FADISP

REVISTA PENSAMENTO JURÍDICO
ISSN 2238944-X

CONTRIBUIÇÕES DA LEI Nº 14.133/2021 PARA UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E DIALÓGICA NA FASE DE PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES

CONTRIBUTIONS OF LAW NO. 14.133/2021 TO A CONSENSUAL AND DIALOGIC PUBLIC ADMINISTRATION IN THE PLANNING PHASE OF PROCUREMENT

MARIA EDUARDA HILLESHEIM[1]

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA[2]

SÚMÁRIO: *Introdução. 2 Participação, democracia deliberativa e os fundamentos teóricos para a Administração consensual e dialógica. 3 Novos paradigmas de direito administrativo para a Administração Pública consensual e dialógica. 4 Contribuições da Lei Nº 14.133/2021 para uma Administração Pública consensual e dialógica na fase de planejamento das contratações. Considerações Finais. Referências Finais.*

RESUMO: Este artigo analisa a evolução e a transformação do pensamento no Direito Administrativo quanto à possibilidade de a Administração Pública atuar de maneira consensual e dialógica. A abordagem busca entender a aproximação entre o setor público e o setor privado, levando em consideração, principalmente, as normatizações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FURB. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Brasil. Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Procuradora do Município de Blumenau. E-mail: m.eduardahill@gmail.com.

[2] Realizou estágio pós-doutoral em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito como membro do corpo permanente e como coordenador. Editor Científico da Revista Jurídica da FURB. Vice-líder do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, registrado no Diretório de Grupos Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB.

às Normas do Direito Brasileiro). Além disso, o artigo examina as contribuições da Lei nº 14.133/2021 para a aplicação da consensualidade e do diálogo na Administração Pública, com especial enfoque na fase de planejamento das contratações públicas, que ganhou destaque no novo marco legal das licitações. A pesquisa também reflete sobre a participação cidadã nos processos administrativos e como essa participação pode aperfeiçoar as decisões públicas. A teoria de Jürgen Habermas, com sua ênfase na deliberação democrática e na racionalidade comunicativa, é utilizada como base para discutir os benefícios de uma administração dialógica. O estudo utiliza o método dedutivo, partindo de premissas gerais da Administração Pública Brasileira, e se baseia em ampla pesquisa bibliográfica, além das principais legislações pertinentes ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Consensualismo. Administração Pública Dialógica. Planejamento. Participação democrática. Licitações e contratos.

ABSTRACT: This article analyzes the evolution and transformation of thought in Administrative Law regarding the possibility of Public Administration acting in a consensual and dialogic manner. The approach seeks to understand the rapprochement between the public and private sectors, taking into account, primarily, the regulations introduced by law 13.655/2018 in decree-law 4.657/1942 (Introduction to the Rules of Brazilian Law). Additionally, the article examines the contributions of law 14.133/2021 to the application of consensuality and dialogue in Public Administration, with special emphasis on the planning phase of public procurement, which gained prominence in the new legal framework for public bidding. The research also reflects on citizen participation in administrative processes and how this participation can improve public decision-making. Jürgen Habermas' theory, with its emphasis on democratic deliberation and communicative rationality, is used as a basis to discuss the benefits of a dialogic administration. The study adopts the deductive method, starting from general premises of Brazilian Public Administration, and is based on extensive bibliographic research, as well as the main legislation relevant to the topic.

KEYWORDS: Consensualism. Dialogic Public Administration. Planning. Democratic Participation. Bidding and Contracts.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de a Administração Pública dialogar e transacionar com o setor privado sempre foi uma questão vista com restrições, sobretudo para os doutrinadores mais clássicos. Nesse sentido, havia (e talvez ainda exista) uma corrente no sentido de que o princípio da indisponibilidade do interesse público seria um empecilho para que o setor público promovesse qualquer ato de disposição.

O Direito Administrativo vem passando por uma mudança de paradigmas que tem envolvido a necessidade de modernização para adequar-se às demandas da sociedade contemporânea. Tradicionalmente, o Direito Administrativo foi associado a uma visão autoritária do poder estatal, baseada na supremacia do interesse público sobre o privado e na pouca possibilidade de contestação das decisões administrativas. Esse cenário tem se transformado com a adoção de uma abordagem mais dialógica e voltada para os direitos fundamentais, que coloca o cidadão no centro das relações jurídico-administrativas[3].

Uma demonstração dessa mudança de paradigmas vem ocorrendo com o reconhecimento do direito à "administração pública dialógica", um conceito que implica a necessidade de diálogo entre o Estado e os cidadãos antes de tomar decisões que afetem os direitos individuais. Essa abordagem está relacionada com princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, que apontam para a participação dos cidadãos nas decisões que os impactam diretamente. No Brasil, embora o direito à boa administração pública não esteja explicitamente previsto na Constituição, ele é inferido a partir de diversos dispositivos, como os artigos 5º e 37, que consagram o princípio da legalidade, transparência e responsabilidade da administração pública.[4]

Como exemplo da administração dialógica, promulgou-se a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) disciplinando expressamente sobre a possibilidade de a Administração Pública atuar de maneira consensual, de uma forma geral. Entretanto, a mudança da referida legislação, por si só, não foi suficiente para garantir segurança jurídica sobre a atuação da administração pública no desenvolvimento de suas atividades administrativas.

A Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021, que estabelece normas gerais de Licitações e Contratos Administrativos, foi promulgada trazendo alguns pontos que corroboram com essa visão de consensualismo na Administração Pública. Essa lei fez menção expressa ao dever de considerar as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na sua aplicação e interpretação.

---

[3] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica... **Revista de Direito Administrativo**, 253, 159–172

[4] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica... **Revista de Direito Administrativo**, 253, 159–172

A nova lei de licitações também conferiu grande enfoque sobre o planejamento das contratações, tornando obrigatória a elaboração do Estudo Técnico Preliminar. Esse documento, dentre outras funções, demanda a realização de um levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis para concluir, ao final, qual seria a melhor forma de resolver o problema existente.

Diante disso, infere-se que a nova legislação de licitações possui, dentre outras, duas grandes diretrizes: enfoque no planejamento e a possibilidade de a Administração Pública agir de forma consensual.

