com base em denúncia anônima, à luz das reflexões de Giorgio Agamben e Castor Ruiz sobre estado de exceção e vida nua. Observa que, apesar da súmula estabelecer requisitos para a instauração de PAD a partir de denúncia anônima, como a existência de investigação prévia e devida motivação, muitos PADs continuam sendo instaurados sem a observância desses critérios. Destaca que essa situação evidencia a utilização do PAD como instrumento de "perseguição" e arbitrariedades, em desrespeito à lei, colocando o servidor público em uma condição de vulnerabilidade que remete ao conceito de homo sacer, desenvolvido por Agamben. A partir das contribuições teóricas de Agamben e Ruiz, o artigo busca problematizar a aplicação da Súmula 611 e seus reflexos na gestão pública, analisando como a excepcionalidade se torna regra no âmbito dos processos disciplinares. Através de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o estudo visa contribuir para o aprimoramento dos mecanismos de controle da Administração Pública, de modo a garantir a moralidade administrativa e evitar a ocorrência de arbitrariedades. Ao

final, apresenta propostas para uma aplicação mais adequada da Súmula 611, em consonância com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito e com a preservação dos direitos fundamentais dos servidores públicos.

O artigo intitulado OS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ÓTICA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, de autoria de Luciana Costa Estêvão, Daniel Secches Silva Leite e Stephane Kelly da Silva Lima, explora as modalidades dos métodos adequados de solução de conflitos mais condizentes com a seara pública, tendo como pano de fundo o princípio da eficiência administrativa; a definição de Administração Pública e as possibilidades de aplicação daqueles métodos nos contratos administrativos. Estuda a inovação trazida pela Lei nº 14.133/2021, denominada nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLCA), no âmbito do direito público – notadamente o rol de métodos resolutivos apresentado em seu artigo 151 -, a fim de se investigar os benefícios do manejo da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas e da arbitragem nas contratações públicas, além de alguns outros métodos inusuais. Pretende provocar uma reflexão sobre a cultura da solução adjudicada por sentença estatal que há tempos se perpetua no sistema jurídico brasileiro, em contraste com as premissas dos métodos adequados, objetivando-se soluções com maior eficiência, celeridade e autonomia no âmbito da Administração Pública. O método de pesquisa utilizado é jurídico-compreensivo, almejando-se interpretação sistemática de normas jurídicas e de doutrina, abrangendo direito constitucional, direito administrativo, direito processual civil e ADRs.

O artigo intitulado FLEXIBILIZAÇÃO E RISCOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: ANÁLISE DOS MODOS DE DIÁLOGO E A CAPTURA DOS AGENTES PÚBLICOS, de autoria de André Martins Pereira Neto e Maria Marconiete Fernandes Pereira, observa que a reforma trazida pela Lei 14.133/2021 no cenário das contratações públicas brasileiras destaca-se por sua abordagem inovadora e flexível, substituindo procedimentos formalísticos por práticas que incentivam a interação estratégica entre o setor público e o privado. Esta interação visa promover a eficiência, a eficácia, a inovação e a competitividade dentro das contratações públicas, aderindo aos princípios de eficiência e intenção de regular o mercado. O artigo ainda foca nos riscos associados a essa flexibilização, particularmente a possível captura de agentes públicos por interesses privados através dos novos modos de diálogo, como o diálogo competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Destaca que essas inovações, embora promissoras na teoria, exigem um monitoramento rigoroso e a implementação de medidas de salvaguarda para prevenir a corrupção e assegurar processos transparentes e justos. A lei propõe um avanço significativo ao permitir formas de comunicação que anteriormente eram restritas, possibilitando uma escolha mais informada e

eficiente nas contratações públicas. No entanto, a eficácia dessas modalidades depende de uma implementação cuidadosa, acompanhada de políticas claras e robustas de governança, formação continuada dos agentes públicos e um comprometimento com a integridade tanto do setor público quanto do privado. Assim, a Lei 14.133/2021 representa um passo importante na modernização das contratações públicas, mas seu sucesso dependerá da capacidade de navegar pelos desafios apresentados, especialmente no que tange à manutenção da integridade e transparência nos processos de contratação pública. A pesquisa utiliza uma abordagem dedutiva qualitativa, com base em pesquisa documental e bibliográfica para atingir seus objetivos.

O artigo intitulado LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TERMO DE AJUSTE DE CONDUCTA: REGRAS GERAIS, IMPLICAÇÕES E PERSPECTIVAS, de autoria de João Jose Baptista e Cleber Cosmo Batista, destaca que em estudos efetivados por diferentes áreas do conhecimento, a corrupção emerge como um mal a ser enfrentado e combatido, visto que causa deletério sobre a coisa pública. Ressalta que embora muitos brasileiros se equivoquem quanto à definição para corrupção, improbidade administrativa ou crimes contra a Administração Pública, cada termo possui caracterização distinta, sobretudo em face das normativas pátrias que versam sobre esta temática. Assim, o artigo apresenta como escopo a análise das Leis nº 8.429/1992, e, também a Lei nº 14.230/2021, dentre outras, com foco no cabimento do Termo de Ajuste de Conduta (TAC) enquanto instrumento de consensualidade para dirimir sobre conflitos relativos à improbidade administrativa. Apresenta como objetivo geral analisar mediante o pressuposto esculpido nas duas leis que dirimem sobre improbidade administrativa o cabimento do TAC e, como objetivos específicos: salientar a diferença dos conceitos de corrupção, improbidade administrativa e crimes contra a Administração Pública à luz da Carta Republicana/1988 e diplomas infralegais, detalhar o cabimento do documento de TAC segundo Código de Processo Civil, e, analisar a aplicabilidade deste instrumento mediante a Lei nº 14.230/2021 que alterou substancialmente o entendimento da responsabilidade por improbidade administrativa. Tratando-se de pesquisa exploratória, qualitativa, com procedimento dedutivo e documental, conclui que, existem, na seara jurídica republicana, normativas que disciplinam a questão de atos ímprobos que ferem a Administração Pública e, por conseguinte, o bem coletivo, cabendo a adoção de Termo de Ajuste de Conduta segundo deveres e obrigações previstos em lei, apontando para uma política de enfrentamento da corrupção, no Brasil.

