



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

DIOGO LEONARDO ROCHA DE LIMA

**INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS: REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO, CONTRATO DE
EFICIÊNCIA E DIÁLOGO COMPETITIVO**

Brasília

2021



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

DIOGO LEONARDO ROCHA DE LIMA

**INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS: REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO, CONTRATO DE
EFICIÊNCIA E DIÁLOGO COMPETITIVO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor M.e Nicolao Dino

Brasília

2021

DIOGO LEONARDO ROCHA DE LIMA

**INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E
CONTRATOS: REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO, CONTRATO DE
EFICIÊNCIA E DIÁLOGO COMPETITIVO**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB pela banca examinadora:

Professor Mestre Nicolao Dino (orientador)

Professora Doutora Fernanda de Carvalho Lage

Professor Doutor Mamede Said

Brasília, 22 de outubro de 2021.

AGRADECIMENTOS

O sentimento é de gratidão.

Ao iniciar o curso de Direito, em fase da vida bastante diferente daquela que vivenciava quando ingressei no curso de Engenharia Civil da UFMG em 2000, os questionamentos sobre as razões de voltar à Universidade eram tão grandes quanto a expectativa de aprender.

Agradeço imensamente a Deus e à minha família. Fortaleceram-me para alcançar mais do que poderia vislumbrar.

À minha esposa Wrsula, muito obrigado por compreender e me apoiar quando eu mesmo questionava. Obrigado por entender minha ausência e me incentivar em todos os momentos. Certamente você é a base mais importante dessa trajetória.

Aos meus filhos Maria Clara e Daniel, pequenos quando iniciei a caminhada, com apenas 6 e 4 anos, peço desculpas pelos momentos ausentes e agradeço cada sorriso e gesto de amor que sempre renovaram minha disposição. Tudo sempre foi por vocês.

Aos meus pais, presentes ainda que distantes, agradeço o exemplo que constrói bases sólidas e o amor que deixam a alma em paz. Vocês me permitiram ser o que sou e aqui chegar.

Obrigado também aos meus irmãos Igor e Samuel, pela parceria de vida.

Agradeço a todos os meus amigos, escolhidos de coração e que ajudam a tornar mais leve e feliz a caminhada.

Sincera gratidão a todos os professores, em especial àqueles cujo amor por ensinar será marca que levarei para a vida. À UnB, obrigado pela oportunidade de crescer.

Ao fim, o sentimento é, também, de que tudo valeu a pena.

RESUMO

O princípio constitucional da eficiência se revela, na Administração Pública moderna, como verdadeiro dever jurídico de meio e de fins. Na primeira perspectiva, exige que os instrumentos adotados apresentem relação custo-benefício ótima e, na segunda, que tenham capacidade de entregar resultados satisfatórios, que atendam, de forma ampla, ao interesse público. A Administração Pública de Resultados pressupõe uma atuação coordenada com meios eficientes, que alcance os resultados planejados e que seja apta a alterar positivamente o contexto de incidência. As contratações públicas devem estar alinhadas com tais pressupostos e o presente trabalho indica que a evolução das normas de licitações e contratos busca maior eficiência na atuação estatal. Sob tais premissas, a recente Lei 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece diversas regras e institutos voltados ao incremento da eficiência. Este trabalho analisa três deles. De início, a remuneração por desempenho é detalhada em cada um de seus dispositivos para demonstrar a possibilidade de fixação de incentivos ao particular que permitam aumentar seus rendimentos a partir do acréscimo de resultados oferecidos à Administração Pública contratante. Na sequência, é apresentado o contrato de eficiência, instrumento jurídico essencialmente de risco, em que o contratado se remunera a partir da redução de despesas que sua atuação proporciona à Administração Pública. Por último, enquanto elemento de destacado caráter inovador da nova lei, apresenta-se o diálogo competitivo, modalidade licitatória que aproxima a Administração do particular, incentiva troca de informações e experiências e realiza, no campo das contratações públicas, a figura da Administração Pública consensual e dialógica. Permite, essa modalidade de licitação, aperfeiçoar o processo de contratação de objetos complexos por meio de informações e soluções delineadas conjuntamente com a iniciativa privada, a fim de tornar mais eficiente e assertiva a busca por satisfazer as necessidades públicas.

Palavras-chave: eficiência, remuneração variável, contrato de eficiência, diálogo competitivo.

ABSTRACT

The constitutional principle of efficiency is revealed, in modern Public Administration, as a true legal duty of means and ends. From the first perspective, it requires that the instruments adopted present an optimal cost-benefit ratio and, from the second perspective, that they have the capacity to deliver satisfactory results that broadly meet the public interest. The Public Administration of Results presupposes a coordinated action with efficient means, which reaches the planned results and is able to positively change the context of incidence. Public contracting must be aligned with such assumptions, and this work indicates that the evolution of bidding and contracting rules seeks greater efficiency in government action. Under such premises, the recent Law 14.133/2021, the new Law of Public Bidding and Administrative Contracts, establishes several rules and institutes aimed at increasing efficiency. This paper analyzes three of them. First, the pay for performance is detailed in each of its provisions to demonstrate the possibility of setting incentives to the private individual that allow him to increase his income from the increased results offered to the contracting public administration. Next, the efficiency contract is presented, a legal instrument that essentially involves risk, in which the contractor is remunerated based on the reduction of expenses that its performance provides to the Public Administration. Finally, as an important innovative element of the new law, the competitive dialogue is presented, a bidding method that brings the Administration closer to the private party, encourages the exchange of information and experiences and realizes, in the field of public contracting, the figure of the consensual and dialogic Public Administration. This type of bidding allows the improvement of the contracting process of complex objects through information and solutions outlined jointly with the private initiative, in order to make the search for satisfying public needs more efficient and assertive.

Key words: efficiency, performance pay, efficiency contract, competitive dialogue

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

PPP – Parceria Público-Privada

RDC – Regime Diferenciado de Contratações – Lei 12.462/2011

TCU – Tribunal de Contas da União

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	09
2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	11
2.1. A evolução das normas sobre licitações e contratos – a consolidação da eficiência como diretriz normativa.....	11
2.2. Perspectivas do princípio da eficiência na Lei 14.133/2001.....	14
3. REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO.....	17
3.1. Aspectos iniciais.....	17
3.2. Motivação obrigatória.....	19
3.3. Parâmetros para aferição do desempenho do contratado.....	20
3.4. Pagamentos com base em percentual da economia gerada.....	22
3.5. Limite orçamentário.....	23
4. CONTRATOS DE EFICIÊNCIA.....	27
4.1. Aspectos iniciais.....	27
4.2. Objeto dos contratos de eficiência e natureza das despesas a serem reduzidas.....	28
4.3. Critério de julgamento do maior retorno econômico.....	30
4.4. Propostas de trabalho e de preço.....	32
4.5. Consequências do não atingimento da economia prevista.....	34
4.6. Duração dos contratos de eficiência.....	35
5. DIÁLOGO COMPETITIVO.....	38
5.1. Aspectos gerais sobre uma Administração Pública consensual e dialógica.....	38
5.2. Diálogo competitivo – origens.....	41
5.3. Diálogo competitivo – conceito e aspectos gerais.....	42
5.4. Objeto da contratação por meio de diálogo competitivo.....	44
5.5. Pré-seleção.....	46
5.6. Diálogos.....	49
5.7. Fase competitiva.....	51
6. CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.133, de 01 de abril de 2021, representa importante marco no Direito Administrativo brasileiro, ao consolidar os três mais importantes diplomas vigentes sobre licitações e contratos administrativos: a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e a Lei 12.462/2013 (Lei do RDC).

Além de resgatar diretrizes previstas nas referidas normas, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta de forma expressa outros princípios de construção jurisprudencial e doutrinária, que demonstram o caminho perseguido pelo legislador: probidade administrativa, eficiência, eficácia, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e sustentabilidade.

A eficiência e a busca por resultados concretos na atuação da Administração Pública moderna são temas destacados neste trabalho, associando-os às disposições da Lei 14.133/2021.

Em diversos aspectos a eficiência tem lugar de destaque no novel diploma, seja consolidando instrumentos previstos na Lei do RDC, como a contratação integrada, a remuneração por desempenho e o contrato de eficiência, ou mesmo inaugurando novos institutos, a exemplo da contratação semi-integrada e da modalidade licitatória diálogo competitivo. Inovações relativas à publicação dos editais e à utilização de instrumentos auxiliares também são aspectos significativos.

Este trabalho busca detalhar três instrumentos relevantes do novo sistema legal de licitações e contratos, relacionando-os com o princípio constitucional da eficiência e com o paradigma do resultado que devem conduzir a Administração Pública.

Os institutos previstos na Lei 14.133/2021 trazidos para este estudo, essencialmente, têm relação com três perguntas:

- 1) Há fundamento legal para a assinatura de contratos pela Administração Pública em que a remuneração auferida pelo particular varia de acordo com o desempenho do serviço por ele prestado?
- 2) A Administração Pública poderia contratar um particular a ser remunerado apenas com base em eventual redução de despesas que a atuação dele gerasse?
- 3) Seria juridicamente viável à Administração Pública iniciar processo licitatório sem que estivesse delimitado o objeto a ser contratado e, apenas após diálogos

conduzidos com particulares interessados, estabelecer contornos claros da licitação?

Para todas as perguntas acima a resposta é positiva.

No primeiro caso, a solução está no regime de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, o que é tema do terceiro capítulo deste trabalho, que se propõe a avaliar as disposições legais da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, associando-as com regras normativas que constaram da Lei do RDC.

O capítulo 4 responde à segunda pergunta acima indicada e detalha o denominado contrato de eficiência, com importante potencial de aplicação na Administração Pública e que foi reproduzido na Lei 14.133/2021 a partir de disposições do RDC.

Por último, o quinto capítulo deste trabalho apresenta uma das principais inovações da Lei 14.133/2021: o diálogo competitivo. Inspirado no direito europeu, a nova modalidade licitatória se propõe a flexibilizar a atuação da Administração Pública e permitir-lhe maior interação com a iniciativa privada na construção de soluções que visam tratar de problemas complexos.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1. *A evolução das normas sobre licitações e contratos – a consolidação da eficiência como diretriz normativa*

A ideia de eficiência é frequentemente associada à maximização de resultados pela menor utilização de meios. Outros dois conceitos, que não se confundem com o de eficiência, invariavelmente a ela estão associados: eficácia e efetividade. O primeiro diz respeito ao alcance dos resultados planejados, enquanto o outro está relacionado à produção de efeitos concretos capazes de alterar o contexto de incidência.

O princípio constitucional da eficiência foi erigido à condição de norma principiológica expressa pela reforma administrativa promovida pela Emenda Constitucional 19/1998, cuja exposição de motivos bem esclareceu o propósito do reformador constituinte de impulsionar a eficiência estatal:¹

Como resultados esperados da reforma administrativa, vale destacar o seguinte: incorporar a dimensão da eficiência na administração pública: o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte.

A eficiência, enquanto princípio insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988, não deve ser compreendida como mera diretriz teórica e valorativa, mas sim como pressuposto imediato da atuação legítima da Administração Pública.

Em sua obra “Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno”, ao tratar do que denominou “Paradigma do Resultado”, Diogo de Figueiredo sustentou que a responsabilidade dos governos em lograr o atingimento de seus objetivos precípuos por meio de políticas públicas eficientes não mais deve ser entendida como mera responsabilidade política, mas como verdadeira responsabilidade jurídica.²

MOREIRA NETO (2008, p. 136) enfatiza a necessidade de se buscar um “resultado administrativo legítimo e eficiente e não apenas processos administrativos legítimos e eficientes

¹ BRASIL. Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Consulta em 22/06/2021.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Pág. 128.

e, muito menos e ainda mais remotamente, atos administrativos singulares legítimos e eficientes.”

Sob tais fundamentos, a função pública passa a assumir um dever jurídico de entregar concretamente aos cidadãos os resultados a que se propõe, com alteração efetiva do contexto social a que se direcionam, sem descuidar da obrigação de percorrer esse caminho a partir de custos ótimos. Eficácia, efetividade e eficiência.

Nessa linha, destaca OLIVEIRA (2013, p. 112)³:

No âmbito da denominada “Administração de Resultados”, a interpretação e a aplicação do Direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o Direito passa a se preocupar de maneira preponderante com os resultados impostos pelo texto constitucional.

Ao aproximar eficiência da busca de um resultado ótimo, Di Pietro (2016, p. 114) assinala que o princípio pode ser analisado “em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições”, como também sob a ótica do “modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública”⁴. Em ambos os casos visando ao alcance dos melhores resultados na prestação do serviço público.

