



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 Neto¹
Maria Marconiete Fernandes Pereira²

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

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

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Pós-Graduado em Licitações e Contratos pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS) E-mail: andremartins.licitacao@gmail.com.

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.





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: 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 europeu 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/114133.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.