

A COMPETITIVIDADE EM LICITAÇÕES VIS-À-VIS A PARTICIPAÇÃO DE PARTICULARES NA FASE DE PLANEJAMENTO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA, COM CONTEXTUALIZAÇÃO DE INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

Competitiveness in bids vis-à-vis the participation of private individuals in the planning phase of public contracts: an analysis of law and economics, with a contextualization of innovations brought about by Federal Law nº. 14.133/2021

Fernando de Souza Lopes¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Planejamento e Modelagem das Contratações Públicas; 3. Eventual Insuficiência Técnica da Administração Contratante; 4. Cooperação Privada na Fase Preparatória de Contratações; 4.1 Aspectos Negativos; 4.1.1. Assimetria de Informações; 4.1.2. Custo de Oportunidade; 4.1.3. Práticas Anticoncorrenciais; 4.1.3.1. Registro (ou reserva) de oportunidade; 4.1.3.2. Cartel *hub-and-spoke*; 4.2. Aspectos Positivos; 5- Boas Práticas Administrativas Sugeridas; 5.1. Motivação Circunstanciada da Decisão; 5.2. Garantia à Transparência da Atividade Administrativa; 5.3. Maior Importância do Levantamento de Mercado; 5.4. Exaustão na Pesquisa de Preços; 5.5. Padronização da Descrição (Nomenclatura) do Objeto; 5.6. Esforço para Escolha de Soluções “Abertas”; 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo trata da participação de particulares no planejamento de contratações públicas, ou seja, ainda na sua fase preparatória, e os possíveis reflexos disso à competitividade das respectivas licitações, inclusa a abordagem a inovações trazidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 em tal contexto. Inicialmente, busca-se identificar no ordenamento jurídico a incumbência das organizações públicas em planejar, modelar e definir o objeto dos contratos de que necessitam, para, em seguida, considerar, como uma alternativa disponível à autoridade administrativa, a cooperação da iniciativa privada nas hipóteses em que a Administração, por seus próprios meios, não reunir condições técnicas necessárias para exercer essa tarefa com precisão suficiente ou, ainda, não puder definir a solução mais adequada para o atendimento de suas necessidades. A partir daí, tendo em conta a mudança de perspectiva do legislador, que antes desconfiava da iniciativa privada e agora admite sua atuação na fase preparatória de procedimentos licitatórios, consoante as disposições da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o objetivo deste trabalho passa a ser inferir se o indigitado auxílio privado, sob a análise de Direito e Economia, traz aspectos negativos ou positivos (ou ambos), bem assim sugerir, tanto o quanto possível, procedimentos e/ou práticas administrativas destinadas a balizar a participação de particular(es) no planejamento de uma contratação pública, afastando-se ou, pelo menos, mitigando-se prejuízos à competitividade do correspondente certame.

Palavras-chave: Planejamento de contratações públicas. Definição de soluções. Participação de particulares. Competitividade em licitações. Nova lei de licitações e contratos administrativos. Cautelas diante da cooperação privada.

¹ Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE/SP). Graduado em Direito pela Universidade Bandeirante de São Paulo e em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública - Curso de Formação de Oficiais (CFO) - pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco.

ABSTRACT This article deals with the participation of private individuals in the planning of public contracts, i.e. in their preparatory phase, and the possible effects this may have on the competitiveness of the respective tenders, including the approach to innovations brought about by Federal Law nº 14.133/2021 in this context. Initially, the aim is to identify in the legal system the responsibility of public organizations to plan, model and define the subject matter of the contracts they need, in order to then consider, as an alternative available to the administrative authority, the cooperation of the private sector in cases where the Administration, by its own means, does not have the necessary technical conditions to carry out this task with sufficient precision or is unable to define the most appropriate solution to meet its needs. From this point on, taking into account the change in perspective of the legislator, who previously distrusted the private sector and now admits its involvement in the preparatory phase of bidding procedures, in accordance with the provisions of the New Law on Bids and Administrative Contracts, the aim of this work is to infer whether the aforementioned private aid, under the analysis of Law and Economics, brings negative or positive aspects (or both), as well as suggesting, as much as possible, procedures and/or administrative practices designed to guide the participation of private individuals in the planning of a public contract, thus avoiding or at least mitigating damage to the competitiveness of the corresponding bidding process.

Keywords: Public procurement planning. Definition of solutions. Private participation. Competitiveness in tenders. New law on bids and administrative contracts. Cautions regarding private cooperation.

1. INTRODUÇÃO

Diante da incumbência fixada pelo nosso ordenamento jurídico à Administração Pública, no sentido de, em síntese, competir-lhe o atendimento dos anseios da sociedade – na busca incessante pelo *interesse público* –, revela-se imprescindível a adequada realização de contratações em diversas frentes com o fito de garantir que atividades administrativas sejam realizadas com eficiência e efetividade.

Em tal cenário destaca-se a substancial importância do planejamento das contratações públicas, que, além de exigir conhecimento técnico compatível com o objeto almejado, baseia-se em circunstâncias factuais de mercado, que, sem prejuízo a outras representações, se referem à interdependência entre (i) a definição precisa da demanda administrativa e (ii) a oferta existente/disponível, tudo sem jamais perder de vista o dever inarredável de se alcançar o resultado de contratação mais vantajoso possível.²

² Após anos tendo como uma das “finalidades básicas” da licitação “selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”, consoante o disposto no artigo 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, hoje verificamos que o legislador preferiu indicar como um dos “objetivos” do processo licitatório “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública”, nos termos do artigo 11, inciso I, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 nov. 2021. BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021** (NLLC).

Consoante tal inteligência, há de se reconhecer que a deficiência de um contrato administrativo – ainda que da sua análise individualizada não resulte vulto expressivo *in concreto* – seria sim suficiente para gerar relevantes impactos institucionais, dada a negatividade perversa que traz aos resultados socialmente exigidos, ao erário e à própria imagem do Estado.

A preocupação se torna ainda mais contundente nos casos em que o Poder Público, por seus próprios meios, não dispõe de cabedal técnico suficiente para bem modelar e preparar a contratação de que necessita. E de fato, a Administração, não raras vezes, é incapaz de confeccionar termos de referência, projetos básicos ou documentos quejandos suficientes para definir, com a exatidão requerida, o objeto que demanda contratar e/ou, ainda, compatibilizá-los com as práticas comerciais vigentes em dado tempo e espaço.

Assim, justamente para tentar afastar deficiências em contratos públicos que decorram de falhas na modelagem e no planejamento, acaba surgindo ao gestor público, como uma alternativa, a participação de particulares – possuidores de *expertise* no mercado em que se insere o objeto perseguido pela Administração contratante – no momento pré-contratual, antes mesmo da própria deflagração do certame licitatório.³

Em ladeamento a isso, identifica-se hoje no ordenamento jurídico pátrio, com o advento da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021⁴, algumas inovações – e.g., a modalidade de licitação *diálogo competitivo*⁵ – com possibilidade de dar relevo a aspectos jurídicos e econômicos relacionados às contratações públicas quando a Administração, pelas razões já vistas, mostrar-se inclinada a se valer do auxílio de particulares na fase interna da licitação.

Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

³ Considera-se uma licitação “aberta a todos os interessados” a partir da fase externa do certame, que se inicia com publicidade do ato convocatório, levada a efeito pela publicação, em Diário Oficial e jornal de grande circulação, do “aviso contendo o resumo do edital” – dicção do artigo 21 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (*Idem.*, 1993) – ou, em outras palavras, do “extrato do edital” – conforme o artigo 54, § 1º, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (*Idem.*, 2021), norma legal esta que acrescentou a obrigatoriedade de divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), nos termos do *caput* do mesmo dispositivo citado.

⁴ Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Tem sido batizada como a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos” – NLLC.

⁵ Trata-se de 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 – conceito este trazido pelo artigo 6º, inciso XLII, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (*Ibid.*).