Carvalho Filho (2020, p. 31) traz conceito mais associado à perspectiva do menor custo-benefício, nos seguintes termos⁵:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto.

A eficiência também abrange o conceito de economicidade, que igualmente é objeto de menção expressa na Constituição Federal (art. 70). Enquanto a eficiência mede a qualidade da prestação estatal de forma mais ampla, com considerações a respeito de celeridade, produtividade, custo e valor agregado do serviço prestado, a economicidade está essencialmente ligada à noção de menor custo, de resultado ótimo quando sopesados os custos incorridos e os benefícios auferidos.

³ Rezende, OLIVEIRA, Rafael C. Princípios do Direito Administrativo, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013. Pág. 112.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Pág. 114. 29.ed. Rev, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Pág. 31. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Associando tais conceitos ao objeto específico deste trabalho, a partir de breve exame histórico é possível avaliar a crescente valorização da eficiência no âmbito das contratações públicas.

A Lei 8.666/1993, ao revogar o Decreto-Lei 2.300/1986 – norma principal a regular as licitações e contratos na Administração Pública Federal no período pré-Constituição de 1988, instituiu diversos mecanismos destinados, essencialmente, à afirmação dos princípios da legalidade e da moralidade, com institutos voltados à maior impessoalidade, transparência e rigidez formal das licitações e contratações públicas.

Regras mais detalhadas e rígidas para habilitação técnica (art. 30 da Lei 8.666/1993), aumento do rol de informações obrigatórias no instrumento convocatório (art. 40 da Lei 8.666/1993) e ênfase em julgamento objetivo das propostas dos licitantes (art. 45 da Lei 8.666/1993) são exemplos destacados da busca por maior rigor formal nas contratações públicas sob a égide da Lei 8.666/1993.

O formalismo intenso e a tentativa de construir procedimentos indenes a irregularidades teve por consequência maior tempo e custos despendidos nos processos de contratações públicas, com críticas à eficiência administrativa⁶.

Diante de tais disfuncionalidades, as evoluções normativas que se seguiram alteraram a lógica de reforço de formas e procedimentos. A busca por maior eficiência administrativa ganhava destaque.

A Lei 10.520, promulgada em 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. A exposição de motivos da nova norma bem explicitou a intenção legislativa⁷:

A pronta implementação dessa nova modalidade ensejará economias imediatas nas aquisições de bens e serviços compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa federal. Além disso, o pregão resultará em maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação.

A simplificação dos procedimentos para contratação de bens e serviços considerados comuns é objetivo precípua da Lei 10.520/2002, que trouxe ao ordenamento

⁶ Marçal Justen Filho afirma que o atual modelo de licitações não funciona, e que o modelo atual de licitações não permite que o resultado final seja atingido. PORTELA, Marilda. Nova Lei de Licitações. Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/308223/nova-lei-de-licitacoes>. Consulta em 23/06/2020.

⁷ BRASIL. Exposição de Motivos da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-exposicaodemotivos-150131-pl.html>. Consulta em 23/06/2021.

jurídico a inversão entre fases de habilitação e julgamento, critério de julgamento apenas pelo menor preço ofertado, possibilidade ampla de usos de sistemas e instrumentos tecnológicos para a fase externa do processo concorrencial, vedação à exigência de garantia da proposta e outros mecanismos voltados a maior eficiência da contratação pública.

Em idêntica perspectiva, previda pela celeridade exigida para realização de grandes eventos, em 2011 a Administração Pública instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei 12.462/2011). Inicialmente concebido para dar maior agilidade às contratações para a Copa do Mundo de 2014 e para os Jogos Olímpicos de 2016, sua aplicação foi, posteriormente, estendida a um largo universo de objetos, como as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, intervenções de engenharia em estabelecimentos penais e em unidades de atendimento socioeducativo, ações no âmbito da segurança pública, contratações relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação e também para contratos de locação de bens móveis e imóveis.

O RDC incorporou práticas positivas de outros modelos de licitação e introduziu inovações importantes nas regras de contratação de obras públicas. São objetivos expressos do sistema (art. 1º, § 1º): ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Tais diretrizes, que buscam incentivar contratações eficientes, capazes de entregar à sociedade resultados ótimos, são também pressupostos da nova Lei de Licitações e Contratos, como será detalhado na sequência.

2.2. *Perspectivas do princípio da eficiência na Lei 14.133/2001*

A renovação do ordenamento jurídico no campo das licitações e contratos administrativos, promovida pela Lei 14.133, promulgada em 1º de abril de 2021, foco principal deste trabalho, é mais um esforço legislativo no sentido de modernizar e conferir maior eficiência às contratações públicas.

A lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Além de consolidar regras jurídicas constantes da Lei 8.666/1993, da Lei 10.520/2002 e da Lei 12.462/2011, introduz normas relevantes voltadas à maior eficiência, eficácia e efetividade das licitações e contratações públicas.

O objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, expresso na Lei 8.666/1993 (art. 3º), ganha novos contornos na Lei 14.133/2021, que expressamente busca “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto” (art. 11, inciso I).

Essa distinção não pode ser tida à conta de mera alteração textual, eis que diversos institutos jurídicos voltados à melhoria dos resultados das contratações públicas são consolidados ou inaugurados pelo novo ordenamento. São exemplos:

- a) os regimes de contratação semi-integrada e integrada para obras e serviços de engenharia (art. 6º, incisos XXXII e XXXIII);
- b) o contrato de eficiência (art. 6º, inciso LIII);
- c) o resultado da contratação tendo por parâmetro o ciclo de vida do objeto (art. 11, inciso I);
- d) o diálogo competitivo como nova modalidade de licitação (art. 28, inciso V);
- e) critério de julgamento das propostas pelo maior retorno econômico (art. 33, inciso VI);
- f) procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos (art. 78, inciso III);
- g) remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado (art. 144); e
- h) criação do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP (art. 174).

Como diretriz geral, seja por meio da otimização de procedimentos da fase interna, do aperfeiçoamento de critérios de seleção do contratado ou de melhorias na forma de controle e execução contratual, é possível compreender que tais institutos visam ampliar a eficiência das contratações públicas.

Três desses institutos são temas de análise específica no presente trabalho: a remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, o contrato de eficiência e o diálogo competitivo.

3. REMUNERAÇÃO POR DESEMPENHO

3.1. Aspectos Iniciais

A remuneração variável foi introduzida no direito administrativo pela Lei 11.079/2006, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública. No art. 6º, referido diploma legal estabeleceu que os contratos de PPP poderiam prever o “pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.”⁸

A Lei 12.462/2011 (RDC), com escopo limitado à contratação de obras e serviços, acolheu instituto semelhante e estabeleceu em seu art. 10 a possibilidade de “remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.”⁹

O RDC teve sua constitucionalidade impugnada junto ao STF por supostas falhas formais e materiais. O dispositivo legal que instituiu a remuneração variável foi expressamente questionado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.645, interposta em 2011 junto ao Supremo Tribunal Federal – STF por três partidos políticos (PSDB, DEM e PPS). Para os impetrantes, essa modalidade de pagamento seria ofensiva aos princípios da moralidade e da impessoalidade, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, e conferiria excessivo e irregular subjetivismo ao gestor público, porque a ele caberia, em última instância, definir o total a ser pago ao contratado. Não haveria, segundo os autores da ação de controle, balizas suficientes para orientar e legitimar as ações da Administração Pública na utilização da remuneração variável. Outro questionamento estaria associado a uma suposta ofensa ao art. 37, inciso XXI da CF/1988, que determina a manutenção, na vigência do contrato, das condições efetivas da proposta.

⁸ Brasil. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 30/06/2021.

⁹ Brasil. Lei 12.462 de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em 30/06/2021.

Sobre essa controvérsia, o Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014, da Quinta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, chegou a afirmar que “o mecanismo instituído pela Lei nº 12.462/2011 seria uma ‘cópia mal elaborada’ do artigo 6º da Lei nº 11.079/2004, sendo que sua aplicação somente seria compatível em arranjos contratuais que exijam estudos técnicos complexos e demonstrem a estimativa de retorno e a criação de indicadores de desempenho — o que não seria o caso das contratações submetidas ao RDC.”¹⁰

A despeito dos respeitáveis questionamentos, em linha com o princípio constitucional da eficiência, é possível contrapor que o pagamento de remuneração adicional ao contratado pode ser considerado adequado se decorrente de aumento do benefício da contratação. O acréscimo dos valores percebidos pelo particular seria decorrência lógica e contratual do incremento por ele oferecido à Administração Pública, tornando mais eficiente o ajuste contratual.

Assim, longe de ofender a obrigação de manutenção das condições propostas, esse pagamento adicional manteria a justeza do contrato e o equilíbrio entre os valores pagos pela administração contratante e a contraprestação apresentada pelo particular. Realizaria, ao fim, a igualdade substancial (equidade) e a justiça contratual, porque não se pode afastar a necessidade de esforço técnico e econômico adicional do contratado para atingir parâmetros superiores aos usuais de mercado.

Sob essa perspectiva, é necessário observar que a sistemática de remuneração variável seria aplicada seguindo balizas postas pela lei, o que afastaria, em tese, o subjetivismo levantado na ação de controle constitucional. Além disso, já previa a Lei do RDC, e assim também o faz a nova Lei de Licitações e Contratos, ser imprescindível a motivação da utilização da remuneração variável.

Destarte, após longo tempo de aplicação da Lei do RDC por toda a Administração Pública, a inconstitucionalidade arguida foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2020, quando a Corte julgou improcedente o pedido vinculado na ADI 4.645.¹¹

¹⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76865>>. Acesso em: 30 fevereiro 2012.

¹¹ STF. Supremo Tribunal Federal (2020). ATA Nº 16, de 29/05/2020. DJE nº 141, divulgado em 05/06/2020. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131802>>. Acesso em 30/06/2021.

Superada a controvérsia, a remuneração variável com base no desempenho do contratado foi prevista pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cujo art. 144 assim estabeleceu¹²:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

§ 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

O dispositivo legal reproduz, na quase totalidade, o texto da Lei do RDC, mas amplia o escopo. A Lei 14.133/2021 inclui, além das contratações de obras e serviços, mesmo de engenharia, os fornecimentos de bens à Administração Pública.

A seguir, quatro aspectos previstos em lei sobre a remuneração variável serão objeto de análise detalhada: i) motivação obrigatória; ii) os parâmetros para aferição do desempenho do contratado; iii) pagamentos com base em percentual da economia gerada; e iv) limite orçamentário.

3.2. *Motivação obrigatória*

Enquanto escolha discricionária do gestor público contratante, consoante exigido no § 2º do art. 144 da Lei 14.133/2021, a utilização da remuneração variável depende de expressa motivação. A esse respeito, ao distinguir a aplicação do princípio da motivação nos atos vinculados e nos atos discricionários, explica BANDEIRA DE MELLO (2002, p. 102):¹³

[...] em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

À luz do princípio da eficiência, da economicidade e do interesse público, é possível distinguir que o conteúdo material dessa motivação deve alcançar justificativas acerca dos

¹² Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 30/06/2021.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – 15ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2002. p. 102.

parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado, bem como da proporcionalidade entre os pagamentos e o benefício a ser gerado para a Administração Pública.

As justificativas devem demonstrar que os parâmetros escolhidos para avaliar a performance do particular são adequados para o objeto contratado, úteis, objetivos e passíveis de apresentação em termos financeiros. Tais critérios devem conferir equilíbrio entre os pagamentos adicionais e a contraprestação apresentada pelo contratado.

Apenas deve se cogitar de uma sistemática de pagamentos superiores ao patamar ordinário se as justificativas indicarem a possibilidade de um desempenho adicional que aumente o benefício público da contratação.

Essa motivação, se corretamente atendida em todos os seus aspectos, afasta o indesejado subjetivismo nas contratações que envolvem remuneração variável e, ainda, torna legítima a escolha administrativa pelo regime de pagamentos conforme o desempenho do particular.

3.3. *Parâmetros para aferição do desempenho do contratado*

Balizas importantes para utilização da remuneração variável, todas já constantes do RDC, foram previstas no *caput* do art. 144 da Lei 14.133/2021.