Considerando tais premissas e novidades trazidas pela legislação, justifica-se a relevância na análise de quais foram as contribuições dadas pelo legislador para possibilitar o alcance das diretrizes supramencionadas.

Para tanto, o presente artigo divide-se em três tópicos. No primeiro, alinha-se o marco teórico-filosófico deste artigo, utilizando a obra de Jürgen Habermas como base para o desenvolvimento de uma administração consensual e dialógica. No segundo tópico, será feita uma breve síntese sobre a evolução histórica do consensualismo na Administração Pública até a promulgação da Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro).

No terceiro tópico, serão abordadas as questões mais específicas sobre a Lei nº 14.133/2021, notadamente acerca do planejamento e das ferramentas conferidas pelo legislador para permitir que o levantamento de mercado seja feito de maneira segura com o setor privado. Nesse sentido, diante da impossibilidade de se avaliar todas as novidades trazidas pela legislação, serão avaliadas especificamente as figuras das audiências e consultas públicas e a nova modalidade licitatória do Diálogo Competitivo.

Este estudo adota o método dedutivo, iniciando com premissas gerais sobre a Administração Pública Brasileira e o Direito Administrativo, para depois analisar aspectos específicos da legislação e das práticas administrativas, especialmente nas contratações públicas. A pesquisa baseia-se em uma ampla revisão bibliográfica de autores especializados no tema, incluindo teóricos da participação democrática, como Carole Pateman e outros autores clássicos, e da teoria da deliberação, como Jürgen Habermas. Além disso, são analisadas as principais legislações pertinentes, como a Lei nº 14.133/2021 e o Decreto-Lei nº 4.657/1942. A aplicação desse método permitiu uma avaliação crítica das inovações normativas à luz da teoria da administração

pública dialógica e da consensualidade, com foco, sobretudo, na fase de planejamento das contratações públicas.

1 PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E DIALÓGICA

Carole Pateman[5] entende que a palavra participação tem evoluído e tornado-se popular, podendo ser aplicada em diversas situações. A autora questiona, por isso, "qual o lugar da participação numa teoria da democracia moderna e viável?". A seguir, analisa duas preocupações dos teóricos da democracia sobre o tema:

a) o ideal dos antigos de "máxima participação" precisa ser revisado ou refutado;

b) a participação afeta a estabilidade da democracia.[6]

Essas preocupações surgiram com a emergência dos Estados totalitários, no início do século XX. Entendia-se que toda a sociedade precisava de uma elite no governo e que era preciso fazer uma escolha entre organização e democracia. De qualquer forma, as teses dos teóricos políticos empiristas colocavam em dúvida a prática democrática.[7]

Na metade do século XX, porém, a democracia ainda era um ideal; a participação é que passou a ser questionada, ainda mais com o exemplo do totalitarismo (República de Weimar) em que havia participação das massas (ainda que forçada). Isso fazia com que a palavra participação fosse mais relacionada com o totalitarismo do que com a democracia. Esse cenário fez surgir, no pós-guerra, uma falta de interesse na política por parte dos cidadãos, chegando-se a pensar que a visão clássica do homem democrático era uma ilusão.[8]

Passou-se, assim, a diminuir a força da antiga teoria democrática (por ser carregada de valor) e a valorizar uma teoria política moderna, que via a democracia como um método. Essa nova teoria defendia que ao povo cabia escolher seus

---

[5] PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. As obras citadas nos próximos parágrafos são as mencionadas por Pateman da obra citada.
6 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 9-10.
7 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 10.
8 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 11.

representantes, de modo que a competição política por votos era comparada às competições de mercado: os eleitores eram vistos como consumidores, as políticas como produtos e os políticos como empresários.[9] Por essa teoria, a participação não tem um papel importante, pois os eleitores não costumam controlar seus líderes.

A seguir, Pateman avalia quatro teóricos da democracia, destacando o entendimento de cada um sobre a participação: Berelson, Dahl, Sartori e Eckstein.[10]

(i) Para Berelson[11], o cidadão não tem interesse político. Ele critica a teoria clássica, por entender que ela se concentra no cidadão isolado, ignorando o sistema político. Defende a necessidade de se reduzir a intensidade de conflito e buscar um consenso básico. E, por conseguinte, deve-se ter pouca participação para "amortecer o choque das discordâncias" e manter a estabilidade.

(ii) Já Dahl[12] defende um sistema poliárquico, que tem como pré-requisito básico "um consenso a respeito das normas". Esse consenso depende de um "treinamento social" que ocorre na família, nas escolas, nas igrejas, nos jornais... e sua eficácia depende das predisposições do indivíduo. Um treinamento social efetivo deve desenvolver atitudes democráticas nas pessoas, mas um aumento na taxa de participação poderia gerar um perigo na estabilidade do sistema democrático.

(iii) Em relação a Sartori[13] destaca que, para ele, não são apenas as minorias que governam, mas também as elites, em competição. Esse autor receia que o aumento de participação no processo político origine regimes totalitários, até mesmo por que, na prática, o povo não age, somente reage. Essa apatia pode ocorrer em virtude do analfabetismo, da pobreza ou da falta de informação.

---

9 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 12-13. Ao analisar as concepções liberal e republicana de democracia, Habermas (*A Inclusão do outro,* p. 273-275) percebe que: "Na visão liberal, a função da ordem jurídica é definir os direitos que cabem a cada um, e as formas de limitação do poder que permitam o livre desempenho desses direitos. [...] O voto é visto como uma expressão da vontade dos eleitores e uma permissão destes a que determinados partidos cheguem ao poder. Mantém-se, assim, uma estrutura similar ao mercado, cujo êxito depende da vontade de seus participantes." (Leonardo da Rocha de Souza, *Direito Ambiental e Democracia Deliberativa*, p. 65.).

10 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 15-24.

11 BERELSON, B. R., Democratic Theory and Public Opinion, **Public Opinion Quarterly**, vol. 16, n.° 3,1952, pp. 313-30; BERELSON, B". R., Lazarsfeld, P. F., e MacPhee, W. N., *Voting*, Chicago, University of Chicago Press, 1954.