O artigo intitulado POTENCIAL DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NA EFICIÊNCIA DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DE ALGUNS CASOS E POSSÍVEIS APLICAÇÕES NA REALIDADE MUNICIPAL BRASILEIRA, de autoria de Edener Bertão Tolentino e José Alexandre Ricciardi Sbizera, destacando que se verifica uma grande

influência do desenvolvimento tecnológico em vários aspectos da vida contemporânea, analisa a viabilidade da utilização da tecnologia blockchain e dos smart contracts pela administração pública, a fim de melhorar a arrecadação tributária. Ressalta que essas novas tecnologias disruptivas, em que pese questões como exclusão digital e a proteção de dados pessoais, podem melhorar o acesso às informações entre os órgãos públicos e favorecer uma maior justiça tributária. O estudo encontra-se dividido em três capítulos. O primeiro aborda o atual estágio da sociedade, novas tecnologias disruptivas que surgiram e a situação do Poder Público ante a isso. No segundo capítulo, são apresentadas as características essenciais das tecnologias blockchain e dos contratos inteligentes. E, por fim, o terceiro capítulo aborda a conjectura da Administração Tributária Municipal, apresentando um panorama dos principais problemas que prejudicam uma efetiva arrecadação em prol de uma justiça tributária dos Municípios.

O artigo intitulado **O PRINCÍPIO REPUBLICANO E O REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO: A CONEXÃO NECESSÁRIA**, de autoria de Manoel Ilson Cordeiro Rocha, Yuri Nathan da Costa Lannes e Frederico Thales de Araújo Martos, destaca que o regime jurídico administrativo brasileiro é resultante de uma conexão sistêmica entre os princípios constitucionais da Administração, mas que o modelo possui princípios explícitos e implícitos e também se conecta com os princípios gerais do Estado brasileiro, o que expõe uma complexidade. Entre estes princípios destaca o princípio republicano, como um princípio de Estado e que repercute amplamente sobre a Administração. Ressalta que ainda que não ocorra uma hierarquia entre princípios, o princípio republicano é politicamente mais relevante e que, por outro lado, alguns princípios da administração são mais próximos ao republicano, como o princípio da eficiência, o da primazia suprema do interesse público e o da publicidade, enredando os graus da teia. Assim, a pesquisa pretende identificar a teia mais ampla com vários outros em conexão sistêmica. Procura antes, como objetivo secundário, apontar a tênue diferença entre a República e o princípio republicano. Trata-se de uma análise bibliográfica da configuração ontológica dos princípios da administração pública, por meio do método dedutivo.

O artigo intitulado **O RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**, de autoria de Maria Eduarda de Toledo Pennacchi Tibiriça Amaral, analisa o reconhecimento da boa administração pública como direito fundamental no Brasil. A estrutura do trabalho inicia com uma análise do surgimento do direito a boa administração pública e do seu contexto histórico, observando o seu desabrochar na Europa e posteriormente a sua vinda para o Brasil. O delineamento segue com um estudo da teoria do transplante jurídico, difundida por Alan Watson. Nesse ponto pondera se a eficiência do modelo e os benefícios da sua aplicação para o reconhecimento do

direito fundamental a boa administração pública, verificando-se a possibilidade de transplantá-lo da Carta de Nice para a Constituição brasileira. Por fim, examina o papel do Supremo Tribunal Federal no reconhecimento do direito, verificando o caminho percorrido até a emblemática decisão que reconheceu o direito fundamental à um governo honesto. O objetivo do ensaio é realizar uma análise crítica, baseando o estudo em um exame aprofundado do direito fundamental à boa administração pública com um pilar na experiência estrangeira.

O artigo intitulado A REFORMULAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS IMPLICAÇÕES DO DOLO ESPECÍFICO NO PODER SANCIONADOR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CAPTURA E RETROCESSO NORMATIVO NA LEI Nº 14.230/2021, de autoria de Eder Marques De Azevedo e Henrique M. Alves Coelho, analisa os impactos jurídicos da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, com foco na inserção do dolo específico introduzido como critério ao enquadramento da conduta ímproba, da qual é demandado o alcance do resultado ilícito previsto no tipo para efeito de eventual condenação. O estudo questiona se a Lei nº 14.230/2021 pode ser lida como pressuposição de retrocesso normativo à imputação de responsabilização dos agentes públicos pelo cometimento de atos de improbidade diante do ônus probatório doloso pautado em estrita tipicidade. Como hipótese, parte da premissa de que as mudanças inseridas na responsabilidade subjetiva para fins condenatórios dos atos de improbidade correspondem a forma de captura legislativa, gerando efeito flexibilizatório no poder sancionador. A metodologia empregada é baseada em estudos bibliográficos e interdisciplinares, com investigações de caráter jurídico-exploratório, somados à pesquisa de campo junto aos tribunais brasileiros, assumindo, ainda, como marco teórico, a teoria da captura defendida por David Moss e Daniel Carpenter. (2014).

O artigo intitulado A LEI DE SEGURANÇA HERMENÊUTICA E O NOVO PARADIGMA APLICADO AOS ÓRGÃOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, de autoria de Ronny Carvalho Da Silva, tem por objetivo analisar a Lei de Introdução às normas de Direito brasileiro após a introdução das alterações pela chamada Lei de Segurança Hermenêutica, a Lei nº 13.655/2018. Utiliza o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Destaca que a referida legislação surge no contexto ao enfrentamento do chamado "Direito Administrativo do Medo", caracterizado pela hesitação dos agentes públicos em tomar decisões devido ao receio de sanções. Ressalta que a Lei introduz mudanças significativas na interpretação das normas administrativas, realçando a importância de considerar os desafios reais enfrentados pelos gestores públicos e a necessidade de alinhar as decisões judiciais e de controle com a realidade prática da administração. Destaca que a legislação introduz princípios interpretativos inovadores,

relativizando a legalidade e enaltecendo a razoabilidade e a proporcionalidade nas ações dos agentes públicos. Observa que, em particular, o texto se concentra nos artigos 22 e 28 da LINDB, que orientam a necessidade de equilibrar a rigidez normativa com a complexidade da gestão pública, estabelecendo critérios para a responsabilização pessoal do agente público, limitando-a a situações de dolo ou erro grosseiro. Aponta preocupações com a aplicação prática da lei a partir da análise de algumas interpretações dadas pelo TCE-PR que, em algumas decisões, parece divergir do espírito da lei ao diferenciar os critérios de responsabilização com base no tipo de sanção. Em conclusão, destaca que a Lei de Segurança Hermenêutica é vista como um avanço significativo no Direito Administrativo, promovendo uma governança mais eficiente e justa, embora ainda haja desafios na sua aplicação e interpretação.