Nos termos da lei, a avaliação do desempenho e a consequente remuneração variável do contratado deve ser baseada em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

A exemplo do que se consolidou com a edição do Decreto 7.581/2011, que regulamentou a Lei do RDC, diretrizes adicionais deverão ser detalhadas por norma infralegal para a adequada interpretação e aplicação do art. 144 da nova Lei de Licitações e Contratos. Até a publicação deste trabalho, vale registrar, não houve promulgação de um decreto para regulamentar a Lei 14.133/2021.

Ao defender que o valor da remuneração variável deverá ser proporcional ao benefício a ser gerado para a Administração Pública, analisando essa sistemática de pagamento à luz do RDC, SCHWIND (2011, p. 221) afirmou¹⁴:

¹⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. P. 221-251.

Ou seja, não caberá a fixação de remuneração adicional elevada se o benefício proporcionado para a Administração for insignificante. Isso significa que a Administração deverá ponderar a relevância das metas e parâmetros que justifiquem a remuneração adicional e deverá estabelecer valores proporcionais aos benefícios esperados com o seu atingimento.

Em linha semelhante, LIMA (2016, p. 28) aduziu¹⁵:

Em face da exigência de proporcionalidade entre os pagamentos e o benefício público, decorrência também do equilíbrio e da justeza contratual, não deve ser admitida a fixação de metas, prazos, critérios de sustentabilidade ambiental ou padrões de qualidade simplórios, alcançados com esforço trivial e sem que benefício incremental seja auferido pela Administração Pública. Representariam desvirtuamento da remuneração baseada em desempenho, porquanto até o mais ineficiente dos contratados poderia atingir o limite máximo de pagamento e, assim, a remuneração variável converter-se-ia em fixa.

Com efeito, certamente seriam potencialmente causadores de dano ao erário os critérios contratuais que impulsionassem a remuneração do particular a níveis de desequilíbrio com a prestação efetivamente oferecida ao Poder Público.

No outro extremo, seria de contestável regularidade a fixação de parâmetros inatingíveis, que tornem mera ficção a remuneração adicional, porque nesse caso poder-se-ia cogitar de ofensa ao princípio da boa-fé, do qual também não pode se afastar a Administração Pública em suas contratações.

Sob tais diretrizes, os critérios estabelecidos no edital e no respectivo contrato para aferição do desempenho do contratado, além de proporcionais aos benefícios gerados, devem ser superiores aos patamares mínimos alcançados em uma execução regular do objeto e, ainda, suscetíveis de aferição objetiva durante a vigência contratual.

Assim, os parâmetros mínimos delineados na fase interna da licitação devem estar perfeitamente estabelecidos no instrumento convocatório, razão por que a variabilidade das metas, dos padrões de qualidade, dos parâmetros de sustentabilidade ambiental e do prazo de entrega deve ter por limite mínimo o critério de aceitabilidade do objeto contratado.

Levando-se em conta que a remuneração variável do contratado é objetivamente traduzida em termos financeiros, seria razoável considerar exigível também aferir os benefícios adicionais à Administração Pública em termos financeiros.

Acaso tomado como parâmetro para remuneração por desempenho o prazo de entrega de determinado empreendimento, fica evidente a possibilidade imediata de converter

¹⁵ LIMA, Diogo Leonardo Rocha de. Remuneração Variável na Contratação de Obras Rodoviárias. Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes, Universidade de Brasília. Brasília, 2018. Pág. 28.

em dinheiro o benefício gerado por uma eventual antecipação do cronograma de execução. Como exemplo, a antecipação da entrega de um edifício a ser usado pela Administração Pública pode permitir a cessação de despesas com aluguel até então incorridas, o que imediatamente conduz à possibilidade de incremento de desempenho do contratado passível de remuneração adicional.

De outro lado, pode ser desafiadora a definição de critérios de sustentabilidade ambiental economicamente mensuráveis e que ainda permitam uma relação proporcional entre pagamentos adicionais e benefícios públicos. Vale ponderar, a despeito das dificuldades, que o desenvolvimento nacional sustentável é objetivo expresso dos processos licitatórios sob a Lei 14.133/2021 (art. 11).

Assim, no tocante aos parâmetros legais do art. 144 para cálculo da remuneração variável em razão do desempenho do contratado, baseada em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, a Administração Pública, orientando-se pelas diretrizes constitucionais e legais, deve buscar parâmetros objetivos, preferencialmente passíveis de mensuração financeira, proporcionais aos benefícios gerados pela execução contratual e, sobretudo, alinhados ao interesse público.

3.4. Pagamentos com base em percentual da economia gerada

O parágrafo 1º do art. 144 da Lei 14.133/2021 estabelece a possibilidade de remuneração variável do contratado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa.

Exemplo imediatamente possível, e que se alinha com aspectos de sustentabilidade ambiental, diz respeito à economia no consumo de água, eletricidade e outros insumos que a troca de equipamentos e/ou itens prediais pode gerar em um edifício da Administração Pública. A instalação de lâmpadas, torneiras, impressoras ou sistemas que otimizem consumos das mais variadas matizes pode representar, em termos financeiros, economia de despesa capaz de servir de base para remuneração variável de um contratado.

Neste ponto, uma preocupação necessária refere-se à vedação legal, como regra, ao pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços, como disposto no art. 145 da Lei 14.133/2021.

Exigível, portanto, seria a efetiva realização do benefício público para legitimar o pagamento adicional ao particular.

No entanto, o pagamento antecipado pode ser justificado em alguns casos, previstos no § 1º do art. 145 da nova Lei de Licitações. A norma consolidou jurisprudência firme do Tribunal de Contas da União¹⁶, construída à luz da Lei 8.666/1993, e estabeleceu que, além de previamente justificada e expressamente prevista no edital, a “antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço.”¹⁷

É de se concluir, assim, que a remuneração variável do contratado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa é estratégia legal que permite atender à objetividade, proporcionalidade, legalidade e eficiência que os dispêndios públicos exigem.

3.5. *Limite orçamentário*

Além da motivação obrigatória, outra exigência constante do § 2º do art. 144 da Lei 14.133/2021 é o respeito ao limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

Desnecessário discorrer sobre as restrições fiscais e orçamentárias que impactam a atuação estatal, como também sobre a inadmissibilidade de uma contratação que, sujeita à remuneração variável, trouxesse insegurança e riscos financeiros desarrazoados para os cofres públicos.

Por isso, a aplicação da sistemática de pagamentos baseada no desempenho do contratado exige do órgão ou entidade contratante a correta definição do limite orçamentário.

Nesse sentido, é preciso avaliar se tal limite é representado pelo orçamento estimado na fase interna do certame para o objeto a ser contratado ou, de outra forma, se esse

¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TCU. Acórdão 3.614/2013-Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. “O pagamento antecipado não é vedado pelo ordenamento jurídico, contudo, é admitido apenas em situações excepcionais. A possibilidade de pagamento adiantado deve ser condicionada à existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias.” Acórdão 1565/2015-Plenário - Relator Ministro Vital do Rêgo. Acórdão 1160/2016-Plenário – Relator Ministro Augusto Nardes. Acórdão 374/2011-Plenário – Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada/pagamento%2520antecipado/%2520sinonimos%253Dtrue>. Consulta em 06/07/2021.

¹⁷ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 30/06/2021.

limite seria um valor distinto, fixado no processo de contratação a partir de justificativas bastantes.

Diversos dispositivos da Lei 14.133/2021 tratam de questões orçamentárias nas licitações e contratações públicas, alguns específicos para determinado objeto (como obras e serviços de engenharia) e outros de caráter mais geral, potencialmente aplicáveis às contratações com remuneração variável.

O art. 6º, inciso XXIII, da nova Lei de Licitações e Contratos, por exemplo, ao definir termo de referência como documento necessário para a contratação de bens e serviços, impõe que a adequação orçamentária é parâmetro dele exigível (alínea j).

O art. 18 do mesmo diploma, que detalha a fase preparatória do processo licitatório, indica em seu inciso IV que nessa etapa deve ser definido o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação.

Igualmente vale citar que o art. 23 determina que o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com parâmetros de mercado; o art. 40 estabelece que o planejamento de compras deve atender à responsabilidade fiscal mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento; o art. 59 impõe a desclassificação de propostas que apresentarem preços acima do orçamento estimado para a contratação; e o art. 105 registra que deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários.

Em evidente preocupação com a suficiência das disponibilidades orçamentárias para fazer frente às contratações públicas, o art. 150 da Lei 14.133/2021, que integra capítulo dedicado a possíveis causas de nulidade dos contratos, dispõe (destaques acrescidos)¹⁸:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e **sem a indicação dos créditos orçamentários** para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Atendidas os diversos preceitos legais, é possível sustentar que a expressão “limite orçamentário” do § 2º do art. 144 da Lei 14.133/2021 não está vinculada a uma única e compulsória interpretação.

Sem olvidar a obrigatória fundamentação, ao dispor a lei que “A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela

¹⁸ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 08/07/2021.

Administração para a contratação”, as diferentes interpretações que comportam a expressão “limite orçamentário” permitem concluir que há margem de discricionariedade na definição do referido limite.

Nos termos da lei, pode o gestor público fixar o limite como o próprio orçamento delineado para o objeto ou, ainda, indicar um valor independente, associado à disponibilidade orçamentária e aos resultados financeiros auferidos pela Administração Pública.

No primeiro caso, admitindo-se que o limite orçamentário para a remuneração por desempenho é o próprio orçamento da licitação, a consequência lógica é que a margem disponível para o pagamento adicional por resultado será limitada ao desconto ofertado no certame. Considerando que orçamento-base definido na fase interna deve ser originado de preços referenciais cotados no mercado, considerá-lo como limite para a remuneração variável representaria, por certo, importante limitação ao instituto.

Nessa hipótese, a remuneração adicional do particular seria calculada em função do percentual de desconto ofertado no certame. No limite inferior, se alcançados apenas os parâmetros de qualidade mínimos, o pagamento seria igual à proposta vencedora. No limite superior, o valor global contratado poderia ser somado à integralidade do desconto ofertado na licitação, de forma a alcançar o orçamento-base.

A segunda hipótese interpretativa adotaria o limite orçamentário como um valor independente, superior ao orçamento-base do empreendimento, a ser estabelecido pelo órgão/entidade contratante em cada licitação.

Embora exija maior rigor na fundamentação e na construção do método de remuneração por desempenho, por certo tem maior potencial para induzir competitividade, inovação e para aumentar os resultados da contratação.

Sobre essa interpretação, em análise que teve por foco a contratação de obras públicas com fundamento na Lei do RDC, ponderou MENDES (2013, p. 273)¹⁹:

A segunda hipótese [limite orçamentário autônomo fixado pela Administração Pública] pode dar azo à utilização abusiva do incentivo, por meio do estabelecimento de bônus elevados ou metas facilmente alcançáveis. Porém, é a opção mais harmônica com os princípios da isonomia, da transparência e da publicidade, pois seria de conhecimento de todos – inclusive dos órgãos de controle – o montante que determinado contratante está se dispondo a pagar a título de bônus e por quais resultados.

¹⁹ MENDES, André. Aspectos Polêmicos de Licitações e Contratos de Obras Públicas. São Paulo: Pini, 2013. P. 273.

Nesse mesmo contexto, os possíveis benefícios e riscos de definir um limite orçamentário superior ao orçamento-base do certame também foram apontados por LIMA (2018, p. 40)²⁰:

Ao indicar que a remuneração do particular pode ultrapassar o orçamento-base do empreendimento, o gestor público se obriga a evidenciar que os ganhos extras do particular estão relacionados a ganhos adicionais à Administração Pública.

Assim, o limite orçamentário fixado na contratação, além de respeitar a disponibilidade indicada na lei orçamentária do respectivo exercício, deve recolher legitimação do método escolhido para comprovar os benefícios públicos extraordinários.

Por conclusão, nota-se que o limite orçamentário é mecanismo importante na adoção de uma sistemática de remuneração por performance. De um lado, deve garantir segurança jurídica e previsibilidade fiscal/financeira à despesa pública. De outro, pode ser utilizado como instrumento importante na indução de eficiência e na otimização dos benefícios auferidos pela Administração Pública em suas contratações.

²⁰ LIMA, Diogo Leonardo Rocha de. Remuneração Variável na Contratação de Obras Rodoviárias. Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes, Universidade de Brasília. Brasília, 2018. Pág. 40.

4. CONTRATOS DE EFICIÊNCIA

4.1. Aspectos iniciais

O segundo instrumento objeto deste trabalho, previsto pela Lei 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LIII, igualmente está intrinsecamente associado à otimização das contratações públicas. Os contratos de eficiência estão assim definidos²¹:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

LIII - **contrato de eficiência**: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;

São contratos que associam eficiência e resultado econômico em prol da Administração. O instituto jurídico foi incorporado pela nova Lei de Licitações e Contratos a partir de previsão já constante da Lei do RDC, que apresenta, em seu art. 23, § 1º, texto idêntico ao acima transcrito.