12 DAHL, R. A. Modern Politicai Analysis, Nova Jersey, Prentice Hall, 1963; DAHL, R. A. "FurtherReflections on the 'Elitist Theory of Democracy'", **American Political Science Review**, vol. LX, n." 2,1966, pp. 296-306.

13 SARTORI, G., **Democratic Theory**, Detroit, Wayne State University Press, 1962.

(iv) Por fim, no entendimento de Eckstein[14], um governo será estável se o seu padrão de autoridade estiver de acordo com o padrão de autoridade da sociedade. E o padrão do governo não precisa ser puramente democrático, pois é saudável um certo elemento de autoritarismo. Para ele, as pessoas precisam de líderes firmes e autoritários para que o sistema se mantenha estável.

Pateman classifica a teoria dos escritores acima como "teoria contemporânea da democracia", que teria as seguintes características:

a) "a competição entre os líderes (elite) pelos votos do povo, em eleições periódicas e livres";

b) a participação está mais vinculada à escolha daqueles que tomam as decisões;

c) a participação da maioria não deveria ser incentivada, pois isso "enfraqueceria o consenso quanto às normas do método democrático";

d) a democracia deve ser livre de valores;

e) todos os grupos podem ser ouvidos em algum momento da tomada de decisões.[15]

Os críticos da teoria contemporânea defendem que o "máximo de participação por parte de todo o povo seria" o ideal, pois geraria um "homem democrático racional, ativo e informado". Mas Pateman defende que nem os teóricos contemporâneos, nem os seus críticos, se deram conta de que a noção de uma teoria clássica da democracia é um mito. Ela apresenta, como exemplo, as críticas de Schumpeter à teoria clássica: é uma teoria irrealista, por que "exige do homem comum um nível de racionalidade simplesmente impossível", além de ignorar o conceito de liderança.[16]

Depois, Pateman define quem são os teóricos clássicos e destaca suas principais contribuições:

(i) Bentham[17] defendia o sufrágio universal, voto secreto e parlamentos anuais; esperava que os cidadãos menos capacitados pedissem conselho aos competentes;

---

[14] ECKSTEIN, H. A Theory of Stable Democracy. **Democracy**, Princeton University Press, 1966.
15 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 24-27.
16 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 27-30.
[17] BENTHAM, J., **Works**. Edimburgo; Bowring, J. (org.), Tait, 1843.

(ii) Bentham[18] e James Mill[19] esperavam que todo o cidadão se interessasse por política, pois isto "seria de seu mais alto interesse"; a participação do povo tem uma função muito reduzida, servindo, apenas, para proteger os interesses privados de cada cidadão;

(iii) Para J. S. Mill e Rousseau[20] a participação "é fundamental para o estabelecimento e manutenção do Estado democrático"; suas teorias "fornecem os postulados básicos de uma teoria da democracia participativa".[21]

Percebe-se, assim, que clássicos como J. S. Mill e Rousseau valorizavam a participação; já Bentham e James Mill a subestimavam. Essa desvalorização da participação chegou até a teoria clássica contemporânea, o que ajuda a compreender a dificuldade em sua implementação. As críticas à participação, no entanto, devem ser superadas para tentar ampliar a administração consensual e dialógica.

Para o fim deste artigo, busca-se essa superação na obra de Jürgen Habermas. A relação entre a teoria de Jürgen Habermas e a administração pública dialógica encontra-se na ideia de que a deliberação democrática é essencial para a legitimação das decisões administrativas. Habermas argumenta que a sociedade é dividida em dois grandes domínios: o "mundo da vida" e os "sistemas". No "mundo da vida" se desenvolvem as interações humanas, com base em tradições, cultura e comunicação, enquanto os "sistemas", como a política e a economia, funcionam com uma lógica instrumental, focada na eficiência e no controle.[22]

No contexto do Direito e da administração pública, o papel do direito, segundo Habermas, é mediar esses dois domínios, de modo que os sistemas, como poder administrativo, não sobreponham seus interesses à vida cotidiana dos cidadãos (o que ele chama de 'colonização do mundo da vida'). Essa mediação ocorre através da deliberação democrática, na qual o direito deve ser construído por meio do discurso racional, garantindo que as normas sejam passíveis de ser aceitas por seus destinatários.[23]

---

[18] BENTHAM, J., **Works.** Edimburgo; Bowring, J. (org.), Tait, 1843.
[19] MILL, J., *An* **Essay on Government**, Cambridge University Press, 1937.
[20] ROUSSEAU, J.-J., **The Social Contract**, trad. Cranston, M., Penguin Books, 1968.
21 PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 30-34.
[22] HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Accion Comunicativa**, tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social, tomo II, Crítica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
[23] HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. São Paulo: Unesp, 2020.

Nesse sentido, Habermas assim elabora seu princípio do discurso: “São válidas apenas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais.”[24] Assim, somente as normas que poderiam obter a anuência de todos os destinatários de um discurso racional têm legitimidade para serem aplicadas. Isso se conecta diretamente ao conceito de administração dialógica, na qual a tomada de decisões, incluindo a criação e a implementação de normas, deve ser realizada de maneira transparente e com a participação ativa dos cidadãos.

Habermas propõe que o direito, como um instrumento de mediação, permite que os cidadãos, por meio do discurso e da deliberação, influenciem as políticas que afetam suas vidas. Ao promover a deliberação, o direito atua como um canal para que as necessidades e os valores da população sejam levados em consideração, e as normas resultantes sejam aceitas pela comunidade.[25]

A teoria de Jürgen Habermas, especialmente no que diz respeito à deliberação democrática e à administração pública dialógica, encontra forte ressonância na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021). A relação entre a teoria habermasiana, a administração dialógica e o regime de licitações pode ser analisada por meio temas como a participação cidadã, a racionalidade comunicativa e a consensualidade nos processos decisórios, como será abordado nos próximos tópicos.