O artigo intitulado ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ADMINISTRATIVA COM APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO, de autoria de Allan Thiago Barbosa Arakaki , Emerson Santiago Pereira e Marilda Tregues de Souza Sabbatine, aborda critérios e princípios norteadores da desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, através da aplicabilidade do princípio da moralidade e indisponibilidade do interesse público, com oposição ao contraditório e ampla defesa. Inicialmente conceitua a desconsideração da personalidade jurídica a fim de permear o conhecimento básico sobre o assunto. Em seguida, apresenta os conceitos e funcionalidades do princípio do contraditório e ampla defesa, previsto constitucionalmente, capaz de garantir a segurança jurídica necessária e identificação da importância dos princípios da moralidade e indisponibilidade do interesse público na administração pública. Por fim, analisa a desconsideração da personalidade jurídica na esfera administrativa, através de análise jurisprudencial e econômica do direito, na tentativa de favorecer um pensamento jurídico da teoria de Kaldor-Hicks frente as regras e efeitos. Nesse sentido, através do método dedutivo, pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais que possuem o condão de subsidiar o presente estudo, demonstrou a consagração dos princípios dos direitos e compensação social, permitindo estabelecer considerações.

O artigo intitulado A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL, de autoria de Tania Coelho Borges Kowarick , Mateus Vinicius Kaiser e Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, tem como objetivo discutir o regime jurídico concernente ao processo administrativo sancionador, em matéria ambiental. Mais especificamente, o estudo investiga a presunção de veracidade dos atos administrativos na fase probatória e a consequência deste princípio em relação ao ônus probatório.

Questiona, portanto, a aparente colisão entre a presunção de veracidade dos atos da administração e a presunção de inocência do administrado. Adota-se o método dedutivo, com análise da legislação pertinente, revisão doutrinária e consulta à jurisprudência. Constata que a presunção de veracidade dos atos da administração, caso aplicada aos autos de infração, exerce um efeito que debilita a presunção de inocência do administrado. Constata-se, ainda, que a distribuição do ônus probatório da esfera civil não pode ser estendida à esfera administrativa. Conclui-se que o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos não deve interferir na distribuição do ônus probatório no processo administrativo sancionador, ônus este que recai sempre sobre a administração.

O artigo intitulado **A NECESSIDADE DO RECONHECIMENTO DA TRANSPARÊNCIA COMO PILAR FUNDAMENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: UMA PROPOSIÇÃO A PARTIR DO PROJETO DE DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL**, de autoria de Rebeca Araújo da Silva, tem como objetivo discutir a possibilidade de promoção da transparência como princípio fundamental da Administração Pública brasileira, com base nos pressupostos teóricos defendidos pelo Projeto de Direito Administrativo Global. Para alcançar esse objetivo, realiza uma análise crítica da literatura especializada, legislações e documentos oficiais, com foco na integração do DAG com o ordenamento jurídico brasileiro, visando identificar as potencialidades e os desafios dessa abordagem no contexto nacional. A metodologia utilizada foi a qualitativa, aplicada por meio de revisão de bibliografia e análise documental. A partir dos resultados da pesquisa, foi possível depreender que é vital adotar medidas concretas para fortalecer a transparência e a accountability na gestão pública brasileira, incluindo reformas legislativas e implementação efetiva de mecanismos de monitoramento. Conclui que a integração do princípio da transparência, conforme proposto pelo DAG, nas práticas administrativas centrais, pode ser primordial para se concretizar tais medidas.

O artigo intitulado **A EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO NO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL**, de autoria de Mateus Stallivieri da Costa, Luiza Guerra Araújo e Júlia Massadas, destaca inicialmente que a Lei Federal 13.874/2019, conhecida como Declaração de Direitos da Liberdade Econômica, determinou a impossibilidade de a Administração Pública exigir certidões não previstas em lei, incidindo tanto na esfera da União, como nos estados e municípios. O objetivo do artigo é investigar os impactos dessa nova previsão nos processos de licenciamento ambiental, em especial no tocante a obrigação de apresentar o documento intitulado Certidão de Uso e Ocupação do Solo. Busca compreender se a recepção dos entes federativos à alteração legislativa garantiu uma uniformização do entendimento, aplicando a disposição da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. O artigo utilizou para a investigação o método dedutivo, possuindo

natureza qualitativa e descritiva, sendo formulado com o uso da metodologia de revisão bibliográfica. Como conclusão, foram identificadas diferentes reações dos entes federativos à previsão da Lei Federal 13.874/2019, existindo exemplos em que foi mantida a exigência da Certidão de Uso e Ocupação do Solo e outros em que ela foi retirada, não existindo, por hora, uniformidade de entendimento.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

Universidade Federal do Rio Grande - FURG

Emerson Affonso da Costa Moura

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ)

e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Manoel Ison Cordeiro Rocha

Faculdade de Direito de Franca (FDF);

Universidade de Araraquara (UNIARA) e

Faculdade Dr. Francisco Maeda (FAFRAM)

FLEXIBILIZAÇÃO E RISCOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: ANÁLISE DOS MODOS DE DIÁLOGO E A CAPTURA DOS AGENTES PÚBLICOS

FLEXIBILITY AND RISKS IN THE NEW BIDDING LAW: ANALYSIS OF DIALOGUE MODES AND THE CAPTURE OF PUBLIC AGENTS

André Martins Pereira Neto ¹
Maria Marconiete Fernandes Pereira ²

Resumo

A reforma trazida pela Lei 14.133/2021 no cenário das contratações públicas brasileiras destaca-se por sua abordagem inovadora e flexível, substituindo procedimentos formalísticos por práticas que incentivam a interação estratégica entre o setor público e o privado. Esta interação visa promover a eficiência, a eficácia, a inovação e a competitividade dentro das contratações públicas, aderindo aos princípios de eficiência e intenção de regular o mercado. O presente artigo foca nos riscos associados a esta flexibilização, particularmente a possível captura de agentes públicos por interesses privados através dos novos modos de diálogo, como o diálogo competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Essas inovações, embora promissoras na teoria, exigem um monitoramento rigoroso e a implementação de medidas de salvaguarda para prevenir a corrupção e assegurar processos transparentes e justos. A lei propõe um avanço significativo ao permitir formas de comunicação que anteriormente eram restritas, possibilitando uma escolha mais informada e eficiente nas contratações públicas. No entanto, a eficácia dessas modalidades depende de uma implementação cuidadosa, acompanhada de políticas claras e robustas de governança, formação continuada dos agentes públicos e um comprometimento com a integridade tanto do setor público quanto do privado. Assim, a Lei 14.133/2021 representa um passo importante na modernização das contratações públicas, mas seu sucesso dependerá da capacidade de navegar pelos desafios apresentados, especialmente no que tange à manutenção da integridade e transparência nos processos de contratação pública. A pesquisa utiliza uma abordagem dedutiva qualitativa, com base em pesquisa documental e bibliográfica para atingir seus objetivos.

Palavras-chave: Licitações, Diálogo, Flexibilização, Riscos, Captura

Abstract/Resumen/Résumé

The reform introduced by Law 14.133/2021 in the Brazilian public procurement scenario

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Pós-Graduado em Licitações e Contratos pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS).

² Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado, do UNIPÊ.

stands out for its innovative and flexible approach, replacing formalistic procedures with practices that encourage strategic interaction between the public and private sectors. This interaction aims to promote efficiency, effectiveness, innovation, and competitiveness within public procurements, adhering to the principles of efficiency and intention to regulate the market. This article focuses on the risks associated with this flexibility, particularly the potential capture of public agents by private interests through new modes of dialogue, such as competitive dialogue and the Procedure for Manifestation of Interest (PMI). These innovations, although promising in theory, require rigorous monitoring and the implementation of safeguard measures to prevent corruption and ensure transparent and fair processes. The law proposes a significant advance by allowing forms of communication that were previously restricted, enabling a more informed and efficient choice in public procurements. However, the effectiveness of these modalities depends on careful implementation, accompanied by clear and robust governance policies, continuous training of public agents, and a commitment to integrity of both the public and private sectors. Thus, Law 14.133/2021 represents an important step in the modernization of public procurement, but its success will depend on the ability to navigate the challenges presented, especially with regard to maintaining integrity and transparency in public procurement processes. The research employs a deductive qualitative approach, relying on documentary research and bibliographical sources to achieve its objectives.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bidding, Dialogue, Flexibility, Risks, Capture

1 INTRODUÇÃO

A reformulação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, representa um marco na busca pela eficiência e eficácia nas contratações públicas brasileiras. Este novo regramento legal, substituindo procedimentos excessivamente formais e inadequados da Lei 8.666/93, incorpora práticas modernas e flexíveis de contratação, com um foco renovado na interação entre a administração pública e o mercado. Tal interação visa não apenas aprimorar a qualidade e a efetividade das aquisições públicas, mas também fomentar a inovação e a competitividade, orientando-se pelos princípios constitucionais de eficiência e pelo propósito secundário de regulação do mercado.

Atualmente, é possível perceber que o diploma licitatório dá início a uma busca inovadora em métodos jurídicos com aplicações próprias do mercado com vista a melhorar o instrumento de aquisição de bens ou compras, execução de obras, locação, prestação de serviços, e, ao mesmo tempo, suprirem a demanda da Administração Pública e da sociedade.

Nessa configuração de atividades públicas, o instrumento jurídico licitatório assume o papel também dialógico com a iniciativa privada inserindo critérios objetivos capazes de aferir e inserir singulares técnicas advindas do processo dos atores envolvidos na busca de consensualidade administrativa. Vale acrescentar que, questões próprias do processo de negócios jurídicos substanciados em arranjos financeiros e de contratualização demandam interrelações entre Direito e Economia, em que se configura o impacto de normas jurídicas sobre o comportamento advindos do processo licitatório.

Na perspectiva da análise licitatória com a presença da flexibilidade das ações e dos riscos inerentes decorrentes, para se estruturar as contratações públicas em termos da tecnicidade e das aplicações práticas, em que se constata o envolvimento nesse processo a participação de agentes públicos. Por isso, a importância sob o aspecto normativo da Teoria da Captura. Isso porque é necessário compreender o panorama de complexidade envolvido, colocando-se em evidência as consequências dos modos do diálogo licitatório, considerando os aspectos da interação entre a Administração Pública e o setor privado.

A abordagem dos modos de diálogo presente na legislação licitatória, Lei nº 14.133/2021, nomina aspectos e significados instrumentais de interlocução de mercado e poder público, realçando as finalidades práticas da contratualização pública, nas quais envolvem riscos inerentes aos negócios jurídicos diante desta flexibilização.

Nesse sentido, uma vez suscitadas a problemática factual, o presente artigo propõe a seguinte indagação: em que medida os riscos associados a flexibilização licitatória,

especificamente na possibilidade da aplicação da teoria da captura de agentes públicos por interesses privados através da inovação legislativa de modos dialógicos, como o diálogo competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)? Buscando-se esboçar uma possível resposta à questão, far-se-á uma contextualização das licitações advindas pela Lei nº 14.133/2021.

Este artigo se propõe a examinar quais são os riscos associados à flexibilização dos procedimentos de licitação, especialmente em relação à possibilidade de captura dos agentes públicos por interesses privados. Em um primeiro ponto será analisado a Lei nº 14.133/2021 e os novos modos de diálogo com o mercado, em que será verificado a modalidade diálogo competitivo e o instrumento auxiliar de procedimento de manifestação de interesse. Num segundo momento será abordado as possibilidades de diálogo com o mercado e a possível captura dos agentes públicos.

A Lei nº 14.133/2021 introduz uma série de inovações significativas, que prometem transformar profundamente o processo de licitação e contratação pública. Dentre as novidades, destaca-se a ênfase na fase de planejamento das contratações, agora elevada ao patamar de princípio fundamental, obrigando os agentes públicos a aderirem rigorosamente à lei na execução de suas funções.

Além disso, a Lei de licitações incorpora a possibilidade de interação entre a administração pública e o mercado, permitindo o diálogo como método para mitigar a assimetria de informações. Este mecanismo visa facilitar a definição de soluções mais eficazes e eficientes, que atendam de maneira mais precisa aos interesses públicos envolvidos. A introdução desses modos de diálogo representa um avanço significativo, possibilitando que a administração pública se beneficie da inovação e flexibilidade oferecidas pelo setor privado.

A pesquisa qualitativa, de natureza dedutiva, utiliza fontes documentais e bibliográficas para explorar quais os riscos de captura dos agentes públicos por interesses privados na aplicação do diálogo competitivo e do procedimento de manifestação de interesse.

2 A LEI 14.133/2021 E OS NOVOS MODOS DE DIÁLOGO COM O MERCADO

O propósito primário do sistema legal das licitações e contratações públicas é alcançar a eficiência alocativa em seus processos, visando a proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para administração pública. A ênfase principal das licitações está vinculada ao princípio constitucional da eficiência.

No entanto, devido ao considerável volume econômico envolvido nas compras públicas, o governo passou a reconhecer uma nova finalidade para essas transações, direcionada a orientar, influenciar e regular o mercado em que atua, objetivos esses secundários. A regulação estatal nas licitações possui duas finalidades: a primeira busca fomentar a concorrência, por meio da contratação de diversos bens e serviços para atender às necessidades imediatas e mediadas da Administração Pública.

Ao promover a concorrência, o Estado utiliza mecanismos para garantir a livre competição entre os participantes. No entanto, atualmente, o estado utiliza as contratações públicas como um instrumento de regulação econômica voltado para a implementação de políticas públicas ou a realização de valores constitucionais. Esse propósito secundário está incorporado no arcabouço jurídico das licitações, com foco no estímulo a determinadas atividades e na adoção de práticas e valores constitucionais.