Nos termos legais, os contratos de eficiência buscam proporcionar redução de despesas da Administração Pública contratante, por meio de atuação do particular orientada para tal.

Aqui, portanto, percebe-se diferença fundamental entre tal espécie de ajuste e a forma de remuneração por desempenho anteriormente delineada. Como regra geral, enquanto nessa última os particulares buscam desempenho excepcional para incrementar os pagamentos a que fazem jus, nos contratos de eficiência os contratados objetivam reduzir um determinado dispêndio público para, com base nessa economia, auferirem sua remuneração.

Ao examinar a diferença entre contratos de eficiência e a sistemática de remuneração por desempenho, ainda sob os parâmetros constantes do RDC, SCHWIND (2011, p. 221) afirmou²²:

Nas contratações de remuneração variável, são previstas metas que representam vantagens adicionais à Administração, sendo que, se o contratado as atingir, fará jus a um incremento (“bônus”) na sua remuneração. O não atingimento das metas adicionais não configurará um inadimplemento contratual. Trata-se, portanto, de um mecanismo de sanção premial, ou seja, de indução para a obtenção

²¹ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 08/07/2021.

²² SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. P. 221-251

de determinados objetivos que, embora benéficos para a Administração, não são obrigatórios.

Já no caso dos contratos de eficiência, o contratado assume o dever de proporcionar uma economia à Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual do benefício obtido. Se o particular não obtiver a economia que se comprometeu a proporcionar, poderá ter uma redução na sua remuneração ou ainda poderá sofrer a aplicação de uma sanção por inexecução contratual.

Assim, por sua natureza, os contratos de eficiência são contratos de risco, pois apenas o sucesso das intervenções particulares tornará legítimos os pagamentos aos particulares. O contratado, como estabelecido, será remunerado “com base em percentual da economia gerada” e, por isso, submete-se às áleas ordinárias próprias dessa sistemática contratual.

Os contratos de eficiência, em alguma medida, apresentam características próximas às parcerias público-privadas na modalidade concessão administrativa, espécie relativa ao “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”²³, como definido na Lei 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

4.2. *Objeto dos contratos de eficiência e natureza das despesas a serem reduzidas*

O objeto dos contratos de eficiência será a prestação de serviços, incluindo a possibilidade de realização de obras e o fornecimento de bens para alcançar a redução da despesa a ser atacada pelo contratado.

De imediato é possível exemplificar como potenciais objetos a serem contratados os serviços que otimizem estruturas físicas para reduzir despesas com energia elétrica, água e de outros itens de consumo regular na Administração Pública. Também assim, acaso bem justificadas, é razoável considerar que intervenções do particular que otimizem as despesas incorridas com rotinas administrativas de órgãos e entidades podem ser eleitas para essa modalidade de contrato.

A Lei 14.133/2021 expressamente define a natureza das despesas a serem reduzidas – despesas correntes.

²³ Brasil. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 13/07/2021.

Segundo disposto na Lei 4.320/1964, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, são duas as espécies de despesas correntes: despesas de custeio e transferências correntes. As primeiras são compostas por despesas com pessoal civil, militar, material de consumo, serviços de terceiros e encargos diversos. Integram as transferências correntes, por sua vez, as subvenções sociais e econômicas, as despesas com inativos e pensionistas, o salário família, o abono familiar, os juros da dívida pública, as contribuições de previdência social e uma categoria mais genérica, denominada diversas transferências correntes.

Assim, a *contrario sensu*, não há de se cogitar em contratos de eficiência baseados na redução de despesas de capital, como por exemplo associados à eventual diminuição de custos incorridos para realização de uma obra pública.

Embora a hipótese que se apresente como mais alinhada à viabilidade dos contratos de eficiência seja a redução de despesas de custeio, o texto legal apresenta categoria mais ampla, o que pode facilitar a aplicação do instituto, sobretudo tendo-se em conta que incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável são objetivos expressos da Lei 14.133/2021.

Ademais, conforme expressa previsão legal, a realização de obras e o fornecimento de bens necessários à redução das despesas também pode ser incluído nos contratos de eficiência. Nesse ponto, seria pertinente questionar se a nova Lei de Licitações e Contratos permitiria a divisão da parte financeira do contrato em dois núcleos principais: um fixo e outro variável. Em termos mais detalhados, a parte financeira do contrato poderia incluir elementos remunerados segundo preços contratuais fixos e previamente pactuados, eis que apenas indiretamente associados à economia a ser alcançada; e outra variável, como percentual da redução das despesas da Administração Pública?

Seguindo uma interpretação sistemática da Lei 14.133/2021, a resposta à questão anterior é negativa. Em que pese a lei autorizar “a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante”, o valor de tais investimentos deve ser considerado pelo particular na definição de sua proposta, como também pela Administração Pública para garantir o sucesso da contratação.

Em um contrato de eficiência, mesmo que necessária a realização de obras ou o fornecimento de bens de elevado valor, o contratado é remunerado “com base em percentual da economia gerada”. E essa conclusão, além de suportada em expressa previsão do art. 6º, inciso

LIII, da Lei 14.133/20212, é decorrência lógica de dois outros dispositivos legais: o critério de julgamento fixado pela lei e a duração dos contratos de eficiência, como será detalhado adiante.

4.3. *Critério de julgamento do maior retorno econômico*

A utilização do critério de julgamento adequado é elemento fundamental para o sucesso de qualquer contratação.

A Lei 14.133/2021, a exemplo do que faz a Lei 8.666/1993, estabeleceu diversos critérios elegíveis pelo administrador, em alguns casos com liberdade de escolha, como por exemplo para a modalidade concorrência, em que o gestor público pode se valer do critério do menor preço, da melhor técnica ou conteúdo artístico, da técnica e preço, do maior retorno econômico ou do maior desconto para selecionar o contratado.

Algumas modalidades apenas comportam critérios de julgamento específicos, como ocorre para o concurso (melhor técnica ou conteúdo artístico), para o pregão (maior desconto ou menor preço) e para o leilão (maior lance).

No caso dos contratos de eficiência, o legislador também não deixou margem para discricionariedade. O maior retorno econômico é o critério de julgamento a ser utilizado, como indicado pelo art. 39 da Lei 14.133/2021²⁴ (destaques acrescentados):

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, **utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência**, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

Os contratos de eficiência, com a imposição da adoção do critério de julgamento do maior retorno econômico, buscam aproximar as contratações públicas daquelas realizadas pelo setor privado, sobretudo porque transferem ao particular substancial parcela de risco e ele é remunerado com base no sucesso alcançado.

Nas palavras de PEREIRA JÚNIOR (2021)²⁵:

O critério de julgamento com base no maior retorno econômico serve, destarte, à formação de contrato de risco, tanto que o contratado não auferirá remuneração, ou a terá proporcionalmente reduzida, se não alcançar o resultado econômico a que se obrigou, podendo, inclusive, ser sancionado por isso... O traço de união entre os dois regimes está no princípio do julgamento objetivo, implícito no art. 37, XXI, da Constituição da República e reiteradamente referido na Lei Geral (artigos 3º, *caput*,

²⁴ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 08/07/2021.

²⁵ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Critérios de julgamento. Disponível em <Critérios de julgamento na Nova Lei de Licitações - Observatório da Nova Lei de Licitações (novaleilicitacao.com.br)>. Consulta em 10/09/2021.

40, VII, 41 e 45, *caput*), mercê do qual cabe ao instrumento convocatório, e só a ele, estabelecer o critério de julgamento a ser adotado em cada caso, à vista de parâmetros objetivos e previamente definidos.

A nova Lei de Licitações reproduz, em essência, o art. 23 do RDC²⁶, e vale registrar que a Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) igualmente estabelece no artigo 54, § 6º que ao ser utilizado o critério de julgamento de maior retorno econômico, “os lances ou propostas terão o objetivo de proporcionar economia à empresa pública ou à sociedade de economia mista, por meio da redução de suas despesas correntes, remunerando-se o licitante vencedor com base em percentual da economia de recursos gerada”.

Dois aspectos merecem destaque em relação ao maior retorno econômico, com reflexos na fase concorrencial e na execução do contrato de eficiência.

O § 2º do art. 39 da Lei 14.133/2021 determina que o edital da licitação fixe “parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.”

Com efeito, esse dispositivo busca realizar o princípio do julgamento objetivo, expressamente previsto no art. 5º da nova Lei de Licitações e Contratos. Sobre referido princípio, CARVALHO FILHO (2020, p. 257) ensina:²⁷

Quis o legislador, na instituição do princípio, descartar subjetivismos e personalismos. E isso não apenas no julgamento final, mas também em todas as fases onde exista espécie de julgamento, de escolha, de modo que os atos da Administração jamais possam ser ditados por gosto pessoal ou favorecimento.

Destarte, o instrumento convocatório deve estabelecer, em parâmetros objetivos, qual será o percentual de remuneração do contratado aplicado sobre a economia gerada.

Por sua vez, o § 3º do art. 39 da Lei 14.133/2021 acrescenta que “Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.”

Nesse ponto é importante perceber que deve o edital indicar os parâmetros que serão considerados: i) para aferir o retorno econômico da contratação; e ii) para calcular a remuneração a que fará jus o contratado.

²⁶ Brasil. Lei 12.462 de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em 30/06/2021.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (34th edição). Grupo GEN, 2020. Pág. 257.

Como exemplo, ao delimitar quais as despesas correntes devem ser atacadas pelo particular, eventualmente discriminando os valores historicamente incorridos, pode a Administração Pública definir o nível mínimo de economia que deseja contratar. Adicionalmente, o edital deve estabelecer qual a parcela a ser direcionada para pagamento ao particular a partir da economia efetivamente alcançada.

A frustração da econômica contratada, como será detalhado adiante, gera consequência contratuais importantes e, por isso, o contrato de eficiência não pode se afastar da fixação de parâmetros factíveis, que afirmem a viabilidade do ajuste e, ao mesmo tempo, que remunerem o contratado de forma proporcional ao sucesso do ajuste.

Para bem delimitar cada uma das propostas apresentadas no processo concorrencial e permitir à Administração a avaliação objetiva na definição do vencedor, dois instrumentos são determinados pela lei como de apresentação obrigatória pelos licitantes: propostas de trabalho e de preço, a seguir detalhadas.

4.4. *Propostas de trabalho e de preço*

O processo licitatório realizado para assinatura de um contrato de eficiência exigirá dos concorrentes a apresentação de duas propostas. A primeira relacionará detalhes executivos e resultados a serem alcançados, enquanto a segunda indicará o preço ofertado.

A dicção do art. 39, § 1º, da Lei 14.133/2021 é a seguinte:

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

A lei não apresenta de forma detalhada quais são os requisitos para compreender como completa e suficiente a proposta de trabalho, se limitando a exigir uma indicação das obras, serviços ou bens, com seus respectivos prazos de adimplemento; além da economia a ser gerada em termos monetários. E é razoável supor que nem mesmo o decreto que irá regulamentar a Lei 14.133/2021 faça tal detalhamento, tendo em vista que, nesse ponto, pouco

se acrescentou ao que já dispunha a Lei do RDC quando da edição do Decreto 7.581/2011, que a regulamentou.

Assim, sendo, é razoável ponderar que o contrato de eficiência consubstancia, essencialmente, obrigação de resultado e não de meio.

JUSTEN FILHO (2013, p. 116) explica que o aspecto central das obrigações de resultado está na maior autonomia conferida ao contratado, tendo em vista que nesse tipo de contratação é determinado “o resultado e incumbe ao executor do objeto o dever-poder de escolher as soluções técnicas e os procedimentos necessários a produzir o objeto compatível com os indicadores contratuais exigidos, no prazo, local e condições avençados.”. De outra forma, nas obrigações de meio, as atividades necessárias à consecução do objeto são previamente definidas pelo contratante e, assim, “Não há poder de realizar escolhas, mas apenas a obrigação de executar fielmente as imposições oriundas da parte credora. O contrato determina não apenas o objeto a ser executado, mas também o modo e as condições de sua produção.”²⁸

Essa compreensão é relevante porque demonstra diferença substancial entre o que seria exigível de uma proposta de trabalho e de um projeto básico. Enquanto caberá ao particular definir com grande margem de liberdade o conteúdo de sua proposta de trabalho, o projeto básico exigido em contratações de obras públicas tem muita densidade técnica e é definido pela lei como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação” (art. 6º, inciso XXV, da Lei 14.133/2021).