2. PLANEJAMENTO E MODELAGEM DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Numa visão ampla da atuação do Poder Público, Oliveira⁶ aponta o *planejamento* como uma ferramenta administrativa fundamental para as escolhas racionais das prioridades públicas, dada a pluralidade de interesses públicos, que devem ser satisfeitos pelo Estado, e a escassez de recursos financeiros.

Já em uma abordagem mais específica às contratações públicas, como exposto na introdução deste trabalho, há de se enfatizar que o atendimento aos anseios da sociedade pela Administração Pública demanda, sem dúvidas, a aquisição de todo instrumental necessário, bem assim a contratação de serviços e obras, intimamente ligadas ao exercício das atribuições institucionais dos órgãos e entidades do Estado, o que conduz, invariavelmente, à formalização de inúmeros contratos administrativos, cuja regularidade será sempre exigida para se honrar o dever incessante de se promover o interesse geral.

Para efetuar contratações, as organizações públicas necessitam efetuar *levantamento de mercado* para identificar quais soluções existentes são capazes de atender às suas necessidades, levando-se em conta vários aspectos (e.g., requisitos e especificações técnicas, aspectos de economicidade e de eficiência, além de outros), a fim de servir de base para a elaboração dos elementos que compõem o planejamento da contratação, no que se inclui, sem dúvidas, a definição precisa do objeto da licitação.

Assim, o dever estatal de *planejamento* de suas contratações pressupõe a elaboração prévia de termos de referência, projetos básicos, memoriais descritivos etc. – independente da denominação que venham a receber – aptos a indicar de modo conciso e claro todos os aspectos que se relacionam ao objeto que se busca contratar.

Seja em termos econômicos, seja em termos técnicos – para fins de atender efetivamente à necessidade da Administração e, por conseguinte, do cidadão –, o *planejamento* das contratações públicas configura-se como uma fase de imensa relevância para o êxito de qualquer contratação.⁷

Inclusive, cumpre consignar que, consoante a dicção do seu artigo 5º, a NLLC⁸ elevou o *planejamento* ao patamar de princípio expresso.

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018, p. 553.

⁷ BORGES, Gabriela Lira. Considerações sobre o Planejamento das Contratações Públicas e os Estudos Técnicos Preliminares à luz da IN 40/2020. **Inove**. Curitiba, 13 out. 2020. Disponível em: <https://inovecapacitacao.com.br/consideracoes-sobre-o-planejamento-das-contratacoes-publicas-e-os-estudos-tecnicos-preliminares-a-luz-da-in-40-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

⁸ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 nov. 2021).

Diante de tal inovação legislativa, Justen Filho conceitua o sobredito princípio da seguinte maneira:

O princípio do planejamento significa o dever de previsão das ações futuras, abrangendo inclusive eventos não relacionados diretamente à atuação administrativa, de modo a adotar as providências mais adequadas e satisfatórias para a realização das finalidades pretendidas. O princípio do planejamento compreende uma pluralidade de atuações diversas, que se desenvolvem de modo organizado e sistemico.⁹

Ademais disso, reconhece o renomado autor¹⁰ que o *planejamento* é essencial e indispensável para a gestão eficiente dos recursos públicos e para a obtenção de contratações satisfatórias e bem executadas, identificando inclusive que a NLLC¹¹ pressupõe ser tal ferramenta administrativa capaz de neutralizar os defeitos fundamentais das contratações públicas, que são a ineficiência e a corrupção.

Afere-se, portanto, que o legislador – diferentemente do que ocorreu com a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993¹² – deu bastante destaque na NLLC¹³ à *fase preparatória* da licitação (e, por via de consequência, da própria contratação dela decorrente), demonstrando-se deveras preocupado ao indicar ao gestor público diversas providências nesta seara, como, por exemplo, (i) o dever de abordagem a todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que possam interferir na contratação¹⁴ ou, até mesmo, (ii) a elaboração de *estudo técnico preliminar* (ETP).¹⁵

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 127.

¹⁰ *Ibidem*, p.331.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

¹² BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

¹³ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

¹⁴ Em conformidade com a dicção do artigo 18, *caput*, da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, “a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação [...]” (*ibid.*).

¹⁵ Dentre as providências relativas à fase preparatória da licitação, trazidas expressamente pela Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, verifica-se, nos termos do seu artigo 18, inciso I, “a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido” (*ibid.*). Destaca-se, contudo, que a elaboração de ETP não é novidade para a Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, pois, anteriormente à previsão da NLLC sobre o tema, já havia orientação nesse sentido, conforme a Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020. BRASIL. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo

Em breve “parêntese”, cumpre salientar que a obrigatoriedade – como regra – da realização de *estudo técnico preliminar* (ETP) enrijece substancialmente a praxe administrativa nas hipóteses em que a formalização da demanda já teria condições de indicar no seu bojo o que se quer contratar,¹⁶ bem assim o regramento que atribui, no âmbito do Estado de São Paulo, a definição de como atender à necessidade da Administração à deliberação da autoridade competente.¹⁷

Entretanto, isso tudo não significa que o regime jurídico anterior¹⁸ tenha se omitido em tal mister. Apenas não garantiu o idêntico destaque que a nova Lei Geral deferiu ao tema.

Aliás, no particular da definição do objeto a ser licitado e contratado, merecem aqui registro as disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Brasil, 1993), contidas no artigo 6º, inciso IX¹⁹, artigo 7º, § 2º, inciso I²⁰,

Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal [...]. Brasília, DF: DOU, 2020.

¹⁶ “Na NLLC a formalização da demanda pela Administração não se confunde com o ETP, antecedendo-o. Tampouco o ETP se confunde com o anteprojeto, termo de referência ou projeto básico, sendo, na realidade, o documento que sustentará a elaboração desses, caso se conclua pela viabilidade da contratação”. Cf.: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 2021, p. 19.

¹⁷ Cita-se, *vg.*, o disposto no artigo 3º do Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002, que confia “[...] ao Secretário de Estado, ao Procurador Geral do Estado, ao Superintendente de Autarquia, ao Chefe de Gabinete e aos dirigentes de unidades orçamentárias, nas licitações realizadas na modalidade de pregão cujo valor estimado da contratação seja igual ou superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais): I - autorizar a abertura da licitação, justificando a necessidade da contratação; II - definir o objeto do certame [...]” [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002**. Dispõe sobre o Pregão, a que se refere a Lei Federal nº 10.520/02. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-47297-06.11.2002.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.].

¹⁸ A Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC, conforme seu artigo 193, inciso II, determina a revogação da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos artigos 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, somente após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação oficial. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

¹⁹ “Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]”. Brasil. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

²⁰ “Art. 7º. [...] § 2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório [...]”. (*ibid.*).

artigo 14²¹ e artigo 15, § 7º, inciso I²², bem assim a regra prevista, por sua vez, no artigo 3º, incisos I e II²³, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, visto que evidenciam a opção legislativa – no antigo regime jurídico – de recair com exclusividade à própria autoridade do órgão ou entidade que promove a despesa a precisa e suficiente definição do objeto que será contratado.

Nesse exato sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), sintetizando o procedimento de contratação pública em manual de sua autoria, aduz que à Administração cabe identificar sua necessidade e a solução mais adequada, elaborar o projeto básico ou termo de referência e a minuta do contrato, para então selecionar o fornecedor capaz de executar tal solução pelo menor preço.²⁴

Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “a Administração tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, o que inclui a descrição das características necessárias à qualidade satisfatória”.²⁵

Em raciocínio similar, o Tribunal de Contas da União (TCU) possui o seguinte entendimento sumulado:

Súmula TCU 177: A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.²⁶

²¹ “Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.” (ibid.).

²² “Art. 15. [...] § 7º. Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca [...]”. (Ibid.).