A Lei 8.666/93, com seus procedimentos excessivamente formais, não atendeu ao objetivo de garantir contratações adequadas ao interesse público. Produtos e serviços de baixa qualidade eram frequentemente adquiridos a preços elevados, com pouca margem para inovação por parte dos gestores. O processo era moroso, com debates prolongados entre licitantes, especialmente nas etapas de habilitação e julgamento. Essas falhas levaram à necessidade de reformular o procedimento licitatório, resultando em leis esparsas e inovações como o pregão e o regime diferenciado de contratações. Isso evidenciou a necessidade de uma nova legislação geral sobre licitações e contratos (Gomes, 2021). Para Marcos Nóbrega: “o "mecanismo" estabelecido pela Lei de Licitações - LGL (lei 8666/93) para a escolha da proposta mais vantajosa é falho, ultrapassado e ineficiente (Nóbrega, 2020).

Em relação ao antigo regramento, o relatório final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON, assim manifestou:

A vigência da Lei nos últimos 20 anos significou avanços que, embora emblemáticos pela ruptura com o passado que representaram, não permitiram a adequada equalização entre as necessidades da administração e as complexidades do mercado. O seu conteúdo tem se mostrado com frequência pouco prático ou mesmo inexecutável. Por um lado cria insegurança para os administradores públicos responsáveis pelos procedimentos a que se refere – independentemente da capacitação a eles oferecida –, e, de outro, deixa margens excessivas para práticas desleais de quem vende para a administração.

A recente promulgada Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, conserva a estrutura básica de legislações anteriores, mas introduz uma série de

inovações significativas destinadas a aprimorar a eficiência das contratações públicas. Além da ênfase na fase de planejamento das contratações, que passou a ser um princípio fundamental que vincula os agentes públicos na aplicação da lei, outra grande novidade foi a possibilidade de a Administração dialogar com o mercado para reduzir a assimetria de informações em busca da definição da melhor solução para atender o interesse público envolvido. Essa possibilidade de interação com o mercado não estava contemplada na Lei 8.666/93. Pelo contrário, essa comunicação era proibida pelo artigo 9º, que vedava a participação na licitação e na execução do objeto dos autores dos projetos básico e/ou executivo.

Apesar da nova legislação de licitações manter a vedação da participação do autor do anteprojeto ou projetos básicos e executivos na licitação ou execução dos contratos quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados, notadamente quando se tratar de contratações cuja solução já esteja definida pela Administração, a lei adota o princípio da administração dialógica, que enfatiza uma participação mais ampla do mercado, permitindo que contribuam e influenciem na fase de planejamento das contratações. Destacam-se dois mecanismos nesse sentido: o diálogo competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Assim, a restrição do art. 14 é limitada: o autor do projeto será impedido de participar da licitação apenas se sua proposta for convencional e adotada integralmente nos documentos licitatórios (Mourão e Monteiro, 2022). A restrição a participação do autor do projeto durante o planejamento e execução das licitações poderá influenciar no cumprimento do futuro contratante, diante de um projeto complexo. Neste caso, identifica-se oportunismo informacional.

2.1 - Diálogo competitivo

O diálogo competitivo, também conhecido como diálogo concorrencial, surgiu na União Europeia conforme estabelecido pelo artigo 29 da Diretiva 2004/18 do Parlamento Europeu e do Conselho. Este modelo de licitação evoluiu e, atualmente, é regulamentado pelo artigo 30 da Diretiva 2014/24 da União Europeia, que substituiu a Diretiva anterior de 2004.

O enfoque europeu na disciplina de contratos públicos tem como justificativa o reconhecimento da importância do papel da contratação pública, como um dos instrumentos de mercado a ser utilizado para alcançar um crescimento sustentável com a finalidade de buscar a eficiência. Cabe esclarecer que a Diretiva 2014/24 abrange os contratos públicos de aquisição de obras, bens e serviços e suas respectivas licitações, inclusive aqueles acordados pelas entidades centrais, regionais ou locais. Além disso, ficou consignado a definição pelo legislador

européu de contratos públicos, contrato de empreitada de obras públicas, obra, contratos de fornecimento e contratos de serviços. Enfatizou os contratos mistos, mercadorias e serviços, quando envolve as diferentes partes que constituem o contrato os quais não possam objetivamente ser separadas (União Europeia, 2014; Marrara, 2016).

As diretrizes europeias mais recentes destacam a importância de oferecer mais flexibilidade às entidades adjudicantes para escolher um método de contratação que permita a negociação. Isso se deve ao fato de que os contratos firmados por meio de tais métodos demonstraram ter uma alta taxa de sucesso, particularmente em termos de comércio entre diferentes países da União (Gomes, 2021).

A abordagem adotada pela Europa se destaca por introduzir maior flexibilidade nos processos de contratação pública, especialmente útil quando as autoridades governamentais precisam determinar a melhor solução para satisfazer uma necessidade específica. Além disso, essa experiência europeia enfatiza a importância de adaptar os procedimentos de contratação para atender de forma mais eficaz e eficiente aos requisitos do setor público.

Ficou ainda consignado na Diretiva 2014/24 a imposição às autoridades contratantes a observância das normas de acesso à informação e publicidade dos contratos, enfatizando, então, a transparência dos negócios. Na inserção da transparência devem também fazer constar anúncios de pré-informação de licitações, inclusive prazo de abertura de licitação, além das normas sobre forma de publicação dos atos convocatórios e, evidentemente, a obrigatoriedade da disponibilidade das informações necessárias aos interessados (Marrara, 2016; União Europeia, 2014).

A fim de assegurar o interesse público-privado, a divulgação de informações recebidas pelas autoridades advindas dos licitantes quando comportar estratégias de negócios comerciais e informações sensíveis referentes das propostas não é permitida. Acrescente-se, ainda, que tais procedimentos são considerados gerais, os quais estão vinculados ao mercado de forma a dialogar com os agentes econômicos.

Em termos de procedimento, Thiago Marrara explicita que a Diretiva trouxe as fases necessárias para sua formação, em que a classifica de modalidade bifásica. Assim expõe:

Essa modalidade bifásica abarca agentes econômicos que solicitem participação e recebam um convite do ente contratante após a avaliação das informações iniciais prestadas. É possível que o diálogo se desenvolva em fases sucessivas com o objetivo de reduzir o número de soluções gradualmente, permitindo à autoridade manter um ou mais soluções aptas a satisfazerem suas necessidades. Depois de encerrado, a entidade contratante solicita a cada participante que “apresente as suas propostas finais com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo”, nelas

contemplando todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto. Mesmo nessa fase, a autoridade está autorizada a requerer esclarecimentos, detalhamentos e aprimoramentos da proposta, desde que não se alterem seus elementos fundamentais nem se desrespeitem os requisitos estabelecidos no início da licitação e os itens do memorial descritivo. A seleção da proposta especificamente há que se pautar no critério da melhor relação qualidade/preço. Feito o julgamento, permite-se à autoridade empreender negociações adicionais para confirmar os compromissos financeiros ou outros termos nela constantes no intuito de finalizar os termos do contrato, respeitando-se novamente os aspectos essenciais estabelecidos no ato convocatório e o princípio da não-discriminação (Marrara, 2016).