Em verdade, a não ser para fins de controle de exequibilidade e da consistência de cada proposta, têm baixa relevância para a Administração contratante detalhes sobre as metodologias executivas e os processos utilizados para realizar as obras, os serviços e os bens a serem oferecidos pelo particular no contrato de eficiência. O que importa, de fato, é o resultado dessas intervenções, ou seja, a economia efetiva a ser gerada.

A proposta de preço, por sua vez, corresponderá ao percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/2011 e Decreto nº 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013. p. 716.

Segundo PEREIRA JÚNIOR (2021)²⁹:

O contrato de eficiência desafia tanto o setor empresarial privado quanto os órgãos e entidades da Administração pública. Àquele porque cabe à licitante apresentar duas propostas: a de trabalho, que deverá contemplar as obras, os serviços ou os bens, que executará ou fornecerá em prazos certos, indicando, em unidade monetária, a economia que estima gerar; a de preço, que corresponderá a percentual sobre essa economia estimada. À Administração porque elaborará edital explicitando parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado, estabelecido, para efeito de julgamento da proposta, que o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução, deduzida a proposta de preço (art. 39, § 3º).

O maior retorno econômico, portanto, não decorre da proposta de preço mais baixa, mas da maior economia a ser gerada quando deduzida a respectiva proposta de preço do licitante. Assim, em tese, satisfeitas as demais exigências do certame, deve ser declarado vencedor o licitante que, a despeito de apresentar a maior proposta de preço, oferecer também o maior retorno econômico a partir da economia que sua proposta de trabalho avaliar.

Por consequência, há dois parâmetros a serem simultaneamente considerados pela Administração na aferição do resultado de contratação mais vantajoso, como preconiza o art. 11, inciso I, da Lei 14.133/2021, e o maior retorno econômico é representado pelo maior valor que resulta da seguinte equação: (*economia estimada – proposta de preço*).

4.5. *Consequências do não atingimento da economia prevista*

A Lei 14.133/2021, a exemplo do que estabelece a Lei 12.462/2011 (RDC), impõe consequências jurídicas diretas para as situações de frustração da economia prevista no contrato de eficiência. São as seguintes as disposições legais³⁰:

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

(...)

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

²⁹ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Critérios de julgamento. Disponível em <Critérios de julgamento na Nova Lei de Licitações - Observatório da Nova Lei de Licitações (novaleilicitacao.com.br)>. Consulta em 10/09/2021.

³⁰ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 08/07/2021.

Em seu primeiro inciso, a nova Lei de Licitações e Contratos impõe dever de resultado aos contratados, de forma que a economia efetivamente contratada seja parâmetro mínimo de qualidade admissível. A economia frustrada, assim entendida como a diferença entre a contratada e a alcançada, passa a ser objeto de desconto da remuneração do contratado, o que deixa evidente o caráter de risco dos contratos de eficiência.

A segunda consequência, que em parte qualifica a primeira, indica que a Administração Pública deve fixar limite máximo para a frustração na economia gerada pelo contratado, ou seja, o instrumento contratual deve prever critério de aceitabilidade da diferença entre a economia pactuada e a efetivamente obtida. Na hipótese de fracasso superior ao limite estabelecido, outras sanções cabíveis poderão ser aplicadas, conforme previsão editalícia.

Uma terceira hipótese prevista no RDC (art. 23, § 3º, inciso II) não foi encampada pela nova Lei de Licitações e Contratos. Refere-se à possibilidade de aplicação de multa por inexecução contratual no valor da diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida, quando a frustração da economia de despesas superar a remuneração da contratada. Com efeito, seria de rigor potencialmente excessivo, em um cenário de efetiva redução de despesas, ainda que em patamar inferior ao contratado, a Administração aplicar penalidade em patamar tal que tornasse a equação financeira do contrato prejudicial ao particular.

O decreto que irá regulamentar a Lei 14.133/2021, ainda não editado até a conclusão deste trabalho, por certo deverá se encarregar de detalhar diretrizes para maior segurança jurídica na execução de contratos de eficiência, a exemplo de contornos objetivos para a aplicação de sanções no caso de redução de economia superior ao limite previsto em contrato.

De toda forma, a previsão legal de sanções para o insucesso dos contratos de eficiência, além de deixar evidente o caráter de risco de tais ajustes, como já ressaltado, impõe à Administração Pública contratante o dever de avaliar previamente e estabelecer no instrumento convocatório regras que permitam, de um lado, efetividade à contratação para que sejam alcançadas as economias projetadas e, de outro, atratividade aos particulares para garantir competitividade e o próprio sucesso do instrumento jurídico.

4.6. *Duração dos contratos de eficiência*

A Lei 14.133/2021, a exemplo da Lei 8.666/1993, delinea como prazo geral de duração dos contratos um exercício financeiro, observando-se a disponibilidade de créditos

orçamentários. Eventualmente, quando os ajustes ultrapassarem referido período, há exigência de previsão no plano plurianual.

Em se tratando de contratos de eficiência, contudo, a nova Lei de Licitações e Contratos estabelece prazo próprio, mais largo, em evidente incentivo à efetividade desse instituto. Nos termos legais³¹:

Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de:

I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento;

II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.

Há dois aspectos positivos que podem ser imediatamente extraídos da opção legislativa pela fixação de prazo mais amplo para duração dos contratos de eficiência.

Primeiro, a ampliação do tempo de contrato tende a aumentar a atratividade dessa forma de ajuste, porque majora o valor global da remuneração potencial dos particulares.

Adicionalmente, um prazo mais extenso favorece a consolidação e amortização de investimentos necessários à efetiva redução das despesas, tanto no que diz respeito à realização de obras e fornecimento de bens quanto, eventualmente, na implementação de rotinas e intervenções a serem incorporadas pela Administração contratante.

Nesse ponto, é possível apontar outra semelhança entre os contratos de eficiência e os contratos de parceria público-privada na modalidade concessão administrativa, pois a Lei 11.079/2004 também estabelece que o prazo de vigência das PPP's, não inferior a cinco e nem superior a 35 trinta e cinco, deve ser compatível com a amortização dos investimentos realizados (art. 5º, inciso I)³².

Resgata-se, aqui, a conclusão de ser vedado pela Lei 14.133/2021 a construção de sistemática de ajuste que preveja a remuneração fixa dos particulares em relação às obras e aos bens permanentes fornecidos, deixando como parte variável apenas aquela diretamente relacionada à redução das despesas da Administração Pública.

³¹ Brasil. Lei 14.133 de 01 de abril de 2021. Institui Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em 08/07/2021.

³² Brasil. Lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em 13/07/2021.

Como previsto no art. 110, os prazos para os contratos de eficiência são distintos quando não é exigida a realização de investimentos (até 10 anos) e quando implicam a elaboração de benfeitorias permanentes (até 35 anos). Não bastasse, o mesmo dispositivo legal é taxativo ao dispor que tais benfeitorias serão “realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato.”

5. DIÁLOGO COMPETITIVO

5.1. Aspectos gerais sobre uma Administração Pública consensual e dialógica

A doutrina de Direito Público moderna debate de forma intensa a necessidade de uma Administração Pública mais consensual, dialógica, que se afaste de concepções unilaterais e impositivas que marcaram a administração burocrática.

Segundo OLIVEIRA (2013, p. 152)³³, “O Direito Administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje reclama ainda o respeito à legitimidade.”.

Nessa linha, MOREIRA NETO (2014, p. 95) avalia³⁴:

Após a sequência de mutações por que passou e ainda vem passando o Direito Administrativo nas últimas décadas, tanto a supremacia do interesse público em tese cedeu à supremacia dos princípios fundamentais constitucionais, garantidores dos direitos das pessoas, abalou a imperatividade a todo transe, como a indisponibilidade dos interesses públicos, foi revista em função da reavaliação dos interesses juridicamente protegidos quando ocasionalmente concorrentes com duas distintas categorias de interesses públicos – os primários e os secundários.

Por meio de uma atuação dialógica, a Administração atende a diretrizes importantes do Estado Democrático de Direito e se aproxima de uma legítima realização do interesse público, que abrange o interesse da Administração sem a ele limitar-se. DANTAS (2020, p. 13)³⁵ explica que “o interesse público é bem mais amplo que o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública, bem como que o princípio da eficiência pode admitir a transação em preferência à solução unilateral.”

A Administração Pública consensual é capaz de proporcionar um realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma série de direitos e garantias fundamentais, como assevera MAIA (2014)³⁶.

Outro aspecto a se considerar é que o interesse público e o interesse privado, por muitas vezes, não devem ser compreendidos como rivais, diametralmente opostos. E, nessa

³³ Rezende, OLIVEIRA, Rafael C. Princípios do Direito Administrativo, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013. Pág. 152.

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2014. Pág. 95.

³⁵ DANTAS, Bruno. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 22 n. 127 Jun./Set. 2020 p. 261-280.

³⁶ MAIA, Taciana Mara Corrêa. A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. Volume 16. Número 31. Jan/Julho 2014. Disponível em https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf. Consulta em 23/09/2021.

perspectiva, a consensualidade é instrumento que se revela com potencial importante para alcançar ambos os interesses. Por meio de processos dialógicos, de escuta ativa do particular, a Administração aumenta a precisão de suas decisões e ganha legitimidade.

Alguns autores atuais, como Rafael Oliveira³⁷, afirmam a existência do princípio da consensualidade ou da participação administrativa no âmbito da Administração Pública Democrática e Consensual.

A supremacia do interesse público, nesse contexto, ganha novos contornos e exige ponderação dos interesses envolvidos, não apenas daqueles de caráter estritamente público, mas também de interesses privados, que podem estar associados a direitos e garantias fundamentais.

Sobre a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea, destaca ODETE MEDAUAR (2003, p. 78)³⁸:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

A expansão do consensualismo permite à Administração Pública atuar com maior flexibilidade e, assim, solucionar controvérsias atípicas, que não encontram na prática usual ou no conjunto normativo positivado respostas perfeitas e imediatas. Ou, ainda, reduzir substancialmente o tempo e os recursos demandados no processo de litígio.

A possibilidade de compatibilização entre interesse público e consensualismo, sem descuidar da legalidade, encontra numerosas aplicações, invariavelmente com ganhos de eficiência.

Como exemplo, o art. 32, § 5º, da Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) expressamente autoriza a mediação pelo Poder Público para “a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”. Antes disso, disposição semelhante já constava da Lei 11.079/2014 (Lei das

³⁷ Rezende, OLIVEIRA, Rafael C. Princípios do Direito Administrativo, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013. Pág. 154.

³⁸ MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. Pág. 78

Parcerias Público-Privadas), no sentido de admitir “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, (...) para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Também merece menção o art. 23-A da Lei no 8.987/1995, com texto praticamente idêntico ao já mencionado e voltado à aplicação em contratos de concessão.

Igualmente é pertinente registrar a iniciativa do Tribunal de Contas da União que, por meio da Resolução 315/2020, criou regras dialógicas e de escuta ativa de suas unidades jurisdicionadas. Em sintonia com um viés de Administração Pública Democrática, o TCU passou a facultar aos jurisdicionados, previamente às decisões, oportunidade para apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, com vistas à construção participativa das deliberações, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas.³⁹

De toda forma, a atuação consensual da Administração não encontra campo fértil e pacífico para aplicação em qualquer esfera, seja pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de harmonizar os interesses públicos com os particulares e, ainda, em razão da própria estrutura tradicionalmente consolidada. NEVES e FERREIRA FILHO (2017, p. 8) apontam potenciais impasses à conciliação de estruturas atuais com a atuação consensual da Administração:⁴⁰

Podem-se mencionar como estruturas tradicionais que causam perplexidade à ideologia consensual os modelos originais de legalidade, de indisponibilidade do interesse público, o conceito de discricionariedade administrativa, entre outros. Não se quer afirmar aqui que tais conceitos desapareçam com a construção da Administração Pública consensual (até porque tal pretensão iria de encontro ao Texto Constitucional), mas, sim, que a reflexão sobre uma possível releitura dessas estruturas tradicionais se impõe.

As lições modernas do Direito Administrativo indicam ampla possibilidade de consensualismo na resolução de conflitos que envolvem o Poder Público, mas é necessário perceber que instrumentos de mesmo jaez, essencialmente dialógicos, teriam importante potencial na construção de alternativas para otimizar a própria gestão pública, inclusive no que diz respeito às contratações estatais.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Resolução 315/2020. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A315%2520NUMANOATO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252CNUMATOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ee4d0190-96e6-11ea-b39d-7744880a9168. Consulta em 24/09/2021.