²³ “Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...] I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame [...]; II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição [...]”. Cf.: BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, [...] modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

²⁴ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). **Licitações e Contratos: Principais Aspectos da Fase Preparatória e Gestão Contratual**. São Paulo: TCESP, 2020, p. 13. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/licitacoes-e-contratos-principais-aspectos-fase-preparatoria-e-gestao-contratual>. Acesso em: 05 nov. 2021.

²⁵ apud. NOHARA, Irene Patrícia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, v.6, 2019, p. 35-315.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula nº 177**. Ata 80/1982 – Plenário. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF: TCU, 1982. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/177>. Acesso em: 05 nov. 2021.

Tal entendimento vem sendo ressaltado pelo próprio TCU, a exemplo do contido em publicação de sua lavra acerca de orientações e jurisprudência, no sentido de recomendar, *v.g.*, que a Administração Pública “defina o objeto de forma precisa, suficiente e clara, não deixando margens a dúvidas, sob pena de comprometer o caráter competitivo do certame [...]”.²⁷

Vale ainda dizer que a *fase preparatória* da licitação, com acurado planejamento daquilo que se almeja contratar, mostra-se à Administração e aos futuros licitantes como fator imprescindível para a avaliação dos custos e para a definição dos métodos e prazos envolvidos na execução do objeto do contrato.²⁸

3. EVENTUAL INSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE

No entanto, essa definição *precisa, suficiente e clara*, a cargo da Administração, quanto ao objeto que será contratado – indicada pelo legislador e reforçada tanto pela doutrina como pelas Cortes de Contas, *como visto alhures* –, que abrange também todas as regras que nortearão sua futura execução, nem sempre encontra perfeita subsunção à realidade dos órgãos e entidades administrativas, pois eventualmente podem se ver incapazes, tecnicamente, de bem definir sozinhos a solução que necessitam contratar.

A verdade é que não se pode culpar as organizações públicas por terem dificuldades em levantar e entender requisitos técnicos nas mais variadas frentes de contratação que necessitam se enveredar, haja vista ser comum a falta de transparência, multiplicidade de alternativas e frequente alteração dos modelos contratuais existentes no mercado.²⁹

Nem sempre as organizações administrativas possuem equipes com as competências técnicas necessárias e/ou com a quantidade adequada de pessoas para tratar de todas as suas contratações, o que se agrava, normalmente, com as limitações das ferramentas de pesquisa para encontrar contratos similares da própria Administração (*e.g.*, falta de padronização na descrição/nomenclatura dada ao objeto) e com os obstáculos para obtenção de informações suficientes diante de eventual complexidade e falta de transparência do mercado de interesse.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos**: Orientações e Jurisprudência do TCU. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010. p. 264. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

²⁸ NOHARA, Irene Patrícia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**: Licitação e contratos administrativos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 6, p. 35-315, p. 163.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

Consoante tal inteligência, cumpre registrar que:

[...] a especialização dos agentes privados deste mercado [de contratações públicas] jamais poderia ser alcançada pelo Estado, que cotidianamente contrata uma infinidade de bens e serviços de empresas diversas, cada qual especializada em sua respectiva atividade.³⁰

Em consequência, à vista da regularidade do planejamento de contratações, da instrução de processos de despesa e demais instrumentos relacionados às licitações públicas, é forçoso reconhecer que as complexidades daí decorrentes, enfrentadas por todas as Unidades de Despesa (UD)³¹ do Estado, configuram relevantes obstáculos ao bom funcionamento dos serviços institucionais prestados à sociedade, posto que influenciam diretamente o desempenho das mais variadas frentes de atuação do Poder Público.

Por efeito, na busca pelo aperfeiçoamento dos processos administrativos, otimizando os padrões de trabalho e qualificando a realização dos gastos públicos, mostra-se forçoso considerar a *participação de particulares* no planejamento de contratações da Administração – *frise-se*: em hipóteses distintas às concessões/permissões de serviços públicos, já que estas possuem trato específico em nosso ordenamento jurídico.³²

4. COOPERAÇÃO PRIVADA NA FASE PREPARATÓRIA DE CONTRATAÇÕES

É exatamente aqui que se identifica um certo contraponto na normatização de regência, visto que o legislador “desconfiava” do particular atuante no planejamento de

³⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.

³¹ De acordo com a dicção do artigo 3º, caput, do Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970, as “Unidades de Despesa” (UD) são desdobramentos da “Unidade Orçamentária” (UO), sendo esta, por sua vez, consoante o disposto no artigo 14, caput, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, o agrupamento de serviços subordinados ao mesmo órgão ou repartição a que serão consignadas dotações próprias. É possível conceituar UO, ainda, nos termos do artigo 2º, caput, do Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970, como órgão subordinado ou vinculado diretamente ao Governador ou Secretários de Estado, a que se destinam as distribuições anuais das dotações orçamentárias. SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970**. Estabelece normas para a estruturação dos Sistemas de Administração Financeira e Orçamentária da Administração Pública Estadual, Centralizada ou Direta. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1970. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1970/decreto.lei-233-28.04.1970.html>. Acesso em: 16 nov. 2021. BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

³² “Trata-se do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) ou Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), que tem por objeto a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos [...] por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei nº 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 11.079/2004”. Cf.: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 147.

uma contratação, nos termos do regime jurídico anterior (e.g., como “projetista”)³³, e, agora, “passa a admitir” a sua participação antes da efetiva competição pelo objeto pretendido, consoante as inovações trazidas pela NLLC:

[...] proscrevendo antigas e anacrônicas modalidades de licitação, tais como a tomada de preços e a carta-convite, a nova lei cria a modalidade do diálogo competitivo [como já dito], figura desconhecida da legislação brasileira anterior, porém praticada no direito alienígena com reconhecido êxito, na conformidade do que se tem convencionado chamar de ‘administração consensual’.³⁴

Em tal contexto, cita-se também a inclusão do *procedimento de manifestação de interesse* (PMI) entre os procedimentos auxiliares regrados pela NLLC,³⁵ possibilitando que Administração, por intermédio de publicação de edital de chamamento público, solicite à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de “relevância pública”.

Nada obstante a gama de novidades da NLLC, o que merece verdadeiramente destaque perante o indigitado estudo é a hipótese de emprego da modalidade de licitação *diálogo competitivo* que se pauta em comunicação entre Administração e particulares para o desenvolvimento de alternativas de modelagem de contratação justamente quando inviável a definição das especificações, com suficiente margem de precisão, por seus próprios meios.³⁶

³³ Talvez sob a presunção de que o particular teria incentivos para induzir a definição do objeto do futuro contrato em termos que beneficiem indevidamente seu próprio interesse, é possível identificar na dicação do artigo 9º da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, hipótese de verdadeiro alijamento do certame daquele envolvido na elaboração do projeto que orienta a contratação almejada pela Administração. Cf.: BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

³⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; GARCIA, Flávio Amaral. Quatro Pontos Promissores para os Efeitos Econômicos da Nova Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. **Migalhas**, Rio de Janeiro, 3 maio 2021.

³⁵ “Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei: [...] III - procedimento de manifestação de interesse [...]. Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento”. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

³⁶ “Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: [...] c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada [...]. Cf.: BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021

Sobre o tema, vale acrescentar a visão da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,³⁷ nos seguintes termos:

A novidade do diálogo competitivo está em trazer o particular para o processo de desenho da solução a ser contratada, ao contrário do que sempre se fez nas licitações típicas regidas pela Lei nº 8.666/1993, em que a Administração define prévia e exaustivamente o objeto a ser contratado – algo que nem sempre é viável e em muitas vezes mostra-se falho.³⁸

Por via de consequência, pode-se afirmar que o próprio legislador começa a reconhecer que a Administração nem sempre é detentora de todo o conhecimento exigido para a correta definição de objeto que pretende contratar.