Na perspectiva nacional, o diálogo concorrencial é denominado de diálogo competitivo e seu conceito está disciplinado no art. 6º, inciso XLII da Lei 14.133/2021, como sendo a:

Modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (Brasil, 2021).

No entendimento de Justen Filho (2021, p.145), “A dimensão inovadora do diálogo competitivo exige o afastamento dos padrões hermenêuticos aplicáveis às modalidades licitatórias comuns e conhecidas”, destaca-se, o reconhecimento a importância de adaptar as estruturas legais e interpretativas para abraçar métodos mais dinâmicos e flexíveis, capazes de atender às demandas complexas e em evolução do setor público.

Vale enfatizar que a modalidade diálogo competitivo enfatiza no art. 32 da Lei nº 14.133/2021 hipóteses específicas, quais sejam:

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, é necessário considerar que o mercado abarca inovações singulares e múltiplas em termos de produtos e serviços, “de modo que nem sempre o Poder Público é sabedor de tudo que existe no mercado em termos de soluções ou técnicas possíveis” (Gomes, 2021, p. 11).

A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições, inovação tecnológica ou técnica e impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração. Esses atributos devem estar presentes de forma cumulativa para caracterizar a modalidade (Justen Filho, 2021).

Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições contidas na legislação licitatória, em que Administração apresentará em edital suas necessidades com exigências definidas para manifestação dos interessados em participar da licitação. Serão estabelecidos critérios objetivos da pré-seleção com a devida observância em não implicar vantagem para algum dos licitantes. Nessa conjuntura, há de considerar o princípio do sigilo das propostas com soluções ou informações sigilosas sem o consentimento do licitante. Na fase do diálogo cabe a Administração, em sede de decisão motivada, identificar a solução viável às suas necessidades. A legislação também possibilita a realização de fases sucessivas com os licitantes pré-selecionados com a finalidade de discutir as propostas ou soluções. Já na fase competitiva, o edital estipula a solução e os critérios para escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. No entanto, somente os licitantes pré-selecionados poderão apresentar suas propostas (Brasil, 2021).

Para utilização da modalidade deve ser analisado alguns aspectos relevantes a serem considerados, sem a necessária burocracia administrativa com procedimentos fechados, em que a Administração Pública não poderia dialogar, conseqüentemente sem a devida flexibilidade que deveria estar presente por se tratar de negócios de interesse público.

Vale acrescentar que, a motivação para a Administração Pública optar pela modalidade de diálogo competitivo em detrimento de outras, pauta-se pelo aspecto essencial para a juridicidade do procedimento. No entendimento de Alexandre Santos de Aragão trata-se de:

[...] hipótese licitatória excepcional, portanto, a Administração deve ser capaz de, com base em dados não só jurídicos, mas técnicos, econômicos etc., demonstrar que o diálogo competitivo era o instrumento que, concretamente, mais bem contemplava os anseios públicos, em razão da natureza disruptiva do objetivo que se buscava alcançar (2021, p. 41).

A modalidade licitatória se mostra atraente para selecionar a solução técnica mais apropriada entre diversas opções, definir requisitos técnicos específicos, ou estabelecer a estrutura jurídica do contrato. Isso indica que seu uso vai além das questões técnicas, abrangendo também inovações nos aspectos contratuais para atender necessidades administrativas (Gomes, 2021).

2.2 - Procedimento de manifestação de interesse

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) não é uma modalidade de licitação, mas sim um procedimento auxiliar de colaboração entre a Administração Pública e o setor privado, podendo ser aplicado em contextos nos quais a Administração identifica uma necessidade administrativa, porém enfrenta desafios ao especificar seus objetivos contratuais (Torres, 2023). No PMI é evidenciada uma necessidade da contratação. Contudo, devido as especificidades do objeto, a Administração Pública enfrenta dificuldades para identificar e selecionar a solução, necessitando do auxílio do mercado para solucioná-lo.

A introdução do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) pela Lei 14.133/2021 não representa uma novidade legislativa. Tal procedimento já estava contemplado anteriormente na Lei nº 8.987/95, conhecida como Lei das Concessões. Esta legislação, em seu artigo 21, estabelece que:

Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital” (Brasil, 1995).

Este instrumento já sinalizava a importância da colaboração e do compartilhamento de informações entre o setor público e o mercado. A inserção do Procedimento de Manifestação de Interesse na Lei 14.133/21 contribui para o aprimoramento do instituto e lhe dá maior respaldo jurídico, buscando garantir uma maior eficiência nas contratações (Gomes, 2021).

Semelhante ao Diálogo Competitivo, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) visa identificar soluções inovadoras no mercado que possam atender a questões de interesse público. A principal distinção entre ambos reside no fato de que o PMI não está diretamente associado a uma futura licitação. Ele é conduzido de forma independente, sem ligação com qualquer licitação específica, e seus resultados podem ser aproveitados em procedimentos licitatórios futuros. Em outras palavras, o Procedimento de Manifestação de

Interesse auxilia a Administração a encontrar uma solução inovadora antes de se iniciar a licitação, enquanto o diálogo competitivo busca a identificação da solução entre licitantes que já estão participando de uma licitação, com a efetiva perspectiva de contratação.

Cabe assinalar que, a finalidade do Procedimento de Manifestação de Interesse aponta um diálogo entre Administração Pública e iniciativa privada, em que seja possível garantir a participação do setor privado para viabilizar a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos pela própria iniciativa privada, com a possibilidade de viabilidades econômicas para futura instauração da licitação e contratação. Essa escolha pública instaura um ambiente de riscos e incertezas com escopo de diferentes níveis de assimetria informacional entre os agentes (Pereira, 2015).

Nesse sentido, identifica-se que a adoção do PMI não obriga a realização da licitação nem gera direito de preferência no eventual procedimento licitatório, assim como também não implicará direito ao ressarcimento pelos custos na sua elaboração, não podendo haver cobrança de valores ao poder público. O ressarcimento ao ente privado ocorre somente se a licitação for efetivada e um terceiro se sagrar vencedor, cabendo a este último a responsabilidade de compensar financeiramente o elaborador dos estudos.

O PMI estabelece uma relação entre Administração Pública e a iniciativa privada que compreende o momento que “o actual Estado administrativo encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos” (Antunes, 1989, p.77).