⁴⁰ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maior/jun 2017. Disponível em <<https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>>. Consulta em 23/09/2021.

MOREIRA NETO (2000, p. 39) assevera que “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”.

Nesse cenário deve ser compreendida e aplicada a nova modalidade licitatória introduzida pela Lei 14.133/2021: o diálogo competitivo, que materializa a atuação negocial e dialógica da Administração em um processo licitatório.

5.2. *Diálogo competitivo – origens*

A modalidade licitatória inaugurada pela nova Lei de Licitações e Contratos tem origem no direito europeu. O diálogo competitivo, em contornos bastante similares àqueles adotados pela norma brasileira, estava previsto na Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, sendo voltado às contratações consideradas complexas, em que a Administração não teria de antemão a definição do objeto a ser contratado e buscaria soluções mais vantajosas em interações com o mercado privado. A Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, que revogou aquela de 2004, manteve a modalidade, denominada no ordenamento jurídico de Portugal de diálogo concorrencial.

Esclarece LIMA DE OLIVEIRA (2021, p. 5) que “a previsão do diálogo competitivo veio para legitimar uma postura já adotada por alguns países membros da União Europeia no bojo de outra modalidade de licitação usual no velho mundo, o procedimento por negociação”⁴¹. O mesmo autor aponta que o procedimento foi introduzido no ordenamento europeu para incentivar as parcerias público-privadas (PPPs), quase sempre envoltas por complexidade técnica, jurídica e financeira que demandaria a cooperação dos parceiros privados na construção das soluções a serem implementadas.

De acordo com a Diretiva 2014/24/EU, os Estados da União Europeia devem, obrigatoriamente, prever a modalidade licitatória diálogo competitivo em suas legislações internas. O intuito principal é flexibilizar a fase que antecede o julgamento das propostas, isto é, a etapa de definição da solução que o Poder Público deseja contratar. Vale registrar, pela pertinência, uma das razões expostas pela União Europeia ao promulgar a referida norma:

⁴¹ LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abril 2021. Pág. 5.

(42) É muito importante que as autoridades adjudicantes disponham de maior flexibilidade para escolher um procedimento de contratação que preveja a negociação. (...) Importa recordar que o recurso ao diálogo concorrencial aumentou significativamente, em termos de valores dos contratos, nos últimos anos. Revelou-se útil nos casos em que as autoridades adjudicantes não conseguem definir as formas de satisfazer as suas necessidades ou avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas, financeiras ou jurídicas. Tal pode, nomeadamente, verificar-se quando se trata de projetos inovadores, da execução de projetos de infraestruturas de transportes integrados em larga escala, de grandes redes informáticas ou de projetos que obriguem a financiamentos complexos e estruturados.

Como será detalhado nos próximos subtópicos, em relação ao diálogo competitivo, são diversos os pontos de correspondência entre a Lei 14.133/2021 e a Diretiva 2014/24/EU.

5.3. *Diálogo competitivo – conceito e aspectos gerais*

O diálogo competitivo é destacado pela doutrina administrativista como uma das principais inovações da Lei 14.133/2021. Consubstancia nova modalidade licitatória, estabelecida pelo art. 28, inciso V daquela lei, e recebeu a seguinte definição normativa:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XLII - diálogo competitivo: 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;

A conceituação atribuída pela Lei 14.133/2021 demonstra, de pronto, o amplo escopo passível de contratação por meio de diálogo competitivo, alcançando obras, serviços e compras realizadas pela Administração Pública. Tais objetos, contudo, devem possuir especificidades que legitimem a escolha da modalidade, consoante art. 32, como será apresentado adiante.

Outro aspecto a merecer imediato destaque, porque qualifica o instituto e demonstra compatibilidade com todo o sistema de contratações públicas, diz respeito à exigência de critérios objetivos. Destaca-se, portanto, que a exemplo do que se impõe para as demais modalidades licitatórias, o diálogo competitivo deve ocorrer, no tocante à pré-seleção dos licitantes, à avaliação das soluções e à escolha do vencedor, sob bases objetivas, que afastem situações anti-isonômicas no certame e permitam escolha imparcial do particular contratado.

Por último, ainda possível de se depreender do inciso XLII do art. 6º que o diálogo competitivo ocorre com licitantes previamente selecionados e visa desenvolver alternativas capazes de atender às necessidades da Administração Pública. Em outros termos, após delinear

os interesses que pretende satisfazer com a contratação, a unidade licitante buscará o diálogo competitivo para que os particulares interessados na contratação apresentem possibilidades aptas a satisfazer aquelas necessidades. A proposta mais vantajosa, assim definida a partir de parâmetros objetivos fixados no edital, será a vencedora do certame.

O diálogo competitivo é, por definição, não apenas iniciativa que busca aumentar a eficiência e assertividade da Administração Pública, mas também conferir legitimidade à atuação consensual e dialógica nos processos de contratações.

Ainda na conceituação do novo instituto, é pertinente marcar sua diferença para outro instrumento da Lei 14.133/2021 – o procedimento de manifestação de interesse - PMI. Previsto no art. 81 da nova lei, o PMI foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto 8.428/2015, que estabeleceu a possibilidade de sua utilização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias.

O PMI, portanto, institucionaliza a participação da iniciativa privada na fase de estudo e modelagem das contratações públicas, mas não há qualquer garantia de que a futura licitação será realizada ou de que os estudos serão efetivamente ressarcidos. É iniciativa de risco que assume o parceiro privado. Por sua vez, o diálogo competitivo é modalidade de licitação específica, processada sob balizas próprias, e a discussão com o parceiro privado se dá quando já instaurada a licitação, na fase externa do certame, com vistas à formatação do objeto.

Aliás, se no PMI o projeto/estudo realizado pode sequer ser utilizado, no diálogo competitivo é possível que, ao final do certame, o licitante autor da solução escolhida pela Administração como a mais adequada para o atendimento às suas necessidades também não seja contratado. Como será detalhado a seguir, a fase de diálogo não se confunde com a concorrencial, sendo aquela voltada à delimitação do objeto a ser licitado e essa destinada a selecionar o particular contratado. A Lei 14.133/2021 não prevê qualquer forma de indenização ou ressarcimento aos licitantes que apresentem a proposta escolhida pela Administração e não se saírem vencedores na etapa competitiva do certame.

Outro aspecto de ordem geral sobre o diálogo competitivo diz respeito ao art. 32, § 1º, inciso XI da Lei 14.133/2021, que dispõe que ele será “conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de

profissionais para assessoramento técnico da comissão”. Em diversas outras modalidades licitatórias a nova Lei de Licitações e Contratos admite a condução apenas pelo agente de contratação ou ainda por comissão formada apenas preferencialmente por servidores efetivos.

Ainda sobre questões gerais, importante destacar que os arts. 179 e 180 da nova lei trazem as modificações do art. 2º da Lei 8.987/1995 e do art. 10 da Lei 11.079/2004, respectivamente, a fim de admitir o uso do diálogo competitivo nas licitações para concessões de serviços públicos e de contratações de PPPs.

Por último, vale registrar que foi publicada, no Diário Oficial da União (DOU), a Portaria nº 4.951 da Central de Compras da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, do Ministério da Economia, que designa servidores para comporem a comissão para condução do Diálogo Competitivo nº 01/2021. O objetivo é a contratação de solução para o desenvolvimento de medidas sustentáveis à eficiência energética dos prédios situados na Esplanada dos Ministérios e será a primeira vez no Brasil a ser adotada a nova modalidade de licitação prevista na Lei 14.133/2021.

Os aspectos mais relevantes dessa nova modalidade licitatória serão detalhados a seguir.

5.4. Objeto da contratação por meio de diálogo competitivo

Como registrado, o diálogo competitivo encontra raízes no ordenamento europeu e o art. 26, item 4, da Diretiva 2014/24/EU estabelece a possibilidade de utilização da modalidade quando: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação de soluções facilmente disponíveis; ii) os produtos ou serviços incluem a concepção ou soluções inovadoras; iii) o contrato não pode ser adjudicado sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas relacionadas com a natureza, a complexidade ou a montagem jurídica e financeira ou devido aos riscos a elas associadas, iv) as especificações técnicas não podem ser definidas com precisão suficiente pela autoridade adjudicante por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.

A legislação brasileira reproduziu, essencialmente, regras da Diretiva 2014/24/EU e, nos termos do art. 32 da nova Lei de Licitações e Contratos, o diálogo competitivo é restrito a duas hipóteses gerais, que podem, em um esforço de síntese, ser assim classificadas: i) objetos determináveis, mas de especificidades incertas; ii) necessidades da Administração definidas, mas objeto indeterminado ou indeterminável pela unidade contratante.

A primeira classificação diz respeito à dicção do inciso I do art. 32 da Lei 14.133/2021, que estabelece:

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;

Nessa possibilidade de diálogo competitivo prevista no inciso I do art. 32, o objeto a ser contratado, apesar de determinável em seus contornos gerais, possui especificidades importantes que dificultam sua precisa identificação para fins de licitação. Tais particularidades podem estar relacionadas à inovação tecnológica ou técnica, à necessidade de adaptação de soluções disponíveis no mercado ou à impossibilidade de definição adequada e suficiente.

Vale lembrar que, como regra geral para a maioria das modalidades licitatórias, a adequada definição do objeto é condição essencial para a higidez do processo concorrencial e, a depender da contratação, o termo de referência ou o projeto básico (eventualmente o anteprojeto, no caso de contratações integradas) devem definir com precisão suficiente a natureza do objeto, a descrição da solução como um todo, os quantitativos, o prazo do contrato, o modelo de execução e de gestão, critérios de medição e pagamento, a concepção da obra ou serviço de engenharia, os elementos da edificação e todos os parâmetros necessários para correta e adequadamente caracterizar o objeto.

Em se tratando de inovação tecnológica ou técnica, ou mesmo quando o objeto exigir adaptação de soluções disponíveis no mercado ou não permitir uma definição de seus principais caracteres constitutivos, o diálogo competitivo exsurge como modalidade licitatória capaz de, a partir de discussões com possíveis interessados, preencher as principais lacunas e permitir um processo concorrencial completo, com balizas suficientes para a seleção objetiva do contratado.

O inciso II do art. 32, por sua vez, diz respeito às situações em que a Administração, apesar de delinear suas necessidades, busca no setor privado a identificação e a definição de alternativas mais vantajosas para satisfazê-las. Os dispositivos legais assim estabelecem:

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

As referidas hipóteses legais remetem a contratações que envolvam complexidade técnica, jurídica ou financeira relevante, a ponto de exigir *expertise* de que a Administração Pública não disponha.

É também possível conceber que o diálogo competitivo, para contratações de tamanha complexidade, permite à Administração capturar no mercado privado soluções ótimas, resultado de interações com especialistas privados e potenciais fornecedores que apresentem vantagens não vislumbradas pelo Poder Público a partir de estudos que compõem a fase interna em um processo ordinário de contratação.

Importante observar que, enquanto o inciso I do art. 32 apresenta rol potencialmente taxativo, em face do uso da expressão “que envolva as seguintes condições”, o inciso II deixa evidente que as alternativas legais que apresenta compõem lista meramente exemplificativa, o que se extrai da proposição “com destaque para os seguintes aspectos”.

Na sequência, serão detalhadas as principais etapas do diálogo competitivo.

5.5. *Pré-seleção*

O diálogo competitivo inicia a fase externa com a publicação de um edital de pré-seleção dos possíveis licitantes. Consoante o art. 32, § 1º, incisos I e II:

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

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

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

Esse primeiro termo convocatório tem dois objetivos principais: apresentar as necessidades da Administração e fixar as exigências para habilitação dos possíveis interessados.

Vale lembrar que, nesse momento do processo, a unidade licitante não possui, ainda, a definição completa do objeto que irá licitar. Há questões relevantes não elucidadas, relacionadas à própria escolha da melhor solução, à necessidade de adaptação de alternativas

do mercado, à especificidade do objeto que envolve inovação técnica ou tecnológica, à dificuldade de definição das especificações e/ou requisitos técnicos ou ainda à estrutura jurídica e financeira do contrato a ser firmado. São elementos fundamentais, exigíveis previamente à fase concorrencial de escolha do contratado, que devem ser esclarecidos a partir dos diálogos que a Administração vai realizar com os licitantes pré-selecionados.