Inclusive, a sobredita constatação dá azo a uma apreciação não só jurídica, mas também econômica à questão, o que encerra verdadeiro sentido às seguintes indagações: “[...] quais são os efeitos [econômicos] de um determinado enquadramento jurídico e qual o enquadramento jurídico que deveria existir [?]”.³⁹

Não se pode negar a complementariedade e o engajamento existente entre essas notáveis áreas de conhecimento, inclusive na presente abordagem, sendo oportuno trazer à baila que “[...] o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional”.⁴⁰

Vale dizer, ainda, que na discussão quanto à regularidade da participação de particulares no planejamento de contratações públicas, bem assim as eventuais decorrências deletérias à efetividade da correspondente licitação em tais circunstâncias, certamente ganham relevo – além dos próprios princípios jurídicos aplicados

³⁷ Posicionamento em sede de Relatório do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE-3/2021 para analisar os reflexos da Nova Lei de Licitações e Contratos no âmbito da Administração Pública do Estado de São Paulo. Cf.: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 2021.

³⁸ *Ibid.* p. 25-26.

³⁹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 12.

⁴⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 3.

à hipótese, tal qual a *legalidade*⁴¹, a *isonomia*⁴² ou a *competitividade*⁴³ – substanciais aspectos econômicos, que, na visão que ora se propõe, mostram-se como legítimos instrumentos de Direito e Economia.

A seguir, comentários sobre os potenciais reflexos do escopo do presente trabalho – e merecedores de destacada consideração –, em uma abordagem esquematizada em tópicos, a fim de facilitar a melhor apreciação do tema.

4.1. Aspectos Negativos

4.1.1. Assimetria de Informações

Sob o prisma econômico – com enfoque nos instrumentos respectivos de análise –, diante da hipótese de “cooperação público-privada” alvo de discussão neste trabalho, há de se considerar a possibilidade de atuação *ilegítima* de particulares, extremamente prejudiciais ao interesse da coletividade, no sentido de assumirem *comportamento oportunista*, com “[...] manipulação estratégica da informação ou falseamento das intenções”⁴⁴, levando a uma indevida *assimetria de informações* entre as partes envolvidas.

Entende-se por *assimetria de informações* a falta de uniformidade de conhecimento entre as partes envolvidas numa relação econômica, com aptidão de gerar falha no mercado concorrencial – impossibilitando, por exemplo, o alcance do maior grau de eficiência possível ao final de uma licitação, procedimento este que se ancora

⁴¹ De acordo com o princípio da legalidade, Justen Filho ensina que é “[...] vedado à autoridade administrativa adotar qualquer providência ou instituir qualquer restrição sem autorização legislativa [...]”. Pondera, no entanto, Bandeira de Mello, que a observância ao princípio da legalidade não deslegitima a atuação discricionária da Administração, pois a ela incumbe criar concretamente a utilidade pública. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 110. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 80.

⁴² O princípio licitatório da igualdade (ou isonomia), nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, impõe à Administração o dever de assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes em uma licitação. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

⁴³ A competitividade, enquanto princípio licitatório, passou a ter previsão legal expressa, consoante o artigo 5º da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Id., 2021), já que, anteriormente a tal norma, era tida, por parte da doutrina (e.g., CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 322), como “princípio licitatório implícito”, correlato e decorrente dos princípios expressos no artigo 3º da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 nov. 2021).

⁴⁴ WILLIAMSON, 1975, p. 26 apud. SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista. **RAM: Rev. Adm. Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan/fev. 2013, p. 180. ISSN 1678-6971. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712013000100008>. Acesso em: 02 dez. 2021.

naturalmente no resultado mais vantajoso à Administração como consequência direta da concorrência promovida entre os participantes do certame.

Dúvidas não restam que, diante de indesejada atecnia de um órgão ou entidade administrativa em bem planejar e modelar o contrato que necessita, o “pedido de socorro” dirigido a um particular, com *expertise* em dada área econômica – relacionada ao objeto perseguido –, concede a este detentor do conhecimento técnico demandado pela Administração a oportunidade de se aproveitar da *assimetria de informações* existente, no sentido de garantir que as regras e especificações que venham a ser aplicadas no decorrente procedimento licitatório visem exclusivamente os seus próprios interesses, tanto o auxiliando para que se sagre de fato vencedor da licitação, como o privilegiando com condições indevidamente favoráveis na fase de execução contratual (relacionadas, e.g., aos prazos, à fiscalização e às circunstâncias ensejadoras de alteração contratual).

Soma-se a isso a possibilidade de criação de situação fática, preparada estrategicamente pelo particular mal-intencionado, capaz de assegurar a ele maior chance de voltar a ser contratado em novas licitações da Administração contratante para o mesmo objeto, após o término de vigência do primeiro contrato com ele firmado. Pode-se imaginar, como exemplo, um contrato de fornecimento de combustíveis feito por um Município, que de forma inédita envolva, como obrigação acessória da contratada, o fornecimento em comodato e instalação do tanque/reservatório; nas próximas licitações, todos os demais interessados em contratar, além dos custos do combustível, terão que precificar também em suas propostas o fornecimento e instalação do tanque/reservatório, mas a primeira empresa, anteriormente contratada, não.

De modo a afastar o estabelecimento de uma vantagem competitiva ilegítima, idêntica preocupação deve se ter com soluções e modelagens, eventualmente sugeridas por particulares oportunistas, que possam gerar fidelização técnica/tecnológica em desfavor da Administração, circunstância perversa esta que possui maior probabilidade de ocorrência em contratações de objetos complexos, consoante previsões dissimuladas em meio a tantas especificações e requisitos de larga tecnicidade.

Diante de tais riscos, sugestionam-se, de antemão, que a Administração, nas hipóteses em que venha a contar com o auxílio de particulares na fase preparatória da licitação, diligencie junto ao mercado correspondente, a fim de se certificar quanto à viabilidade e à coerência das regras e exigências que pretenda incluir no respectivo instrumento convocatório, antes da deflagração do certame.

Ainda no contexto, por fim, cumpre registrar a orientação do TCU para que a Administração se abstenha de incluir exigências injustificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao artigo 37, inciso XXI, da CF/88⁴⁵

⁴⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na

e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas de competitividade.⁴⁶

4.1.2. Custo de Oportunidade

Diz o ditado: “a cada escolha, uma renúncia”. Justamente de sua razão que se chega ao cerne do significado do *custo de oportunidade*.

Custo de oportunidade nada mais é do que o custo da alternativa perdida, ou seja, aquilo que se deixa de ganhar quando uma escolha é feita. Ou, ainda, tem-se que o custo de oportunidade de uma escolha é o benefício que a segunda melhor traria.

Num olhar econômico, pode-se dizer que toda decisão que usa/emprega recursos escassos implica, pelo menos, em um *custo de oportunidade* – que é o custo de não ter escolhido a próxima melhor alternativa disponível no caso concreto.

Inclusive, nesse sentido, Milton Friedman, grande economista americano, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1976, popularizou a frase “não existe almoço grátis”. Ainda que não haja dinheiro (propriamente dito) envolvido na escolha, levá-la a efeito significa perder ou deixar de ganhar aquilo que ficou de lado.

Fato é, não há como se livrar dos custos de oportunidade. Vive-se num mundo em que a escassez de recursos é a regra, o que resulta sempre em um dilema na escolha (*trade-off*) e uma perda da chance de ter outro benefício, distinto daquele que acompanha a alternativa escolhida.⁴⁷

Assim, trazendo esse debate ao âmbito administrativo, Justen Filho assinala que a eficácia das contratações públicas “implica o aproveitamento ótimo dos recursos e das possibilidades de titularidade da Administração, tomando em vista as finalidades pretendidas e o cumprimento das funções impostas”.⁴⁸

Nenhuma coerência existiria, portanto, caso uma determinada organização administrativa decida por envolver particulares no planejamento de uma pretensa

legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021, grifo nosso).