2 NOVOS PARADIGMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E DIALÓGICA

Uma das grandes polêmicas existente no Direito Administrativo se referia à possibilidade de a Administração Pública transacionar com particulares com vistas a atingir as finalidades públicas. Para muitos, principalmente entre os publicistas mais antigos, essa possibilidade sequer existiria, sob o argumento de que o princípio geral

[24] HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. São Paulo: Unesp, 2020, p. 155.
[25] HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**. São Paulo: Unesp, 2020.

da indisponibilidade do interesse público impediria qualquer tipo de negociação ou ato de disposição.[26]

> A legislação brasileira, até a década de 1980, não permitia que uma decisão administrativa, decorrente de ato ou contrato administrativo, em que houvesse sido imposta uma penalidade ao agente privado, no âmbito da função estatal de poder de polícia, fosse alterada por meio de algum acordo ou compromisso, notadamente se isso importasse suspensão de uma sanção em troca de determinada obrigação. Em outras palavras, a sanção decorrente do exercício legítimo de função administrativa não poderia estar sujeita à consensualidade entre Administração Pública e agente privado, tudo a bem do interesse público.[27]

Essa concepção começou a ser revisitada na doutrina brasileira por volta da segunda metade dos anos 90, época em que se passou a discutir a possibilidade de uso da consensualidade na Administração Pública.[28]

Especificamente em 1995, época na qual Fernando Henrique Cardoso era Presidente do País, o Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, sob o comando de Luiz Carlos Bresser Pereira, aprovou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE. Esse plano tinha como um dos seus objetivos principais modificar o papel e o aparelhamento do Estado, transformando-o em um órgão de coordenação e regulação, afastando-se da execução e prestação dos serviços de forma direta.[29]

E um dos reflexos da aprovação do PDRAE foi justamente a aproximação do Estado com o setor privado, na qual a Administração Pública passou a se interessar mais pelas ferramentas e métodos utilizados em empresas, com o intuito de atuar de forma mais eficaz, a fim de atender de alcançar os melhores.[30]

---

[26] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
[27] GUERRA, Sérgio, PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista De Direito Administrativo**, p. 142.
[28] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

[29] GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Wesllay Carlos. **Breves apontamentos para a arbitragem na administração pública**. S. d.
[30] GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Wesllay Carlos. *Op cit*

Não obstante a discussão sobre o tema já existir há algum tempo no Brasil, é recente a constatação de um efetivo entusiasmo na busca pela consensualidade na Administração Pública.[31]

Para Dantas[32] não se justifica impedir a transação por parte da Administração Pública sob o argumento do princípio da indisponibilidade do interesse público. Para o autor, a defesa de tal posição representa uma visão desatualizada do Direito Administrativo e da própria conceituação da indisponibilidade do interesse público, que é muito mais abrangente que simplesmente o interesse da Administração Pública ou da Fazenda Pública. Tal visão também ignora que o princípio da eficiência, por vezes, pode encontrar na transação uma situação mais vantajosa à solução unilateral.

Diante disso, Dantas[33] pondera que se os fins pretendidos pela Administração Pública podem ser atingidos por um caminho mais simples, rápido e não litigioso. Para ele, a transação é sim compatível com a indisponibilidade do interesse público, já que proporciona "[...] economia de tempo e recursos, além de viabilizar uma concertação de interesses legítimos, evitando os efeitos negativos que podem advir de uma solução adjudicada e unilateral"[34].

Também nesse sentido, Sundfeld[35] avalia que "a abertura da consensualidade é caracterizada pela evolução da visão de um Direito Administrativo puramente adversarial no exercício da autoridade administrativa para um modelo mais flexível".

Não obstante as mudanças de concepção sobre o tema, persistia uma considerável insegurança por parte dos gestores públicos – e da própria doutrina especializada – sobre a aplicação da consensualidade. Essa insegurança ocorria, sobretudo, porque as legislações existentes não tratavam sobre os procedimentos, limites e requisitos mínimos para a celebração de acordos.[36]

Inclusive porque, conforme acima mencionado, há muitas resistências quando o assunto se refere ao Estado promovendo acordos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário. Nesse sentido, Fiss[37] criticava a transação judicial, afirmando que essa

---

[31] DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e regulação**: reflexões para um direito administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
[32] DANTAS, Bruno. *Op cit*
[33] DANTAS, Bruno. *Op cit*
[34] DANTAS, Bruno. *Op cit*
[35] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 83.
[36] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
[37] FISS, Owen. Contra o acordo. In: **Direito como razão pública**: processo, jurisdição e sociedade. Trad. Carlos Alberto de Salles. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2017.

postura poderá, ao longo do tempo, acabar menosprezando a autoridade dos juízes perante toda a comunidade.

Para Fiss[38], "[...] Juízes devem, creio eu, limitar-se à atividade principal de sua profissão e aderir aos procedimentos que há muito lhes permitiram vestir o manto da lei".

Nesse contexto, a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) buscou avançar sobre essa temática, a fim de minimizar algumas inseguranças e incertezas.[39] Diante das inúmeras contribuições e inovações trazidas, a Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB, dispôs o seguinte sobre a consensualidade por parte da Administração Pública:

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

Em que pese o avanço conferido pela alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na atuação consensual pela Administração Pública, ainda não se sabe quais as efetivas contribuições que a lei trará, na prática, para os gestores públicos na tomada de decisões. Isso ocorre, principalmente, porque a doutrina administrativista ainda "[...] mostra algum ceticismo quanto à sua capacidade de, isoladamente, suprir o déficit de segurança jurídica dos compromissos administrativos".[40]

Nessa perspectiva, Sundfeld[41] reconhece que a alteração trazida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tenha como principal impacto o fomento aos debates teóricos, doutrinários e jurisprudenciais em detrimento de uma alteração substancial direta nas práticas do Direito Administrativo. Para o autor, uma das maiores contribuições da alteração legislativa em questão é a de reconfigurar o modo

---

[38] FISS, Owen. Contra o acordo. *Op cit*, p. 161.
[39] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
[40] SUNDFELD, Carlos Ari. *Op cit*, p. 87.
[41] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

como se compreende e operacionaliza o Direito Administrativo. Isso reflete sobre a sua evolução e ampliação de suas funcionalidades, pois “Tão importante quanto o tratamento jurídico conferido a esses temas, é a mudança cultural em torno da sua interpretação e aplicação”.[42]