Nessa linha, esclarece LIMA DE OLIVEIRA (2021)⁴²:

O diálogo é uma modalidade de licitação em que se licita por solução, e não por especificação. Esta última surge com o desenvolvimento da solução, resultante da etapa de diálogo propriamente dito. Assim, no momento da abertura do certame, a Administração não tem o seu termo de referência ou projeto básico. Sabe-se apenas da necessidade e de alguns elementos que compõem os requisitos da solução a ser construída na negociação. Com isso, o edital inaugural traz apenas a necessidade do Poder Público e as exigências mínimas eventualmente eleitas pela Administração para a futura solução.

De toda forma, as necessidades da Administração devem ser objetiva e suficientemente identificadas nesse edital de pré-seleção, a fim de que os parceiros privados que vislumbrem a possibilidade de oferecer soluções manifestem interesse em participar do certame.

Essa fase também marca, ao menos em parte, a habilitação dos concorrentes que, preenchendo os requisitos objetivos fixados no edital, serão admitidos para a próxima etapa do diálogo competitivo.

De acordo com o art. 62 da Lei 14.133/2021, a habilitação se destina a verificar o “conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação”. Ela se divide, também segundo a lei, em habilitação jurídica, técnica, fiscal/social/trabalhista e econômico-financeira.

Além disso, a inversão entre fases de habilitação e julgamento, consagrada pela Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), mantida pela Lei do RDC (Lei 12462/2013) e prevista na nova Lei de Licitações e Contratos (art. 17)⁴³, é aqui excepcionada, ao menos em parte, na modalidade diálogo competitivo.

Isso porque os requisitos de pré-seleção, destinados a reduzir o universo de competidores apenas àqueles aptos a atender às necessidades postas pela Administração,

⁴² LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abril 2021. Pág. 25.

⁴³ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação.

realizam verdadeira habilitação técnica. Eventualmente, é legítimo que até mesmo adentrem a parâmetros jurídicos e econômico-financeiros.

Não há regras específicas na lei sobre os requisitos exigíveis para a fase de pré-seleção, mas é natural concluir que a legitimidade das exigências está diretamente relacionada ao atendimento das necessidades da Administração. Em outros termos, apenas poderão ser consideradas regulares as obrigações que potencialmente caracterizem a aptidão do parceiro privado na consecução das necessidades já definidas no mesmo edital pela unidade contratante.

Importante destacar a impossibilidade de requerer-se, nessa fase, documentos relativos à regularidade fiscal, tendo em vista que o art. 63, inciso III, da Lei 14.133/2021 expressamente dispõe que tais documentos serão exigidos “em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado”.

Na definição dos licitantes pré-selecionados, há uma diferença fundamental entre a Diretiva 2014/24/EU e a Lei 14.133/2021. A norma europeia, diferentemente da brasileira, permite a fixação de número máximo de candidatos pré-selecionados. Justificadamente, para evitar que um número excessivo de licitantes comprometa a efetividade e a celeridade da fase de diálogos com a Administração, a Diretiva 2014/24/EU (art. 30 e 65)⁴⁴ permite que sejam fixados critérios objetivos de pontuação para a formação de uma lista de classificação, com a consequente habilitação apenas do número de candidatos previamente fixado em edital. Três pressupostos, contudo, devem ser atendidos: os critérios de classificação devem ser objetivos, a quantidade de interessados deve ser suficiente para garantir uma concorrência real e o número mínimo nunca pode ser inferior a três interessados.

De outra forma, segundo a Lei 14.133/2021, todos os candidatos que atenderem aos critérios de pré-seleção restarão habilitados. E não é possível conceber que referida regra seja mitigada por edital ou mesmo pelo decreto que deve regulamentar a lei, haja vista que a limitação do número de competidores exigiria observância ao princípio da legalidade estrita.

⁴⁴ Artigo 3º. Diálogo concorrencial. (...) Só podem participar no diálogo os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas. As autoridades adjudicantes podem limitar o número de candidatos convidados a participar no procedimento nos termos do artigo 65º. (...).

Artigo 65º Redução do número de candidatos qualificados que são convidados a participar. (...) Nos concursos limitados, o número mínimo de candidatos não pode ser inferior a cinco. Nos procedimentos concorrenciais com negociação, no procedimento de diálogo concorrencial e nas parcerias para a inovação, o número mínimo de candidatos não pode ser inferior a três. Em qualquer caso, o número de candidatos convidados deve ser suficiente para garantir uma concorrência real.

Terminada a fase de pré-seleção, com a consequente habilitação técnica de todos os candidatos que preencherem as exigências, passa-se à fase que consubstancia a verdadeira inovação da modalidade licitatória: os diálogos.

5.6. *Diálogos*

Os diálogos entre a Administração Pública e os licitantes pré-selecionados representam a essência e o caráter distintivo dessa modalidade licitatória. Aqui, a partir da cooperação da iniciativa privada, em diálogos diretos com a comissão que representa a unidade licitante, a solução a ser licitada, as especificações do objeto, a conformação jurídico-financeira da minuta de contrato serão delineadas.

O art. 32, §1º, incisos III a VIII detalha as regras para essa fase:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

Embora não haja previsão expressa, é possível depreender das disposições legais que o diálogo entre o licitante pré-selecionado e a Administração será individual e, até o fim dessa fase, reservado. Isso porque o sigilo das soluções técnicas é garantia conferida ao particular e, como previsto no inciso IV do §1º do art. 32, “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento.”

Esse caráter sigiloso dos diálogos, apenas excepcionado quando o particular autoriza a divulgação de informações, é elemento essencial para a atratividade e sucesso da modalidade licitatória. É natural considerar que para a construção coletiva e dialógica da solução a ser licitada, os particulares pré-selecionados sejam incentivados a apresentar propostas técnicas de maior valor intrínseco quando lhes garantido o sigilo de suas melhores ideias.

A despeito da maior flexibilidade dessa fase, por óbvio não se pode perder de vista a obrigação de tratamento isonômico de todos os participantes do certame, além da observância aos princípios da impessoalidade, da moralidade, do interesse público e da probidade administrativa, expressos no art. 5º da Lei 14.133/2021. O art. 32, no inciso III, não peca pela repetição ao estabelecer vedação à “divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante”.

Nada obstante, a nova norma não deixou completamente às escuras referidos encontros entre a Administração e os licitantes pré-selecionados. Segundo o inciso VI do art. 32, “as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo”. Não há discricionariedade quanto a essa formalização e a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo (inciso VIII do art. 32).

Pelo texto legal, também não há limite temporal ou de número de reuniões para a fase de diálogo. Ela poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades, como prevê o inciso V do §1º do art. 32.

Esse dispositivo é esclarecedor ao dispor que a Administração identificará “a solução ou as soluções” a serem levadas à fase competitiva. Vale notar, assim, que para atender às finalidades originais da contratação, é possível que a unidade licitante admita na fase concorrencial a apresentação de apenas uma ou de várias alternativas capazes de atender às suas necessidades. O desafio, no caso de uma concorrência com várias soluções admissíveis, é estabelecer o justo critério de julgamento, como será abordado em tópico específico.

Registre-se que não há na lei previsão de contestação específica à decisão que admite ou inadmite uma solução. Em tais situações, aplicar-se-á o previsto no art. 165, II, da Lei 14.133/2021, que diz respeito ao pedido de reconsideração a ser interposto contra ato do qual não caiba recurso hierárquico. E a medida recursal genérica, a ser apreciada pela própria

comissão de contratação e não pela autoridade competente, se mostra compatível com a natureza dessa fase dialógica, mais dinâmica e focada na solução a ser escolhida.

Ainda que forçoso admitir como prejudicial ao particular a rejeição da solução que ele propõe, tal decisão não lhe impõe exclusão do certame. Ademais, trazer à fase de diálogo possibilidades recursais amplas poderia comprometer a celeridade e, por isso, desde que devidamente motivada e fundamentada por critérios objetivos, coaduna-se com a própria essência dessa modalidade licitatória conferir maior discricionariedade à comissão licitante na seleção das alternativas a serem licitadas, inclusive para rejeição de soluções que eventualmente considerar inadequadas.

Outro aspecto a merecer destaque advém do inciso VII do art. 32, que estabelece a possibilidade de realização de fases sucessivas, cada qual passível de restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas. Essa é mais uma disposição importada da Diretiva 2014/24/EU, que no artigo 30 estabelece que “Os diálogos concorrenciais podem desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de soluções a debater durante a fase de diálogo (...)”.

A escolha da Administração pela realização de subfases sucessivas no âmbito do diálogo, além de prevista desde a origem no instrumento convocatório de pré-seleção de licitantes, deve ser realmente necessária em face das necessidades a serem atendidas, eis que tende a tornar ainda mais complexa e potencialmente mais demorada essa fase de escolha da alternativa a ser licitada.

Essa segunda fase do certame encerra-se com a eleição da solução ou das soluções, devendo a Administração, após registrar no processo as negociações conduzidas, divulgar o edital de convocação de todos os licitantes previamente selecionados para a fase competitiva.

5.7. *Fase competitiva*

Novo edital é publicado pela unidade licitante para iniciar a fase competitiva. Nessa, agora com o objeto suficientemente definido, os licitantes pré-selecionados apresentarão propostas e concorrerão pelo contrato. Reitere-se, portanto, que a fase concorrencial ocorre apenas entre os interessados pré-selecionados.

Um elemento a se considerar é que a Lei 14.133/2021 não estabeleceu regras para exclusão de licitantes que, embora previamente selecionados, não tenham participado de forma ativa da fase de diálogos, cooperando para a definição da solução.

LIMA DE OLIVEIRA (2021) defende a possibilidade de exclusão do certame do particular que em nada colaborou na fase de diálogo⁴⁵:

Nesse prumo, é juridicamente adequado que o instrumento convocatório que chama os interessados para a pré-seleção (art. 32, §1º, I, da nova lei) traga os requisitos mínimos da solução aceitável. Tais elementos deverão ser hábeis para identificar uma eventual postura de desídia com o propósito de fraudar o certame. É dizer, a ausência de um nível mínimo de dedicação na construção da solução configura uma conduta fraudulenta apta a excluir o competidor da licitação, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Assim, o edital deve impor para o licitante o seu compromisso de contribuir na elaboração das alternativas viáveis para a satisfação da necessidade pública.

Com efeito, ofenderia à finalidade precípua do diálogo competitivo a participação na fase concorrencial de particular que, apesar de pré-selecionado, em nada cooperou com a construção do objeto a ser licitado. Esse último é o fim principal da modalidade licitatória e é possível sustentar que a legitimação para figurar entre os concorrentes passa não apenas pelo atendimento aos critérios de seleção iniciais, mas também pela postura ativa e produtiva na construção da solução que atende aos interesses da Administração.

Ao definir os crimes em licitações e contratos administrativos, por exemplo, a Lei 14.133/2021 estabeleceu a “Omissão grave de dado ou de informação por projetista”, assim enquadrada a conduta de omitir ou modificar informação relevante, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa, seja em projetos ou mesmo em diálogo competitivo.

Defende-se, nesse trabalho, que o edital da fase de pré-seleção deve impor ao licitante o compromisso de contribuir na elaboração das alternativas viáveis para a satisfação da necessidade pública, sob pena de exclusão do certame e consequente vedação à participação na fase competitiva.

Por certo a eventual exclusão de licitantes “desidiosos” depende de previsão no edital de pré-seleção e de estabelecimento de critérios objetivos para enquadramento das possíveis condutas, a fim de nivelar expectativas e não assumir discricionariedades excessivas e indesejadas no certame. Outrossim, além de vedada a desídia do licitante pré-selecionado, igualmente seria ilegítimo compreender que apenas o autor da solução escolhida seja considerado como efetivamente participante da fase de diálogo.

Para a fase competitiva, as disposições do art. 32, §1º, incisos VIII a X são as seguintes:

⁴⁵ LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abril 2021. Pág. 30.

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

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

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

O edital da fase competitiva é resultado de todo o processo de diálogo transcorrido. Nele, portanto, estará indicada a especificação da solução ou das soluções aptas a atender às necessidades da Administração. A depender da natureza da contratação, se obra, serviço ou aquisição de bens, o anteprojeto/projeto básico ou o termo de referência deverão estar presentes com todos os elementos exigidos por lei. De forma geral, exigir-se-á integral atendimento ao art. 6º, incisos XXIII, XXIV ou XXV.