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010, p. 262. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁴⁷ UCHOA, Carlos Frederico. **Economia das Organizações**. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, 2017, p. 20-21. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook_Economia_das_Organizacoes-Ciencias_Contabeis_UFBA.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 143.

contratação sem antes considerar (i) as demais alternativas eventualmente existentes e/ou – num melhor alinhamento ao conceito econômico em pauta – (ii) aquilo que está perdendo ou deixando de ganhar por consequência da escolha feita.

Afinal, a máxima eficácia de uma contratação pública é aquela que, após análise das alternativas disponíveis, melhor aproveita os recursos existentes à vista de todas as possibilidades postas à Administração.⁴⁹

4.1.3. Práticas Anticoncorrenciais

Sem receio, é possível partir da premissa que muitos modelos comerciais, adotados inclusive em negociações públicas, baseiam-se na *comercialização indireta* de bens e serviços.⁵⁰

No contexto da contratação pública, a *comercialização indireta* indica a presença de um *representante comercial* (v.g., revendedor), que é o responsável por firmar negócios com o órgão ou entidade administrativa contratante e repassar parte dos valores recebidos à *entidade principal* (v.g., representado, fabricante, distribuidor), permanecendo com uma margem de lucro por operacionalizar o negócio.

Ao envolver *representantes/revendedores*, há uma tendência de que os preços contratados sejam maiores do que se não houvesse intermediários – já que estes, como qualquer outra entidade privada, perseguem lucro. Tal custo de representação/revenda impacta invariavelmente a economicidade da contratação e a organização pública pode nem estar alerta quanto a isso.

Ocorre que, além desse inconveniente, tal *comercialização indireta* (de bens e serviços) é capaz de produzir efeitos ainda mais severos às contratações públicas, tanto por dificultar a obtenção de condições realmente vantajosas à Administração diretamente com as *entidades principais* (representadas/fabricantes), como por possibilitar a influência ilegítima destas na competitividade de licitações.

Com foco nessa última hipótese, ou seja, na possibilidade de haver prejuízo à competitividade de procedimentos licitatórios, vale destacar 02 (duas) práticas

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

anticoncorrenciais que já foram abordadas em jurisprudência do TCU⁵¹ e do CADE⁵²: (i) o registro (ou reserva) de oportunidade e (ii) o cartel *hub-and-spoke*.⁵³

4.1.3.1. Registro (ou reserva) de oportunidade

O revendedor/representante que *primeiro registrar*, junto à entidade fabricante/representada/distribuidora, o relacionamento (comercial) com uma organização pública fará jus a vantagens financeiras para efetivação do contrato administrativo. Essa *reserva de oportunidade* garantida pela entidade principal desestimula os demais revendedores/representantes a participar da disputa, pois sabem que não terão condições de apresentar propostas competitivas nos certames e de serem contratados.

Seja o revendedor/representante efetuando tal *registro* perante o representado/fabricante/distribuidor, seja este garantindo a *reserva* de oportunidade, fato é que os privilégios comerciais decorrentes serão suficientes para impedir que outros revendedores/representantes consigam qualquer êxito na contratação buscada por determinado órgão ou entidade administrativa.

Soma-se o fato de que o revendedor/representante, beneficiário do registro de oportunidade, costuma realizar *investimentos* para aumentar as chances de efetivar a transação comercial com uma organização pública, contribuindo para que o representado/fabricante/distribuidor, sensibilizado, conceda realmente descontos exclusivos como recompensa.

Verifica-se na jurisprudência do TCU,⁵⁴ como exemplo de tais *investimentos* (por parte do representante/revendedor), no particular de objetos que se relacionam à TIC, a disponibilização de recursos humanos e materiais para que o órgão ou entidade administrativa realize a prova de conceito (ou *proof of concept* – PoC) de parte/amostra daquilo que almeja contratar.

⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁵² O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública, tem suas atribuições definidas pela Lei federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.).

⁵³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. [...] “*Hub and spoke*” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF: CADE, 2015.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

4.1.3.2. Cartel *hub-and-spoke*

Trata-se de conceito que se assemelha ao registro de oportunidade. O cartel do tipo *hub-and-spoke* também conta com participação do *representado/fabricante/distribuidor*, denominado *hub*, e de *representantes/ revendedores*, denominados *spokes*.

Em tal conluio, segundo explicação do CADE,⁵⁵ o *hub* (entidade principal) recebe a informação de que um *spoke* (representante/revendedor) possui uma tratativa comercial em andamento com determinada organização pública, justamente sobre o objeto de que necessita e que se prepara para licitar. O *hub*, então, dissemina a informação (privilegiada) aos demais *spokes* (outros representantes/revendedores), para que estes promovam uma atuação coordenada nesta licitação (quando vier a ser deflagrada), de modo a garantir que o 1º *spoke* vença ilegitimamente o certame (ou seja, sem competição).

Na prática, em ambos os cenários, o que se tem é a realização de licitações com falseamento de competição, pois o representante/revendedor beneficiário de privilégios do representado/fabricante/distribuidor é quem irá sempre oferecer a melhor proposta, enquanto os demais participam como verdadeiros “figurantes” (apenas para “dar cobertura”, na tentativa de legitimar o procedimento).

De toda sorte, há de se reconhecer e alertar que tanto o *registro de oportunidade* como o *cartel hub-and-spoke* – práticas anticoncorrenciais e ilícitas em essência, por violarem a competitividade de licitações, *como exposto* – têm maior probabilidade de ocorrência em hipóteses que particulares realizam tratativas com a organização pública antes da fase externa da licitação, ou seja, no momento em que se dá o planejamento da contratação.

4.2. Aspectos Positivos

Ainda que diante do regime jurídico anterior, a doutrina revela que “[...] na relação entre a Administração e o contratado, saímos da fase do comando que devia ser obedecido, de qualquer modo e a qualquer preço, para a criação de um clima de cooperação, tendo em vista os superiores interesses públicos”.⁵⁶

“É imperioso destacar que as soluções cooperativas no relacionamento entre Administração e particular refletem uma tendência política e econômica”.⁵⁷

⁵⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAAB/SGA2/SG/CADE**. [...] “Hub and spoke” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF: CADE, 2015.

⁵⁶ WALD, Arnaldo. Algumas Considerações sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, 1992, p. 200.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 454.

Em tal sentido, nada obstante os eventuais efeitos deletérios apreciados alhures, resta preservada a possibilidade de se aferir, noutro viés, a ocorrência de *externalidades positivas* decorrentes da contribuição de particulares na preparação de uma contratação pública, ainda com maior evidência no contexto da modalidade *diálogo competitivo*, já que o seu procedimento é legitimado pelo próprio ordenamento jurídico.⁵⁸

Assim, tomando-se por base manifestações do TCU (v.g., BRASIL, 2012, 2018), em especial aspectos econômicos ali discorridos, e com prestígio à objetividade do discurso, pontua-se a eventualidade de ocorrência das seguintes *externalidades positivas* (intimamente relacionadas à participação de particulares em colaboração com a Administração contratante):

- (i) aumento da credibilidade em geral das instituições públicas perante a sociedade, por se valerem em suas contratações de modelos de comercialização evidentemente atualizados ao mercado que se inserem, com descrições claras e precisas do objeto contratado, transparecendo, assim, economicidade e eficiência, com resultados contratuais aptos a atender à demanda administrativa e ao fim público;
- (ii) facilitação ao controle social dos gastos públicos, pois com a *expertise* de particulares atuantes no mercado de interesse da Administração contratante torna-se mais factível a padronização na descrição (nomenclatura) dos objetos dos diversos contratos administrativos; ademais, quanto mais padronizados forem os objetos contratados pelo Poder Público, mais comparáveis se tornam os respectivos preços praticados;
- (iii) diminuição do esforço processual e do tempo para realização das contratações públicas, possibilitando que as equipes técnicas, que seriam demandadas para a modelagem da solução, executem atividades mais próximas da atividade-fim da instituição, privilegiando-se assim o atendimento do interesse público primário e o sentimento de bem-estar social dos envolvidos;
- (iv) otimização no ciclo de contratações públicas, pela celeridade e precisão nas soluções escolhidas, favorecendo como um todo as relações econômicas nos respectivos mercados que se inserem.