Assim, Sundfeld[43] reconhece que alterações trazidas na legislação supramencionada representam um importante ponto de partida para a mudança de concepção sobre o direito administrativo. Entretanto, o autor reconhece que não será suficiente para promover a mudança cultural do assunto. Sob essa ótica, propõe a seguinte reflexão:

> A guinada dos valores que orientam a atividade público-decisória no Brasil, de forma comprometida com a experiência, será essencial para o desenvolvimento de interpretações, métodos e técnicas racionais que deem continuidade ao processo de atualização dos últimos anos, incrementando os esforços precedentes, inclusive de maneira aplicada a cada campo da ação administrativo e suas especificidades. A construção de novas referências legislativas e regulamentares, práticas e precedentes administrativos e judiciais, merece, assim, ser vigiada e avaliada com atenção.[44]

Diante disso, infere-se que atualmente o desafio a ser enfrentado não é de apenas “[...] justificar um modelo de Estado cooperativo e horizontal, mas o de criá-lo. Não se trata mais de uma questão filosófica, da qual por considerável tempo, e com razão, se ocuparam os franceses, mas de uma questão de efetivação”.[45]

A administração pública dialógica também está relacionada ao princípio da proteção da confiança, que faz parte do princípio mais amplo da segurança jurídica. Essa proteção visa garantir que os cidadãos possam confiar nas ações do Estado, evitando que decisões ou atos sejam alterados de forma arbitrária ou sem a devida justificativa. Isso inclui tanto a manutenção de direitos adquiridos quanto a reparação de danos causados por decisões do poder público que frustrem expectativas legítimas.[46]

---

[42] SUNDFELD, Carlos Ari. *Op cit*, p. 88.
[43] SUNDFELD, Carlos Ari. *Op cit*.
[44] SUNDFELD, Carlos Ari. *Op cit*, p. 89.
[45] DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e regulação**: reflexões para um direito administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 63.
[46] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica... **Revista de Direito Administrativo**, 253, 159–172.

A aplicação prática dessa teoria pode ser vista em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), como a Súmula Vinculante nº 3, que estabelece que, em processos perante o Tribunal de Contas, o contraditório e a ampla defesa devem ser assegurados quando a decisão possa resultar na anulação ou revogação de um ato administrativo que beneficie o interessado. No entanto, a súmula exclui a apreciação da legalidade inicial de concessões de aposentadorias, reformas e pensões, o que tem sido alvo de críticas. Alguns argumentam que essa exceção contraria o próprio princípio da administração dialógica, uma vez que os beneficiários também deveriam ter o direito de se defender nesses casos.[47]

Em termos mais gerais, o princípio da administração pública dialógica busca equilibrar o exercício das prerrogativas estatais com a necessidade de proteger os direitos individuais e garantir a participação ativa dos cidadãos nas decisões administrativas. Esse modelo representa uma evolução significativa em relação ao antigo paradigma autoritário, proporcionando um sistema jurídico-administrativo mais transparente, participativo e justo.[48]

3 CONTRIBUIÇÕES DA LEI Nº 14.133/2021 PARA UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E DIALÓGICA NA FASE DE PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES

A Lei nº 14.133/2021, de 1º de abril de 2021, substituiu a Lei nº 8.666/1993[49] passou a ser o instrumento jurídico que define as regras gerais de licitações e contratos administrativos. A nova legislação também revogou a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e toda a parte da Lei nº 12.462/2011 que se referia às licitações.

Dentre as diversas mudanças trazidas, a Lei nº 14.133/2021 introduziu alguns instrumentos que, seguindo a concepção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, buscam aproximar a Administração Pública do setor privado, favorecendo o diálogo e a consensualidade.

---

[47] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica... **Revista de Direito Administrativo**, 253, 159–172.
[48] MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica... **Revista de Direito Administrativo**, 253, 159–172.
[49] A Lei nº 8666/93 continuou em vigor, paralelamente à Lei nº 14133/2021, até o final de 2023.

A Lei nº 14.133/2021, apesar de ter reproduzido estrutura similar à da Lei nº 8.666/1993, trouxe algumas inovações que refletem uma singela intenção de mudança nas contratações públicas com maior flexibilidade, por meio de uma administração pública dialógica.[50]

Sobre a administração dialógica, Torres[51] assim a conceitua:

> Ela consiste na abertura de diálogo com os administrados, permitindo que eles colaborem para o aperfeiçoamento ou a legitimação da atividade administrativa, diferenciando-se de um modelo de administração pública monológica, no qual os particulares não têm oportunidade de interferir, preventivamente, colaborando para a realização da atividade administrativa. Em uma concepção de administração pública dialógica, os particulares podem atuar para colaborar com o aperfeiçoamento da atividade administrativa, aperfeiçoando-a, prevenindo conflitos, agregando expertise e colaborando para uma atuação mais eficiente do Poder Público.

Especificamente em relação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu art. 5º, *caput*, a Lei nº 14.133/2021, além de preconizar a observância de diversos princípios na sua aplicação, também prevê expressamente que deverão ser levadas em consideração as disposições contidas no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.[52]

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, por sua vez, conforme se verificou no tópico anterior, trouxe esse viés da Administração Pública consensual, um pouco mais aberta ao diálogo e com maior flexibilidade.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 também consolidou em seu texto alguns institutos que já estavam presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas em legislações esparsas. Cita-se, por exemplo, o Procedimento de Manifestação de Interesse, a conciliação e a arbitragem como meios alternativos de resolução de controvérsias.

A nova legislação também criou a modalidade de licitação denominada diálogo competitivo; previu a possibilidade de realização de consultas e audiências públicas eletrônicas na fase de planejamento da contratação; e instituiu o site Portal Nacional

---

[50] TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 15. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
[51] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op cit*, p. 259-260.
[52] BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1941. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 03/08/2024.

de Contratações Públicas, instrumento voltado à divulgação de informações centralizadas, por meio da cooperação entre os entes públicos.

Sem a pretensão de apresentar a integralidade das mudanças trazidas pela Lei nº 14.133/2021, passa-se a avaliar duas questões pontuais sobre a nova legislação e quais foram as suas contribuições para uma administração pública consensual e dialógica especificamente na fase do planejamento das contratações.