O Procedimento de Manifestação de Interesse traz para Administração Pública diversos benefícios voltados a eficiência das contratações, reduzindo incertezas e a complexidade da contratação futura. (Justen Filho, 2021). “Apesar de, teoricamente, ser um instrumento interessante para a construção de soluções negociais com a iniciativa privada, o PMI enfrenta algumas dificuldades no Brasil” (Gomes, 2021, p. 223). A incerteza sobre a utilização dos estudos realizados e a compensação pelo trabalho despendido tem desencorajado o setor privado de engajar-se em tais procedimentos. Isso ocorre porque as empresas podem investir tempo e recursos financeiros sem a segurança de um retorno econômico, contrariando o objetivo fundamental do mercado, que é gerar lucro através de suas atividades econômicas.

A modelagem do dialógica de contratação representa o predomínio de idealizar a realidade de novos mecanismos tecnológicos, em que esse procedimento está em consonância com os princípios constitucionais da transparência (Fortini, 2013). Ademais, a capacidade de agir por resultados prospera formas de ação em consequência de cada ciclo de sistemas de

contratação pública. Essa contratação representa o predomínio de idealizar a realidade de novos mecanismos tecnológicos, obras, serviços de engenharia e nas mais diversas áreas, que possuem uma abrangência limitada (Pereira, 2015).

A nova lei de licitações, juntamente com a legislação de concessões, contempla a opção de estudos, investigações, levantamentos e projetos serem iniciados a pedido do setor privado. Esse procedimento é reconhecido no âmbito da administração pública como Manifestação de Interesse Privado (MIP). A legislação sobre concessões recebeu regulamentação no âmbito federal através do Decreto nº 8.428, datado de 02 de abril de 2015, estabelecendo diretrizes para as duas possibilidades previstas. Já aplicação do PMI ou MIP prevista na Lei nº 14.133/2021 carece que regulamentação específica, conforme previsto no *caput* do art. 81.

3 O DIÁLOGO COM O MERCADO E A POSSIBILIDADE DA CAPTURA DOS AGENTES PÚBLICOS

O diálogo entre o mercado e o setor público, embora apresentado como uma novidade pela nova legislação, não constitui uma inovação real. Eles sempre interagiram, mas não de forma organizada ou transparente. Nessa concepção, cabe esclarecer que os mercados funcionam melhor dentro de uma estrutura legal o qual são disciplinados direitos, obrigações, responsabilidades e negociação (Mitchell, Simmons, 2003). Então, com a previsão legal dos diálogos, a administração passou a contar com um importante instrumento, que é a possibilidade de interagir legitimamente com o setor privado, auxiliando-a na formulação de estratégias para alcançar objetivos específicos, isto é, estabelece a estrutura dialógica. Assim, desfaz-se a falsa premissa de que a administração sempre sabia, por si só, como firmar o melhor contrato, dando lugar a uma gestão mais realista. Esta reconhece seu conhecimento em soluções contratuais rotineiras, porém enfrenta, como qualquer outro, incertezas e a falta de informações necessárias para escolher a melhor opção contratual (Mourão e Monteiro, 2022).

A introdução desses mecanismos permite que a administração pública explore soluções inovadoras e tecnicamente adequadas em colaboração com o setor privado. No entanto, a implementação desses diálogos também demonstra desafios claros em termos de integridade e transparência do processo de contratação. Segundo Gustavo Binenbojm (2016, p.67), no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro cabe trazer uma reflexão na necessidade de interpretar o regime jurídico licitatório como um “sistema de incentivos voltados à promoção de comportamentos socialmente desejáveis e ao desestímulo de comportamentos indesejáveis,

de acordo com objetivos político-jurídicos pré-determinados”. Um dos desafios identificado para fins de alcançar os objetivos político-jurídico é a assimetria de informação entre os atores.

O processo de licitação visa reduzir as disparidades de informações entre a Administração Pública e os agentes privados. “Ela existe porque há dificuldades de transmissão de informações entre os governantes e os particulares que poderiam ser contratados para suprir as necessidades do Estado” (Nóbrega; Jurubeba, 2020, p. 13). Quando as informações não são adequadamente reveladas, pode levar a decisões inadequadas, ineficiências nas contratações e até mesmo a possibilidade de corrupção.

Isso acontece nas contratações públicas, onde o setor privado possui um conhecimento mais profundo do mercado do que a Administração Pública, o que frequentemente resulta na aquisição de bens e serviços de baixa qualidade (seleção adversa) ou na atitude oportunista do particular que busca maximizar seus lucros (risco moral) (Camelo, Nóbrega e Torres, 2022).

A assimetria de informações do poder público também cria a oportunidade de interagir com o mercado para encontrar a solução ideal, estabelecendo assim as bases para uma contratação mais eficaz. “De fato, à luz de uma perspectiva mais neoclássica da economia, essa previsível assimetria de informações cria uma falha de mercado, pois tende a gerar um resultado subótimo, ou seja, impede que seja alcançada a “eficiência de mercado” (Mourão e Monteiro, 2022, p. 203).

Na prática da regulação, a teoria da captura enfatiza e identifica grupos de interesse na formação de políticas também em processos administrativos, isto é, o acontecimento da captura ocorre quando os interesses do setor regulado passam a servir o interesse privado em prejuízo do interesse público, que é o que deveriam proteger.

Por sua vez, “no mundo real, porém, sempre haverá uma assimetria entre o governo e os licitantes, de modo que a licitação é o mecanismo de que o gestor lança mão para captar informações dos possíveis contratados e, só então, elencá-los de acordo com aqueles critérios de escolha” (Nóbrega, 2020, p. 13). Essa assimetria de informações pode ocasionar a captura dos agentes públicos em favor do ente privado, ocasionando uma falha de governo, quando o poder público toma decisões em benefício do particular. “O fenômeno da captura do poder público pelo setor privado foi intensamente examinado em debates de teoria da regulação, no contexto das relações entre agências reguladoras e empresas reguladas” (Mourão e Monteiro, 2022, p. 205).

No âmbito das contratações públicas, de maneira similar, observamos a aplicação da teoria da captura, de maneira especial nos mecanismos de diálogo com o mercado. Este conceito explica como a assimetria de informações, especialmente aqueles referentes às soluções de

mercado, aliada a uma estrutura de pessoal inadequada, contribui para criar um cenário desfavorável. Nesse contexto, projetos são frequentemente aceitos sem a aplicação de critérios rigorosos, levando a contratações ineficientes ou ao direcionamento das licitações de maneira a beneficiar os proponentes dos estudos e projetos.

Nesses casos, estamos diante de um monólogo e não de um diálogo verdadeiro, pois a falta de *expertise* do poder público contribui para aceitação de projetos injustificáveis sob os critérios de viabilidade e conveniência, assim como pela falta de informações para avaliar de forma adequada a viabilidade técnica e econômica das soluções propostas para análise e aprovação.