No mais, registre-se que o sobredito rol de *possíveis externalidades positivas* em nada prejudica a existência de quaisquer outras não descritas no presente trabalho.

⁵⁸ As principais disposições legais sobre o diálogo competitivo se encontram reunidas no artigo 32 da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC (BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 nov. 2021).

5. BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS SUGERIDAS

De tudo posto até aqui, como desdobramento dos próprios deveres de eficiência, de probidade e de prestar contas,⁵⁹ sempre implacáveis à Administração Pública, é notório que recai sobre as atividades de finanças todo o rigor do regime jurídico lhes aplicável, que conta com inúmeras – e esparsas – regras de procedimento impositivas à realização de despesas com emprego de recursos públicos.

Em adição, enfatize-se que processos de licitação mal instruídos, com vícios formais ou, até mesmo, com falhas graves que desafiam a própria legitimidade dos atos administrativos praticados – v.g., falta de transparência, favoritismos injustificados, facilitação a comportamentos oportunistas, complacência ou omissão em afastar eventual assimetria de informações, assunção de encargos desarrazoados como custos normais de transação etc. –, conduzem a inevitáveis prejuízos ao interesse de toda a coletividade.

No entanto, nada disso malfez inovações na prática administrativa, pelo contrário, as estimula, desde que, calcadas em soluções válidas perante o ordenamento jurídico, dirijam-se ao encontro de um avanço na constante busca por melhorar as atividades desenvolvidas pelas organizações públicas em prol da sociedade, qualificar o emprego de recursos públicos e, por consectário, aumentar o bem-estar social no território do Estado.

Inclusive, a preocupação nessa seara mostra-se coerente não só com o planejamento do Governo do Estado de promover uma gestão pública moderna e eficiente, comprometida com a qualidade dos serviços públicos, controle de gastos e transparência,⁶⁰ mas também se revela aderente ao objetivo da Organização das Nações Unidas (ONU) de desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.⁶¹

Assim, ausente qualquer ideal presunçoso de esgotar o tema, seguem, organizadas em tópicos, *sugestões de procedimentos e/ou práticas administrativas* destinadas a pautar a *participação de particulares* no planejamento de uma contratação pública – aplicáveis inclusive, no que couber, aos procedimentos licitatórios na modalidade

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 107.

⁶⁰ A Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020, que instituiu o Plano Plurianual (PPA) para o quadriênio 2020-2023, com vistas a orientar a atuação da Administração Pública Estadual, estabelece em seu artigo 4º, inciso IX, o seguinte objetivo estratégico: “Gestão Pública moderna e eficiente, comprometida com qualidade dos serviços públicos, controle de gastos e transparência.” [SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020**. Institui o Plano Plurianual – PPA para o Quadriênio 2020-2023. São Paulo: Gabinete do Governador do Estado de São Paulo, 2020].

⁶¹ Refere-se ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16 (ODS 16) da ONU, especialmente quanto ao que trata o seu subitem “16.6” (ONU — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030, de 25 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 16 nov. 2021.).

diálogo competitivo –, de modo a evitar ou ao menos mitigar eventuais prejuízos à competitividade em licitações e, por via de consequência, à Administração e ao próprio interesse público.

5.1. Motivação Circunstanciada da Decisão

A motivação consiste na exposição pela autoridade competente das razões de fato e de direito que fundamentam a decisão tomada.⁶² De tão relevante, foi elevada a princípio regente da Administração Pública pela Constituição do Estado de São Paulo⁶³ e, recentemente, à condição de princípio expresso no artigo 5º da NLLC.

De pronto, alerta-se que não é qualquer motivação que valida um ato administrativo praticado.

Uma motivação genérica (e.g., que invoque princípios jurídicos abstratos), não é suficiente para expor a situação fática e jurídica apta a legitimar a decisão que promova a participação precoce de um particular na contratação pública, ou seja, antes da deflagração do certame licitatório.⁶⁴

Inclusive é por intermédio da motivação de sua decisão que a autoridade administrativa tem condições de expor quais eram as alternativas que estavam disponíveis *in concreto* e o porquê de ser a melhor (ou a menos pior) aquela em derradeiro escolhida. Há de se ter sempre em mente que os recursos são escassos e que a escolha de uma alternativa implica em perder (ou deixar de ganhar) o benefício relacionado à segunda melhor alternativa, deixada de lado (*vide* tópico 4.2.2).

Sugestiona-se, assim, na sobredita hipótese de cooperação privada, a exposição nos autos do processo administrativo (que verse sobre a pretensa contratação) de todas circunstâncias que impediram e/ou inviabilizaram a Administração de, por seus próprios meios, bem planejar e modelar o contrato de que necessita, no que se incluem, sem dúvidas, o registro de todas diligências, ainda que infrutíferas, levadas a efeito e as ponderações acerca das possíveis consequências práticas da decisão

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**: Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 131.

⁶³ “Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.” [SÃO PAULO (Estado). [Constituição 1989)]. **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 16 dez. 2021].

⁶⁴ A todas as luzes, não se pode olvidar que a licitação somente se torna regularmente conhecida, para todo e qualquer interessado em contratar com o Estado, após a publicação do respectivo instrumento convocatório. Dada esta regra de procedimento, qualquer circunstância que permita a um ou mais particulares obter informações prévias sobre um futuro certame e seu objeto, teria, em tese, o condão de ferir a igualdade entre os licitantes e, daí, por isso mesmo, frustrar a competitividade do procedimento licitatório.

tomada, face as eventuais alternativas existentes, garantindo-se, assim, alinhamento ao ordenamento jurídico.⁶⁵

Se em voga as regras da NLLC,⁶⁶ observadas as devidas adaptações, o mesmo raciocínio seria aplicável à decisão administrativa que conclui pela realização de licitação na modalidade *diálogo competitivo*.

5.2. Garantia à Transparência da Atividade Administrativa

Antes de entrar em vigência a NLLC, não havia previsão expressa no ordenamento jurídico da *transparência* enquanto princípio. Não obstante, ela já exigia observância mandatória por decorrer de várias normas constitucionais, como as que asseguram a publicidade como regra à atividade administrativa.⁶⁷

Pode-se dizer que a transparência tem como principal objetivo garantir a visibilidade da atuação do Poder Público.

Nesses termos, o que ora se sugere é a adoção de comportamento transparente no caso de se contar com o auxílio privado na preparação da contratação pública, tanto para permitir que todo e qualquer interessado tenha idêntica *oportunidade* de participação, como para subsidiar a efetividade do *controle* da atividade administrativa (e.g., externo, popular, entre outros).

Se de maior vulto a contratação pretendida, poderia até se cogitar a realização de um procedimento de *chamamento público* (conforme modelos já trazidos pelo ordenamento jurídico), que, garantida a devida publicidade, evidenciasse os objetivos da Administração e os critérios de seleção dentre os possíveis interessados.

Noutro viés, seria possível aplicar procedimento similar ao de *cotação de preços*, ou seja, a Administração contratante enviaria “pedido de auxílio” (convite) ao maior número possível de fornecedores/prestadores atuantes na área econômica

⁶⁵ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.).

⁶⁶ Convém pontuar que no âmbito da Administração direta e autárquica do Estado de São Paulo, por determinação do Chefe do Poder Executivo, enquanto não sobrevier disciplina específica acerca da aplicação da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC – as licitações e contratos, permanecerão submetidos ao regime jurídico anterior [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 66.294, de 03 de dezembro de 2021**. Dispõe sobre a Aplicação, no âmbito da Administração Direta e Autárquica, da Lei federal nº 14.133/21, e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-66294-03.12.2021.html>. Acesso em: 20 dez. 2021].