O enfoque específico sobre o planejamento se releva pertinente, pois a nova lei de licitações também conferiu significativa atenção à etapa do planejamento das contratações públicas. Isso ocorreu por considerar que uma fase preparatória feita com qualidade tende a diminuir os problemas no momento das disputas (fase externa) e durante a execução contratual.[53]

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 trouxe a exigência de elaboração de um novo documento denominado Estudo Técnico Preliminar, que está inserido na fase de planejamento e deve "[...] descrever e justificar uma necessidade, as análises realizadas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos". Trata-se de um documento com valor significativo na etapa de planejamento das contratações públicas e deve ser construído "[...] a partir de uma metodologia comparativa, porque deve sondar e propor soluções e alternativas ao gestor, no intuito de melhor adimplir as necessidades públicas".[54]

O Estudo Técnico Preliminar está disciplinado nos artigos 6º, inciso XX, e 18, §1º, da Lei nº 14.133/2021, sendo um de seus elementos a "[...] realização de levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar", consoante disposto no inciso V do §1º do art. 18 da mencionada legislação.[55]

Infere-se, portanto, que se trata de um estudo complexo, que deve levar em consideração, além das possibilidades e melhores soluções técnicas existentes, questões de ordem econômica. Diante disso, torna-se relevante avaliar quais as ferramentas elencadas em referida legislação para auxiliar na elaboração do mencionado estudo técnico.

---

[53] HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei nº 14.133/21. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.
[54] HEINEN, Juliano. *Op cit*, p. 183.
[55] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024

A reflexão se justifica, pois, ao prever a possibilidade de aproximação da Administração Pública com o mercado privado e com a sociedade, a legislação reconhece que tal medida é adequada para que os interesses coletivos possam ser atingidos de forma mais efetiva. Até mesmo porque "[...] A assimetria de conhecimento acarreta limitações insuperáveis à atuação autônoma, isolada e prepotente do Estado quanto à realização de tarefas crescentemente complexas".[56]

Diante disso, no presente estudo, serão avaliadas as contribuições trazidas pelos seguintes institutos: a) consulta e audiência pública e b) modalidade de licitação diálogo competitivo.

3.1 Audiências e consultas públicas

O art. 21, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021 traz uma contribuição em termos de cooperação entre a Administração Pública e o público privado, possibilitando a abertura de espaço para manifestação do mercado, por meio de audiências ou consultas públicas.[57]

Segundo a redação da lei, trata-se de situações nas quais os interessados poderão se manifestar, contribuindo com a Administração Pública por meio de sugestão de ajustes, melhorias e apontando eventuais problemas no processo de contratação.

A legislação não diferencia as duas figuras, mas Justen Filho[58] assim as conceitua:

> A audiência pública caracteriza-se como uma sessão pública, que pode ser implementada de modo presencial ou por forma eletrônica. A consulta pública não envolve necessariamente uma sessão pública e se caracteriza como a previsão de um prazo para que os interessados se manifestem sobre o objeto examinado.

---

[56] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 454

[57] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024

[58] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 373.

A audiência e a consulta pública são institutos úteis para serem utilizados nas licitações complexas, que representem algum impacto social, mas também em situações nas quais a Administração Pública precise de informações mais precisas da sociedade e do próprio mercado privado acerca daquele objeto.[59]

O dispositivo em questão confirma essa ideia de que a Lei nº 14.133/2021 incentiva a participação da sociedade em relação ao planejamento e execução das contratações públicas (Justen Filho, 2021, p. 371).

A realização de audiência não é, a bem verdade, uma novidade nas licitações, pois a Lei nº 8.666/1993 já previa a figura da audiência pública em seu texto. Entretanto, na antiga legislação havia a obrigatoriedade de realizar audiências públicas somente naqueles casos em que a contratação envolvesse valores superiores acima de determinada quantia[60].

Na nova legislação, não há menção a um valor específico para que as audiências e consultas públicas sejam realizadas de forma obrigatória. Assim, seria crível concluir que a realização ou não desses procedimentos prévios seria uma faculdade do gestor.

Porém, isso não significa que a atuação poderá ocorrer de forma totalmente autônoma e discricionária. Uma das questões que deve ser avaliada refere-se à legitimidade da atuação administrativa, pois alguns "[...] temas cuja relevância – política, econômica, social, ambiental, etc. – exige convocar a sociedade a participar".[61]

Negar a realização de audiência ou consulta pública em casos complexos e relevantes representa afronta aos princípios constitucionais da democracia e da cidadania e devem, por isso, serem reprovados.[62]

---

[59] HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei nº 14.133/21. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

[60] 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.

[61] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 371.

[62] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

O que se verifica como efetiva novidade trazida pela nova legislação (em comparação com a lei geral de licitações anterior) é a expressa menção às consultas públicas. Nesse sentido, percebe-se que a licitação poderá ser submetida à "[...] prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado", consoante se verifica no parágrafo único do art. 21, da Lei nº 14.133/2021.[63]

Entretanto, consoante se verifica no texto legal anteriormente colacionado, apesar da inovação legislativa, identifica-se que pouco se evoluiu – normativamente falando – sobre o assunto, pois a redação apenas tratou esse assunto de forma muito sucinta. Sequer foram apresentadas indicações sobre a diferença de aplicação da audiência e da consulta pública, seus procedimentos, obrigatoriedade de responder, consequências práticas etc.

Conforme já explanado anteriormente, a lei passou a exigir maior detalhamento e cuidado sobre a fase de planejamento e é nesse contexto que se verifica como adequada e cabível a realização de audiências e/ou consultas públicas. Esses institutos, alinhados à proposta de administração dialógica, visam permitir que os agentes públicos promovam um verdadeiro levantamento de mercado, para conhecer e analisar as soluções existentes – sobre as quais muitas vezes possuem pouco ou qualquer experiência – por meio de um procedimento público, transparente e democrático.

Entretanto, o legislador pouco abordou sobre o tema, deixando de indicar de forma suficientemente clara quais ferramentas e procedimentos podem ser adotados pelos agentes públicos na fase de planejamento das contratações públicas. Com isso, não se definem parâmetros que permitam o diálogo efetivo com o setor privado de maneira minimamente segura para todos os envolvidos.