As premissas trazidas pela manifestação do diálogo poderão suscitar o oportunismo que manifesta-se pela assimetria de informações existentes entre o privado e a Administração Pública, no caso a avaliação e a seleção dos projetos, estudos, levantamentos e investigações, ou seja, em fase dos procedimentos de diálogo e as consequências das soluções apresentadas em sede de propostas dos licitantes.

Os mecanismos de diálogo entre agentes públicos e representantes do mercado, característica desses procedimentos, cria oportunidades para que interesses privados exerçam influência indevida sobre decisões públicas. Esse comportamento contorna o interesse público para favorecimento próprio ou de terceiros.

Como forma de combater essa falha de governo, é necessário a implementação de governança nas contratações para monitoramento contínuo e implementação de medidas de controle de riscos para assegurar a transparência e equidade nos processos de contratação pública.

Além disso, é necessário que exista um compromisso da alta administração com a formação e capacitação contínua dos agentes públicos, além do desenvolvimento de uma cultura de integridade tanto no setor público quanto no privado.

Igualmente, é essencial uma regulamentação clara e detalhada sobre o diálogo competitivo e o PMI, definindo os critérios, limites e competências, reduzindo a subjetividade na sua aplicação, garantindo que esses instrumentos sejam utilizados de forma a realmente beneficiar o interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 14.133/2021, com sua introdução de novos modos de diálogo entre a administração pública e o mercado, representa um avanço significativo na legislação de

licitações e contratos administrativos do Brasil. Ela oferece uma estrutura mais flexível e adaptável, que não apenas promove a eficiência e a eficácia nas contratações públicas, mas também abre caminho para a inovação. A ênfase no planejamento e a possibilidade de diálogo com o mercado antes da formalização das contratações são mudanças significativas que podem ajudar a superar as limitações dos procedimentos anteriores, excessivamente formais e muitas vezes ineficazes.

No entanto, essa flexibilização traz consigo desafios significativos, especialmente no que diz respeito à integridade do processo licitatório e à possibilidade de captura dos agentes públicos por interesses privados. Assim sendo, devem ser criados mecanismos por meio de instrumentos normativos em relação aos agentes envolvidos, especificamente no diálogo competitivo, com a finalidade preventiva de garantir o interesse público bem como a influência do interesse privado. Apesar das inovações trazidas pela Lei 14.133/2021, a efetiva implementação desses novos modos de diálogo requer vigilância constante e medidas de salvaguarda para prevenir a corrupção e garantir a transparência e a justa competição nas contratações públicas.

O diálogo competitivo e o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) como ferramentas valiosas que, se bem aplicadas, podem contribuir significativamente para o aprimoramento das contratações públicas no Brasil. No entanto, para que esses mecanismos cumpram seu potencial, é crucial que exista um compromisso contínuo com a formação e capacitação dos agentes públicos, além do desenvolvimento de uma cultura de integridade e transparência tanto no setor público quanto no privado.

Além disso, é essencial que a regulamentação e a implementação dessas inovações sejam acompanhadas de perto por mecanismos de controle social e auditoria independente, para que os riscos de captura e corrupção sejam minimizados. Isso inclui a necessidade de uma regulamentação clara e detalhada sobre o diálogo competitivo e o PMI, que defina limites e critérios precisos para sua aplicação, garantindo que esses instrumentos sejam utilizados de forma a realmente beneficiar o interesse público.

Por fim, a Lei 14.133/2021 nos coloca em um caminho promissor em busca da eficiência das contratações. No entanto, a efetividade desses instrumentos dependerá de implementação de práticas de governança capazes de prevenir a captura dos agentes públicos. Portanto, este artigo sugere uma reflexão contínua e o desenvolvimento de estratégias para superar esses obstáculos, garantindo que os objetivos da Lei 14.133/2021 sejam plenamente realizados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luís Felipe Colaço. **A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental.** Coimbra: Almedina, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública.** Revista de Direito Administrativo. v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez., 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. **Lei n.º 14.133, de 02 de abril de 2021.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 abril 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

CAMELO, Bradson, NÓBREGA, Marcos e TORRES, Ronny Charles L. de. **Análise econômica das licitações e contratos de acordo com a Lei nº 14.133/2021.** Belo Horizonte. Editora: Fórum, 2022.

FORTINI, Cristiana. **Licitação nas Parcerias Público-Privadas.** Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, a. 12, n. 137, maio. 2013.

GOMES, Camila Paula de Barros. **Diálogo competitivo e procedimento de manifestação de interesse: a administração dialógica nas licitações.** Revista de Direito da Administração Pública, ISSN 2595-5667, a.6,v.1,n.2, Jul/dez,2021,p. 209. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/277>. Acesso em 12 mar. 2024.

MAFFINI, R. (2010). **Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Direito Administrativo, 253, 159–172.

MARRARA, Thiago. **Licitações na União Europeia (I): panorama das reformas e aplicabilidade do direito comunitário.** 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-i-panorama-das-reformas-e-aplicabilidade-do-direito-comunitario>. Acesso em: 12 abr. 2024.

MARRARA, Thiago. **Licitações na União Europeia (II): princípios e modalidades licitatórias.** 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/licitacoes-na-uniao-europeia-ii-principios-e-modalidades-licitatorias>. Acesso em 12 abr. 2024.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. **Para além da política.** Mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Rio de Janeiro: TpoBooks, 2003.

MOURÃO, Carolina Mota. MONTEIRO, Vera. **Procedimento de manifestação de interesse como instrumento de fomento à inovação: o artigo 81 da lei no 14.133, de 2021.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Brasília, 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11623/8/218187_LV_Compras%20publicas_Cap06.pdf. Acesso em: 12 fev. 2024.

NÓBREGA, Marcos. **Esperando Godot: Poderá a nova lei de licitações revolucionar as compras públicas no Brasil?** O Licitante, 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Esperando-Godot-Podera-a-Nova-Lei-de-Licitacao-revolucionar-as-compras-publica-no-Brasil-Marcos-Nobrega.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa.** R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Assimetrias-de-informac%CC%A7a%CC%83o-na-nova-Lei-de-Licitac%CC%A7a%CC%83o-e-o-problema-da-selec%CC%A7a%CC%83o-adversa-MN-DJ.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2024.

PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. **Parcerias Público Privadas: além das fronteiras do Direito Administrativo.** Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25009/1/TESE%20Maria%20Marconiete%20Fernandes%20Pereira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 14 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>. Acesso em: 12 abr. 2024.

SENADO FEDERAL. **Relatório Final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4728409&disposition=inline>. Acesso em 14 abr. 2024.