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parte I: Teoria Geral. In: _____ (coord.). Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1. p. 31-253, p. 235.

que abarca o objeto perseguido, prestigiando-se a impessoalidade e a transparência da cooperação privada que se busca firmar, registrando-se nos autos do respectivo processo administrativo todas as comunicações e tratativas realizadas.

Na hipótese de a organização pública identificar que o objeto a ser contratado envolve bem ou serviço normalmente comercializado de *forma indireta*, sugere-se, adicionalmente, que a Administração se certifique de convidar as *entidades principais* (representadas, fabricantes ou distribuidoras), a fim de afastar ilegítimas práticas anti-concorrenciais, já abordadas neste trabalho (*vide* tópico 4.1.3).

Neste ponto, para fins de salutar referência, mostra-se oportuno descrever, embora em apertada síntese, os procedimentos que garantem publicidade e transparência à participação de particulares na primeira etapa⁶⁸ do *diálogo competitivo*, consoante as regras fixadas pela NLLC⁶⁹:

- (i) as necessidades da Administração e as exigências já definidas serão divulgadas por meio de edital, abrindo-se prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação dos possíveis interessados, que atendam aos critérios e requisitos fixados em tal ato administrativo;
- (ii) veda-se a divulgação discriminatória de informações que possam beneficiar qualquer dos interessados;
- (iii) somente será possível revelar aos demais interessados aquilo que for proposto/informado por um determinado licitante se este consentir;
- (iv) caso haja interesse da Administração em realizar fases sucessivas com restrição gradual das propostas que serão discutidas, para então se chegar à solução que melhor lhe atenda, tal circunstância deverá ser prevista em edital;
- (v) após a identificação da solução que melhor satisfaça suas necessidades, o encerramento dos diálogos exige decisão fundamentada da Administração e, ainda, a juntada aos autos do correspondente processo administrativo de todos os registros e gravações da etapa de diálogos promovida.

5.3. *Maior Importância do Levantamento de Mercado*

O *levantamento de mercado* se presta a identificar quais soluções existentes no mercado atendem às necessidades da contratação, de modo a permitir o alcance dos

⁶⁸ Na modalidade *diálogo competitivo* há a dissociação do certame em 2 (duas) etapas. Há uma etapa inicial em que se desenvolvem os “diálogos” com a iniciativa privada (a fim de encerrar o planejamento da contratação, definindo-se a melhor solução para a necessidade administrativa), seguida de uma etapa de disputa entre os interessados em contratar a solução então escolhida pela Administração (ao término dos diálogos).

⁶⁹ Cf. artigo 32 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – NLLC.

resultados pretendidos pela Administração, levando-se em conta aspectos de economicidade, eficácia, eficiência e padronização.⁷⁰

Imagina-se que a Administração não tenha obtido êxito em identificar uma solução que lhe atenda por meio de *levantamento de mercado* nas situações em que tenha intenção de contar com a cooperação de particulares para o planejamento da contratação.

Contudo, caso isso venha a ocorrer (cooperação privada), sugere-se que o procedimento de *levantamento de mercado* seja repetido pela Administração – e com bastante cautela – antes de ser deflagrada a fase de disputa pública pelo objeto almejado, tomando-se por base os requisitos e regras então definidos em conjunto com a participação do particular, de modo que a organização pública se certifique de ser a solução escolhida a melhor opção comercial disponível (de fato compatível com as suas necessidades) e de estar afastada qualquer hipótese de direcionamento da licitação em favor de eventual interesse escuso do particular que a auxiliou.

Ainda que no caso do *diálogo competitivo* esteja prevista, após a fase de diálogos com particulares, uma circunstanciada ponderação administrativa acerca da solução que venha a ser escolhida, a presente sugestão poderia ser aplicada, ainda que com maior objetividade, notadamente nos casos em que a autoridade administrativa e/ou os servidores designados não estejam integralmente seguros quanto à decisão a ser tomada.

5.4. Exaustão na Pesquisa de Preços

A *pesquisa de preços*, a ser realizada em seguida ao *levantamento de mercado* (ou em conjunto), tem por objetivo (i) aferir se há disponibilidade de recursos à organização pública contratante, (ii) servir de base para definição da autoridade competente e da modalidade de licitação cabível – notadamente no regime jurídico anterior à NLLC – e (iii) validar os valores a serem aceitos nas contratações públicas, já que estes devem sempre ser compatíveis com aqueles praticados no mercado.

Seu procedimento normalmente é regido por norma específica de cada ente federado.⁷¹ Orientações e jurisprudência das Cortes de Contas garantem também a indicação de cautelas aplicáveis nesta seara (e.g., BRASIL, 2010, 2012, 2018).

⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação**: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação. Brasília, DF: TCU, 2012, p. 187. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/guia-de-boas-praticas-em-contratacao-de-solucoes-de-tecnologia-da-informacao-1-edicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁷¹ No Estado de São Paulo, encontra-se vigente o Decreto nº 63.316, de 26 de março de 2018, que além de instituir banco eletrônico de preços, fixa regras para a realização de pesquisa de preços pelos órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Estado [SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 63.316, de 26 de março de 2018**. [...] Dispõe sobre Pesquisa de Preços para as Aquisições de Bens e Contratações de Serviços [...] e dá providências correlatas. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2018/decreto-63316-26.03.2018.html>. Acesso em: 20 dez. 2021].

No particular caso de participação de particulares na modelagem da futura contratação pública, além das sobreditas razões, é de suma importância que a Administração promova *diligências exaustivas*, de forma a angariar o maior número possível de parâmetros de preços (conforme contratações similares do próprio Poder Público, cotações comerciais com empresas do ramo, entre outras) e, assim, obter a maior segurança possível de que a solução definida (com a cooperação de particular) esteja adequada às melhores práticas comerciais vigentes, que suas especificações e requisitos não direcionem indevidamente o certame e que não se refiram a um mercado restrito, capaz de conduzir a organização pública a uma situação de dependência técnica e/ou tecnológica no futuro (*vide* tópico 4.1.1).

Quanto à modalidade *diálogo competitivo*, a mesma sugestão apresentada no tópico anterior, referente ao *levantamento de mercado*, teria aplicação aqui. Além disso, havendo indícios de a solução escolhida envolver *comercialização indireta*, sugere-se, em complemento, que a Administração busque (i) negociar preços máximos com a *entidade principal* (representada, fabricante, distribuidora), de modo a mitigar o risco de algum representante/revendedor ser beneficiário de *registro de oportunidade* (assunto tratado no tópico 4.1.3 deste trabalho), bem como (ii) pesquisar preços junto a fornecedores que eventualmente empreguem técnica/tecnologia concorrente, a fim de angariar maior poder de negociação no certame e evitar, assim, a celebração de contrato com sobrepreço e/ou superfaturamento.⁷²

5.5. Padronização da Descrição (Nomenclatura) do Objeto

Algo que facilita e muito a identificação de soluções que possam atender adequadamente as necessidades de uma organização pública, bem assim a realização da pesquisa de preços decorrente, é a análise de contratações feitas por outros órgãos e entidades da própria Administração.

Ocorre que nem sempre essa pesquisa traz os benefícios esperados à própria Administração. O TCU⁷³ aponta como um dos problemas existentes em tal contexto a *falta de padronização* no “nome” ou na “descrição” dada aos objetos contratados pelas diversas organizações públicas, ou seja, na disparidade de nomenclaturas utilizadas para descrever soluções similares, muitas vezes, inclusive, de uso disseminado na Administração Pública.

Quanto mais padronizadas forem as descrições (nomenclaturas) dos objetos de contratações públicas, tanto mais fáceis serão as consultas a possíveis soluções para as necessidades dos órgãos e entidades administrativas e tanto mais comparáveis serão os preços praticados diante de objetos similares.

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rmdv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

⁷³ *Ibid.*

Dito disso, sugere-se que sejam adotadas as devidas cautelas na hora de definir a descrição (nome) do objeto que será contratado – em especial nas hipóteses em que a Administração venha a contar com a participação de particulares na fase preparatória de uma licitação, dado o possível risco de se restar sugerido (pelo particular), propositadamente, o emprego de nomes técnicos ou complexos que sejam capazes de direcionar o certame em seu favor.