Nesse sentido, inclusive se percebe que a redação do art. 21, *caput* e parágrafo único da Lei nº 14.133/2021 é bastante semelhante ao que já preconizava o art. 29 da Lei de Introdução Geral às Normas de Direito Brasileiro[64] e não apresenta, por isso, grandes contribuições ou inovações nesse sentido.

---

[63] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024.

[64] Art. 29 da Lei Geral de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

Sendo assim, pertinente tecer uma crítica ao legislador, pois poderia ter conferido maior ênfase à audiência e à consulta pública, verificando-se que pouco se avançou para favorecer a atuação da Administração Pública mais consensual e dialógica na fase de planejamento das contratações.

Essa fraca atuação do legislador sobre o procedimento também se reflete na doutrina e nas discussões sobre a Lei nº 14.133/2021, pois nesses ambientes percebe-se também um certo silêncio.

Não obstante, é relevante que a possibilidade de utilização da audiência e da consulta pública na fase de planejamento - especialmente no que se tange ao levantamento de mercado, seja discutida e até mesmo regulamentada de forma mais detalhada em normatizações infralegais. Essa sistematização é necessária para que tais instrumentos possam ser efetivamente utilizados e difundidos entre os órgãos públicos do País.

3.2 Diálogo competitivo

Se, por um lado, a possibilidade de utilização de audiências e consultas públicas para a realização do levantamento de mercado no Estudo Técnico Preliminar não está muito difundida, por outro lado a nova modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, recebe maior atenção na nova lei de licitações quando se trata de administração dialógica. Essa ênfase revela uma opção legislativa mais explícita pela institucionalização do diálogo no âmbito procedimental das contratações públicas.

A intenção primordial da nova modalidade licitatória é encontrar as maneiras de melhor atender às demandas públicas, por meio de um "[...] diálogo republicano com

---

§ 1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.
Art. 21 da Lei nº 14.133/2021: 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.

os licitantes pré-selecionados, para definir a melhor forma de atendimento à pretensão contratual e, na fase competitiva, escolher o parceiro privado apto a atendê-la".[65]

Para Torres[66], a modalidade diálogo competitivo "[...] é muito representativa da mudança que se quer na Administração Pública e se diferencia das modalidades tradicionais por possuir natureza dialógica".

Identifica-se, portanto, que o diálogo competitivo realmente surge como uma possibilidade para desmistificar e possibilitar uma aproximação do setor público com o setor privado. A nova modalidade apresenta-se em "[...] contraposição ao estilo monológico, onde o mercado não tem *a priori*, a possibilidade de interferir nessas definições.[67]

O art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021 conceitua o diálogo competitivo da seguinte maneira:

> [...] 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;[68]

Assim, pela sua conceituação, seria possível vislumbrar na modalidade licitatória do diálogo competitivo uma ferramenta dialógica promissora para ser utilizada na fase de planejamento das contratações públicas e efetivamente auxiliar os agentes públicos nas contratações de forma geral.

Entretanto, apesar de se mostrar como uma ferramenta viável para favorecer a Administração Pública consensual e dialógica, do art. 32 da Lei nº 14.133/2021 extrai-se que a referida modalidade não se trata de ferramenta disponível para ser aplicada de forma generalizada.[69]

---

[65] TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 15. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 255.
[66] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op cit*, p. 255.
[67] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Op cit*, p. 255.
[68] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024
[69] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024

A própria norma disciplina, no inciso I do art. 32, que a nova modalidade licitatória se restringe às contratações que envolvam (i) inovação tecnológica ou técnica; ou (ii) cujas necessidades dependam de adaptação de soluções existentes no mercado; ou (iii) quando for impossível precisar as especificações técnicas pela Administração.[70]

Justen Filho[71] corrobora com essa interpretação, afirmando que a utilização da modalidade licitatória do diálogo competitivo "[...] depende da inexistência de solução consagrada para o atendimento de necessidades ou a incerteza quanto às soluções a serem adotadas".

Diante disso, observa-se que tal modalidade somente será utilizada nas contratações complexas e, normalmente, nas que possuam um alto valor econômico envolvido[72].

Embora o diálogo competitivo represente um avanço significativo na aproximação entre o setor público e o setor privado nas licitações, sua aplicação aparenta ser restrita. Ele será utilizado apenas em situações que envolvam objetos realmente complexos e inovadores. Dessa forma, a princípio, essa modalidade não se destina a auxiliar nas fases de planejamento das contratações mais usuais, embora essas etapas também sejam desafiadoras para os agentes públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 14.133/2021, ao introduzir instrumentos como o diálogo competitivo e a possibilidade de consultas e audiências públicas, reflete a necessidade de uma administração pública mais aberta ao diálogo e à participação dos administrados, conforme preconiza a administração dialógica. O conceito de uma administração pública dialógica, conforme mencionado por Torres, pressupõe a abertura para o diálogo com o setor privado e a sociedade civil, colaborando na construção de

---

[70] BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024

[71] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 458.

[72] JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit*, 2021.

decisões mais eficientes e legítimas, tal como Habermas defende com sua ética discursiva.

O diálogo competitivo, por exemplo, é uma nova modalidade de licitação que se alinha com a ideia de deliberação democrática proposta por Habermas. Nessa modalidade, a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados para encontrar a melhor solução que atenda às necessidades públicas. Trata-se de um processo em que a expertise do setor privado pode contribuir para a formulação de alternativas, promovendo um processo de decisão mais inclusivo e racional, no qual as partes afetadas podem deliberar sobre as soluções possíveis. Esse modelo contrasta com o estilo monológico das modalidades tradicionais, nas quais o mercado não tinha oportunidade de influenciar preventivamente as definições administrativas.

Esse tipo de abertura e diálogo é o que Habermas propõe como fundamental para a legitimidade das normas e das decisões. Segundo ele, são legítimas apenas aquelas normas que podem ser aceitas por todos os envolvidos em um discurso racional. O diálogo competitivo cumpre essa função ao permitir que as partes envolvidas influenciem diretamente o processo decisório, o que evita o risco de imposições arbitrárias da administração pública e favorece a criação de soluções mais adequadas e consensuais.