Para a contratação de bens e serviços, o edital da fase competitiva deve contemplar a definição do objeto e descrição da solução como um todo, quantitativos, prazo do contrato, fundamentação da contratação, modelo de execução, critérios de medição e de pagamento e estimativas de valor. Tratando-se de obra, o projeto básico deve indicar o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação. Se adotada a contratação integrada, o anteprojeto deve conter todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, aí incluída a demonstração e justificativa do programa de necessidades, condições de solidez, de segurança e de durabilidade, prazo de entrega, levantamentos preliminares, estética do projeto de engenharia e memorial descritivo dos componentes construtivos.

Também devem constar do edital da fase competitiva os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. De acordo com o inciso X do § 1º do art. 32, a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, mas o texto legal não fixa qual dentre os critérios de julgamento do art. 33 da lei deve ser escolhido. Por conclusão, é possível afirmar que há margem de discricionariedade para a unidade licitante.

LIMA DE OLIVEIRA (2021) defende que “não é adequado para o julgamento do diálogo competitivo o uso de critérios de julgamento das propostas que se baseiem apenas no

aspecto financeiro”⁴⁶, porque o julgamento baseado exclusivamente no lado financeiro da proposta acabaria não cumprindo o mandamento legal de “seleção da proposta mais vantajosa” (art. 32, §1º, VIII e X). O mesmo autor advoga que “o julgamento das propostas no diálogo competitivo é completamente incompatível com o critério de menor preço ou maior desconto, sendo adequado para a definição da proposta mais vantajosa nessa modalidade o uso de técnica e preço”.

Novamente em comparação com a Diretiva de 2014/24/EU, constata-se que a norma europeia estabeleceu que o critério de julgamento das propostas no diálogo competitivo será necessariamente o da melhor relação qualidade e preço.

Nesse trabalho defende-se que há certa discricionariedade do gestor público para definição do critério de julgamento, com fundamento no inciso X do § 1º do art. 32 da Lei 14.133/2021, que estabelece que a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva. Além disso, tal discricionariedade é necessidade prática que se impõe, pois, a depender da natureza da contratação e do objeto licitado, critérios de julgamento de caráter apenas financeiro ou que contemplem técnica e preço podem ser os mais adequados.

Isso porque, quando a fase de diálogo levar à definição detalhada da solução a ser contratada, afastando a possibilidade de apresentação de soluções técnicas substancialmente diferentes pelos licitantes, um critério de julgamento baseado em técnica perde relevância. Nesses casos, critérios de julgamento pelo menor preço ou maior retorno econômico (se a intenção for assinar um contrário de eficiência) podem ser os mais adequados. Importante destacar que o § 1º do art. 36 aduz que o julgamento por técnica e preço “será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração”.

A *contrario sensu*, quando a solução que atenda às necessidades da Administração comportar relevante variabilidade técnica, capaz de alterar as propostas apresentadas pelos licitantes e conseqüentemente os benefícios auferidos pela unidade contratante, como ocorreria em uma contratação integrada, pode se mostrar mais adequado um critério de julgamento por técnica e preço, que considere a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores

⁴⁶ LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abril 2021. Pág. 34.

objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. Idêntica lógica pode ser aplicada quando a Administração selecionar, ao fim da fase de diálogo, mais de uma solução capaz de atender às suas necessidades.

Por fim, selecionada a proposta mais vantajosa com base nos critérios definidos no edital que inaugura a etapa competitiva, cabe à comissão de contratação encaminhar os autos para a autoridade competente, a fim de que ela adjudique e homologue a licitação, nos termos do art. 71, IV, da Lei 14.133/2021.

6. CONCLUSÃO

A eficiência, enquanto princípio constitucional, exige da Administração Pública uma atuação cada vez mais alinhada com os anseios e necessidades da sociedade. Incabível considerar legítima, nos tempos atuais, uma atuação pública focada em si mesma, que não entregue à sociedade bens e serviços úteis e de qualidade, a realizar, quando muito, o interesse da própria Administração e não o interesse público que lhe deve sobrelevar.

Nesse propósito, a Administração de Resultados deve alinhar-se, em cada medida tomada, aos pressupostos de eficiência, eficácia e efetividade, otimizando as estruturas existentes e valendo-se de novos instrumentos legais, a exemplo daqueles previstos na recente Lei 14.133/2021 – norma geral de licitações e contratos da Administração Pública.

Este trabalho, após apresentar pressupostos associados ao princípio constitucional da eficiência e o compromisso que ele implica na atuação estatal, analisou três instrumentos da nova norma de licitações e contratos diretamente associados ao referido princípio.

Em um primeiro momento, detalhou-se a possibilidade prevista em lei de adoção de um regime de execução contratual que prevê remuneração variável para o particular contratado, vinculada ao desempenho. No capítulo específico foram abordados aspectos sensíveis desse instituto, como a obrigatoriedade de prévia motivação, os parâmetros admissíveis na aferição do desempenho do contratado, a sistemática de pagamentos com base em percentual da economia gerada e as possíveis interpretações jurídicas para o limite orçamentário nesse tipo de ajuste.

É possível concluir que a remuneração por desempenho tem importante potencial de elevar o benefício auferido pela Administração Pública em suas contratações, pois é forma de execução contratual que implicitamente apresenta incentivo à melhor atuação possível do contratado. Exige da unidade gestora definição consistente dos parâmetros mínimos a serem atendidos, para evitar enriquecimento injustificado do particular. Pressupõe, igualmente, consistente definição das bases de variação da remuneração do contratado tendo por parâmetro acréscimos proporcionais das vantagens propiciadas à Administração. De toda forma, são amplas as possibilidades de aplicação, como em obras, serviços e fornecimentos, com a destacada vantagem de induzir desempenhos ótimos do qual podem se apropriar contratado e contratante.

Na sequência, o instrumento legal abordado foi o contrato de eficiência. Descreveu-se a característica principal dessa espécie de contratação, que pressupõe a assunção de relevante parcela de risco pelo particular, tendo em vista que ele é remunerado a partir da economia que proporciona à Administração Pública contratante. Foram detalhados os objetos passíveis dessa contratação, a natureza das despesas a serem reduzidas, a obrigatoriedade de utilização do critério de julgamento do maior retorno econômico e quais são os elementos relacionados às propostas de trabalho e de preço, que devem ser apresentadas pelos licitantes interessados nessa espécie de contratação. Outros dois aspectos do contrato de eficiência também foram detalhados, relacionados às consequências do não atingimento da economia prevista e à duração desse tipo de ajuste.

Conclui-se que o contrato de eficiência é instrumento com balizas bastante delineadas pela lei e que encontra aplicação em cenários nos quais a Administração Pública pretende reduzir despesas correntes. Com esse propósito, a atuação da iniciativa privada possui relevante potencial de incremento à eficiência estatal, com ganhos recíprocos aos signatários do ajuste.

O derradeiro capítulo deste trabalho tratou da modalidade licitatória inaugurada pela Lei 14.133/2021, o diálogo competitivo. Para a adequada compreensão do contexto fático e jurídico que permeia a modalidade, foram traçados elementos gerais sobre uma Administração Pública consensual e dialógica, que ajuda a explicar a base conceitual da disposição legislativa. Além disso, foram explicadas as origens do diálogo competitivo, que em grande parte é instituto jurídico importado do direito europeu.

Sobre o mesmo tema, este trabalho abordou aspectos conceituais do diálogo competitivo, desde as regras sobre as especificidades dos objetos passíveis dessa modalidade licitatória até os detalhes de cada uma de suas fases, como a etapa de pré-seleção, de diálogos e a de efetiva competição.

Por conclusão, pode-se afirmar que o diálogo competitivo se destaca como instrumento inovador para aproximar a Administração Pública do parceiro privado na busca por soluções ótimas para atender a necessidades complexas, que exigem custosa definição do objeto a ser licitado. A modalidade licitatória é exemplo de instrumento normativo que concretiza a consensualidade na Administração Pública, nesse caso específico voltada à construção de licitações e contratos administrativos mais assertivos, modernos, eficientes, aptos à satisfação do interesse público.

Os três instrumentos jurídicos aqui analisados, por certo, estão permeados de desafios para aplicação. O potencial de concretização da eficiência estatal e da maximização de resultados que eles detêm está acompanhado por ineditismo e entraves burocráticos históricos a lhes retirar atratividade.

Exatamente por isso foram escolhidos como objeto deste trabalho, para que sejam somados esforços na compreensão jurídica de cada um deles e, assim, sejam reduzidos, o quanto possível, os percalços e as adversidades daqueles gestores públicos que ousam otimizar sua atuação e oferecer à sociedade resultados cada vez melhores.

Em uma licença final para conclusão do trabalho: “Quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização” - Gilberto Bercovici

REFERÊNCIAS

BAETA, A. P. Orçamento e Controle de Preços de Obras Públicas. Regime Diferenciado de Contratações Públicas aplicado às licitações e contratos de obras públicas. 2ª ed. São Paulo: Pini, 2014.

_____ (2016). Curso Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Aula 8: Remuneração Variável e Contratos de Eficiência. Tribunal de Contas da União. Instituto Serzedello Corrêa. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (34th edição). Grupo GEN, 2020.

Brasil. Lei 8.666/1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 01/09/2021.

_____ (2004). Lei 11.079/2004. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em 01/09/2021.

_____ (2011). Lei 12.462/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 01/09/2021.

_____ (2021). Lei 14.133/2021. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm>. Acesso em 01/09/2021.

_____ (2011). Decreto 7.581/2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em 01/09/2021.

_____ (1998). Exposição de Motivos da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoodemotivos-148914-pl.html>>. Consulta em 22/06/2021.

_____ (2002). Exposição de Motivos da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-exposicaodemotivos-150131-pl.html>. Consulta em 23/06/2021.

DANTAS, Bruno. Revista Jurídica da Presidência. Brasília. v. 22 n. 127 Jun./Set. 2020 p. 261-280.

DI BELLO, Rafael Carneiro; BAETA, André; URURAHY, Luiz Fernando. Remuneração variável nas obras submetidas ao regime diferenciado de contratações públicas – RDC. XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas. Vitória, Espírito Santo. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Pág. 114. 29.ed. Rev, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ao RDC: (Lei nº 12.462/2011 e Decreto nº 7.581/11). São Paulo: Dialética, 2013.

LIMA, Diogo Leonardo Rocha de. Remuneração Variável na Contratação de Obras Rodoviárias. Instituto Serzedello Corrêa, Tribunal de Contas da União, Centro de Formação de Recursos Humanos em Transportes, Universidade de Brasília. Brasília, 2018.

LIMA DE OLIVEIRA, Rafael Sérgio. O diálogo competitivo brasileiro. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 67-106, abril 2021.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A Administração Pública Consensual e a Democratização da Atividade Administrativa. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS. Volume 16. Número 31. Jan/Julho 2014. Disponível em https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf. Consulta em 23/09/2021.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo – 15ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2002. p. 102.

MENDES, André. Aspectos Polêmicos de Licitações e Contratos de Obras Públicas. São Paulo: Pini, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____ (2008). Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____ (2014). Curso de Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (16th edição). Grupo GEN, 2014.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública consensual: legalidade versus eficiência. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, maio/jun 2017. Disponível em <<https://www.procuradoria.go.gov.br/files/ArtigosPRO/Marcilio/Artigo4.pdf>>. Consulta em 23/09/2021.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Critérios de julgamento. Disponível em <Critérios de julgamento na Nova Lei de Licitações - Observatório da Nova Lei de Licitações (novaleilicitacao.com.br)>. Consulta em 10/09/2021.

PORTELA, Marilda. Nova Lei de Licitações. Migalhas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/308223/nova-lei-de-licitacoes>. Consulta em 23/06/2020.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael C. Princípios do Direito Administrativo, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011). *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 56, out. 2011, p. 4. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

_____ (2012). Remuneração variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). *Biblioteca Digital Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, nov./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=76865>>. Acesso em: 30 fevereiro 2012.

STF. Supremo Tribunal Federal (2020). ATA Nº 16, de 29/05/2020. DJE nº 141, divulgado em 05/06/2020. Disponível em <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4131802>>. Acesso em 30/06/2021.

TCU. Tribunal de Contas da União (2013). Acórdão 3.614/2013-Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada/pagamento%2520antecipado/%2520/sinonimos%253Dtrue>. Consulta em 06/07/2021.

_____ (2020). BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. Resolução 315/2020. Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A315%2520NUMANOATO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252CNUMATOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ee4d0190-96e6-11ea-b39d-7744880a9168. Consulta em 24/09/2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/EU 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 <DUMMY (europa.eu)>. Consulta em 27/09/2021.