Tais cautelas muito se consubstanciam em diligências minuciosas perante contratações anteriores da própria Administração, buscando-se padronizar ao máximo o *auxílio recebido do particular* (na preparação da pretensa contratação) às nomenclaturas usualmente empregadas pelas demais organizações públicas, notadamente aquelas que integrem o mesmo ente federado, sempre com a maior objetividade e clareza possíveis, preservada, todavia, a coerência com as práticas comerciais vigentes.

5.6. Esforço para Escolha de Soluções “Abertas”

Independentemente de haver insuficiência técnica da Administração em bem modelar a licitação e o contrato de que necessita – o que ensejaria cogitar a participação de particular para auxiliar em tal definição –, seja na hipótese de ter reais condições de fazê-lo por si só, é de muita relevância que a organização pública contratante sempre se esforce ao máximo para acomodar elementos e requisitos que sejam compatíveis com distintas soluções existentes no mercado, visando favorecer uma real e efetiva competição nas licitações.⁷⁴

Sugere-se, portanto, a elaboração, sempre que possível (inclusive em se tratando do *diálogo competitivo*), de licitações cujas regras e requisitos prestigiem a participação de diferentes representados/fabricantes/distribuidores, objetivando sempre evitar circunstâncias em que aquele que detém exclusividade em dada solução possa direcionar o contrato a si mesmo ou a algum de seus representantes/revendedores, como no caso ilícito do *registro de oportunidade* (vide tópico 4.2.3).

6. CONCLUSÃO

Após levar em consideração diversas questões técnicas, legais e econômicas envolvidas na hipótese de participação de particulares na fase preparatória de contratações públicas, bem assim ponderar os eventuais reflexos disso, foi possível **reconhecer** a sua aplicabilidade – como alternativa válida, diante das peculiaridades do caso concreto (ainda que fora do contexto do *diálogo competitivo*) – bem assim, **indicar**, a título de sugestão, certos *procedimentos e/ou práticas administrativas*

⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

aplicáveis à fase interna de processos licitatórios, bem assim de contratações diretas, com o potencial de funcionar como ferramentas facilitadoras à qualidade ótima na instrução processual promovida pelas diversas Unidade de Despesa (UD) do Estado, proporcionando clareza, transparência e excelência na execução de suas funções precípuas, bem alinhadas, jurídica e economicamente, à consecução dos respectivos anseios institucionais.

Todas essas *sugestões de boas práticas* – destinadas a balizar a *participação de particulares no planejamento* de uma contratação pública, com preservação (ou ao menos mitigação de prejuízos) à competitividade do correspondente certame – foram discutidas em detalhes no tópico 5 deste trabalho, inclusive com observações próprias ao caso de emprego da nova modalidade de licitação *diálogo competitivo*, consoante as seguintes titulações:

- (i) motivação circunstanciada da decisão;
- (ii) garantia à transparência da atividade administrativa;
- (iii) maior importância do levantamento de mercado;
- (iv) exaustão na pesquisa de preços;
- (v) padronização da descrição (nomenclatura) do objeto;
- (vi) esforço para escolha de soluções “abertas”.

Por fim, houve também o reconhecimento de eventuais *externalidades positivas*, decorrentes desta hipótese de “cooperação público-privada” que ora se debate, descritas no tópico 4.2.4 do trabalho, que, somadas às sobreditas *boas práticas* sugestionadas, podem favorecer uma maior segurança jurídica à atuação de autoridades administrativas diante de licitações e contratações públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGES, Gabriela Lira. Considerações sobre o Planejamento das Contratações Públicas e os Estudos Técnicos Preliminares à luz da IN 40/2020. **Inove**. Curitiba, 13 out. 2020. Disponível em: <https://inovcapacitacao.com.br/consideracoes-sobre-o-planejamento-das-contratacoes-publicas-e-os-estudos-tecnicos-preliminares-a-luz-da-in-40-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e Segurança Pública (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.008098/2014-71 – Nota Técnica nº 61/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. [...] “Hub and spoke” – Fixação de condições de revenda – Suposto cartel em licitações [...]. Brasília, DF, DF: CADE, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, [...] modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 01 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (NLLC)**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia. **Instrução Normativa nº 40, de 22 de maio de 2020**. Dispõe sobre

a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal [...]. Brasília, DF: DOU, 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-40-de-22-de-maio-de-2020>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Súmula nº 177**. Ata 80/1982 – Plenário. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Brasília, DF: TCU, 1982. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/177>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU**. 4. ed. rev. ampl. Brasília, DF: TCU, 2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação**. Brasília, DF: TCU, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/guia-de-boas-praticas-em-contratacao-de-solucoes-de-tecnologia-da-informacao-1-edicao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 2569/2018**. Ata 44/2018 – Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/34rndv8c>. Acesso em: 13 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão nº 4029/2020**. Ata 47/2020 – Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer. Brasília, DF: TCU, 2020b. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vtzysu>. Acesso em: 13 dez. 2021.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Parte II: Contratos Administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 317-525.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parte I: Teoria Geral. In: _____ (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 31-253.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Parte II: Princípios do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Teoria geral e princípios do direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1. p. 255-701.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. Parte I: Licitações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo: Licitação e contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 35-315.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

ONU — ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030, de 25 de setembro de 2015**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 16 nov. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; GARCIA, Flávio Amaral. Quatro Pontos Promissores para os Efeitos Econômicos da Nova Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. **Migalhas**. Rio de Janeiro, 3 maio 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344901/quatro-pontos-promissores-para-os-efeitos-economicos-da-nova-lei>. Acesso em: 21 nov. 2021.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma Introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SÃO PAULO (Estado). [Constituição 1989)]. **Constituição Estadual, de 05 de outubro de 1989**. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 16 dez. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei nº 233, de 28 de abril de 1970**. Estabelece normas para a estruturação dos Sistemas de Administração Financeira e Orçamentária da Administração Pública Estadual, Centralizada ou Direta. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 1970. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto.lei/1970/decreto.lei-233-28.04.1970.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto nº 47.297, de 06 de novembro de 2002**. Dispõe sobre o Pregão, a que se refere a Lei federal nº 10.520/02. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2002/decreto-47297-06.11.2002.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). **Licitações e Contratos: Principais Aspectos da Fase Preparatória e Gestão Contratual**. São Paulo: TCESP, 2020a. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/publicacoes/licitacoes-e-contratos-principais-aspectos-fase-preparatoria-e-gestao-contratual>. Acesso em: 05 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 17.262, de 09 de abril de 2020**. Institui o Plano Plurianual – PPA para o quadriênio 2020-2023. São Paulo: Gabinete do Governador do Estado de São Paulo, 2020b.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP). **Nova Lei de Licitações e Contratos: Impactos no Estado de São Paulo**. São Paulo: PGE/SP, 2021. Disponível em: https://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-final-do-gt-da-pge-sp-sobre-a-nova-lei-de-licitacoes_compressed.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

SARTO, Elisa Santos Coelho. Cartéis Hub-and-Spoke: Coordenação Horizontal por meio de Restrições Verticais. **RDC: Revista de Defesa da Concorrência (CADE)**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 30-50, nov. 2017. ISSN 2318-2253. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/329>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista. **RAM: Rev. Adm. Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 176-201, jan/fev. 2013. ISSN 1678-6971. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1678-69712013000100008>. Acesso em: 02 dez. 2021.

UCHOA, Carlos Frederico. **Economia das Organizações**. Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis, 2017. Disponível em: https://educapes.capes.gov.br/bitstream/capes/174985/4/eBook_Economia_das_Organizacoes-Ciencias_Contabeis_UFBA.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

WALD, Arnoldo. Algumas Considerações sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 4, 1992.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.