Além disso, a introdução de audiências e consultas públicas na fase de planejamento das licitações, conforme previsto no art. 21 da Lei nº 14.133/2021, promove um espaço para a deliberação democrática. As consultas e audiências públicas nas licitações permitem que a sociedade e o mercado contribuam com sugestões e análises para melhorar o processo de contratação pública. Esse mecanismo reforça a ideia de que o Estado deve ser um facilitador do diálogo, ouvindo os cidadãos e agentes do mercado, de maneira que as soluções para os problemas públicos sejam construídas de forma colaborativa e transparente.

Outro ponto de convergência entre a teoria de Habermas e a nova Lei de Licitações está no conceito de racionalidade comunicativa. No processo de licitação, especialmente na fase de planejamento, como ocorre com o Estudo Técnico Preliminar, a administração precisa ser capaz de dialogar com o mercado e com a sociedade para encontrar as melhores soluções. O Estudo Técnico Preliminar, previsto na nova legislação, deve ser elaborado a partir de uma metodologia comparativa que explore diferentes soluções e alternativas, levando em conta tanto a

viabilidade técnica quanto econômica. Esse processo reflete a necessidade de uma abordagem comunicativa e deliberativa, na qual os conhecimentos são compartilhados e as decisões são tomadas com base em argumentos racionais e com o objetivo do consenso.

Nas licitações públicas o processo de planejamento e o levantamento de mercado desempenham um papel crucial para garantir que as contratações públicas sejam eficientes e transparentes. Ao abrir espaço para consultas públicas e promover o diálogo com o setor privado, a administração pública se aproxima do ideal de uma administração dialógica, onde as decisões são tomadas de forma colaborativa e fundamentadas em uma racionalidade compartilhada.

Portanto, a nova Lei de Licitações e a proposta de administração dialógica se alinham diretamente à teoria de Habermas. A legislação reconhece a importância de uma gestão pública aberta ao diálogo e à participação dos cidadãos, tanto na formulação quanto na execução de políticas públicas. Os mecanismos de deliberação, como o diálogo competitivo e as consultas públicas, são passos importantes para aproximar a administração pública das demandas da sociedade e do mercado, favorecendo uma tomada de decisão mais democrática, transparente e eficiente, como Habermas propõe com sua teoria da ação comunicativa.

Além disso, verifica-se que a Lei nº 14.133/2021 aproxima-se, em alguns pontos, das diretrizes dispostas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que tange à possibilidade de Administração Pública poder dialogar com o setor privado.

Entretanto, apesar dos avanços verificados em ambas as legislações, ainda há, inclusive na doutrina, certa reticência e insegurança quanto à aplicação de referidas questões, notadamente por conta da falta de normativos claros sobre os procedimentos e limites aceitáveis para essa atuação consensual e dialógica.

Especificamente na fase de planejamento, embora a nova lei de licitações tenha atribuído grande relevância a essa etapa, verificou-se que ela pouco contribuiu em relação à forma e aos procedimentos de aproximação entre os agentes públicos e o mercado privado. Isso é particularmente evidente nas contratações que não são necessariamente complexas ou inovadoras, mas que, ainda assim, representam desafios significativos para os agentes envolvidos.

Isto porque, em relação à audiência e à consulta pública, que poderiam ser utilizadas em contratações não necessariamente complexas ou inovadoras, a Lei nº

14.133/2021 pouco avançou, limitando-se a reproduzir redação semelhante ao texto já disposto no art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A nova modalidade licitatória do Diálogo Competitivo, por sua vez, recebeu maior atenção do texto normativo. Entretanto, a mencionada modalidade se restringe às licitações complexas e inovadoras – motivo pelo qual será, a princípio, pouco utilizada.

Diante disso, embora a legislação tenha avançado em direção a uma Administração Pública consensual e dialógica, afastando-se de determinados paradigmas, a efetiva evolução nesse sentido ainda não se concretizou plenamente, Essa transformação dependerá de uma mudança cultural (da doutrina, jurisprudência e dos próprios gestores), aliada a uma normatização capaz de conferir maior segurança jurídica aos envolvidos.

REFERÊNCIAS FINAIS

BENTHAM, J., **Works**. Edimburgo; Bowring, J. (org.), Tait, 1843.

BERELSON, B. R., Democratic Theory and Public Opinion, **Public Opinion Quarterly**, vol. 16, n.° 3,1952, pp. 313-30.

BERELSON, B. R., LAZARSFELD, P. F., e MACPHEE, W. N., **Voting**, Chicago, Univer sity of Chicago Press, 1954.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1941. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 03/08/2024.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm. Acesso em: 03/08/2024.

DAHL, R. A. Further Reflections on the 'Elitist Theory of Democracy', **American Political Science Review**, vol. LX, n." 2,1966, pp. 296-306.

DAHL, R. A. **Modern Politicai Analysis**, Nova Jersey, Prentice Hall, 1963.

DANTAS, Bruno. **Consensualismo na Administração Pública e regulação**: reflexões para um direito administrativo do século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

ECKSTEIN, H. A Theory of Stable Democracy. In: **Democracy**, Princeton University Press, 1966.

FISS, Owen. Contra o acordo. In: **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade.** Trad. Carlos Alberto de Salles. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2017.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Wesllay Carlos. **Breves apontamentos para a arbitragem na administração pública.** Disponível em: https://www.gaiojr.adv.br/artigos/breves_apontamentos_para_a_arbitragem_na_administracao_publica. Acesso em 15/10/2024.

GUERRA, Sérgio, PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. **Revista De Direito Administrativo**, 135–169. https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77653.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Accion Comunicativa**, tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social, tomo II, Crítica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/21.** 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021.** São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MAFFINI, Rafael. 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. https://doi.org/10.12660/rda.v253.2010.8051.

MILL, J. **An Essay on Government**, Cambridge University Press, 1937.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

ROUSSEAU, J.-J., **The Social Contract**, trad. Cranston, M., Penguin Books, 1968.

SARTORI, G. **Democratic Theory**, Detroit, Wayne State University Press, 1962.

SOUZA, Leonardo da Rocha de. Direito Ambiental e Democracia Deliberativa. Jundiaí, SP: Paco Editorial, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas.** 15. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.