

A CONTRATAÇÃO PÚBLICA DE GESTÃO DE FACILITIES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO E ECONOMIA

Public contracting facilities management from the perspective of Law and Economy

Thais Priscila de Sousa e Silva Depieri¹

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Gestão de *Facilities* na administração pública; 2.1. Jurisprudência do TCU e primeiras experiências; 2.2. Lei nº 14.011/2020; 2.3. Desafios operacionais e de controle; 3. Análise Econômica do Direito (AED); 3.1. A eficiência sob a perspectiva da AED; 3.2. AED nas contratações públicas; 3.2.1. Custos de transação; 3.2.2. Assimetria de informação; 3.2.3. Seleção adversa; 3.2.4. Risco moral; 3.2.5. Administração refém; 4. Metodologia; 5. Resultados; 5.1. A eficiência da Lei nº 14.011/2020 sob a perspectiva da AED; 5.2. Custos de transação na contratação pública de Gestão de *Facilities*; 5.3. Principais problemas das contratações públicas de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva da AED; 5.3.1. Inclusão de obras no contrato de Gestão de *Facilities*; 5.3.2. Dificuldades para a definição do objeto de contratação e manutenção de histórico de dados; 5.3.3. Restrição à competitividade na licitação; 5.3.4. Valor da contratação muito abaixo do estimado; 5.3.5. Má qualidade na prestação dos serviços; 5.4. Classificação dos editais de Gestão de *Facilities* da Administração Direta do Estado de São Paulo; 6. Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo avaliar a contratação pública de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva do Direito e Economia, a partir da identificação das ineficiências e da aplicação das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aos contratos públicos de Gestão de *Facilities*, além da análise dos primeiros editais publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo. Para a pesquisa, classificada como aplicada, descritiva, qualitativa e de natureza exploratória, foram utilizadas fontes primárias e secundárias. A partir dos resultados obtidos concluiu-se que a contratação de serviços de gestão integrada para ocupação de prédios públicos (art. 7º da Lei nº 14.011/2020) pode ser considerada eficiente, de acordo com o conceito de Kaldor-Hicks, mas que as ineficiências identificadas podem resultar em aumento nos custos de transação, caso não sejam adotadas salvaguardas contratuais.

Palavras-chave: Gestão de *Facilities*. Contratação pública. Análise Econômica do Direito. Custos de Transação. Lei nº 14.011/2020.

ABSTRACT

The present work aimed to evaluate the public contracting of Facilities Management, from the perspective of Law & Economics, based on the identification of inefficiencies and the application of the tools provided by the Economic Analysis of Law to Facilities Management contracts, besides the analysis of the first public notices published by the Direct Administration of the State of São Paulo. This is an applied, descriptive, qualitative research, of an exploratory nature, using primary and secondary sources. From the results obtained, it was concluded that the contracting of integrated management services for the occupation of public buildings (art. 7, Law Nº 14.011/2020)

¹ Executiva Pública da Secretaria de Desenvolvimento Regional do Estado de São Paulo. Mestre em Agronomia pela Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – ESALQ – USP. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Estado de São Paulo – UNIFESP. Especialista em Direito & Economia pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE. Bacharel em Engenharia Agrônoma pela Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – ESALQ-USP.

can be considered efficient, according to the Kaldor-Hicks concept, but that the identified inefficiencies can result in an increase in transaction costs, if contractual safeguards are not adopted.

Keywords: Facilities management. Facility management. Economic analysis of law. Transaction costs. Law N° 14.011/2020.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal n° 14.011, de 10 de julho de 2020, resultado da conversão da Medida Provisória (MP) n° 915/2019, cujo objetivo central é o aprimoramento dos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União, alterou diversas leis, bem como trouxe dispositivos próprios, com forte repercussão no cuidado com o patrimônio imobiliário público. Em seu artigo 7º, incluiu a possibilidade de contratação de serviços integrados com gerenciamento, compra de insumos e execução de obra em um único contrato, com o objetivo de inovar e garantir maior eficiência na ocupação de prédios públicos, inclusive como alternativa à alienação².

Trata-se da possibilidade de adoção no setor público da Gestão de *Facilities*, modelo utilizado pelo setor privado no Brasil desde o início deste século, estando hoje bem estabelecido, principalmente nas grandes empresas. Neste tipo de contratação, busca-se a integração de pessoas, serviços e estrutura, visando o alcance de metas quanto à qualidade da prestação dos serviços, satisfação dos clientes, conservação do imóvel, economia de água e energia, além da redução de custos diretos, gerada pelo ganho de economia de escala.

Ainda que antes da MP n° 915/2019 fosse possível realizar a contratação pública integrada de serviços (Acórdão n° 1.214/2013 – Tribunal de Contas da União – TCU – Plenário, Acórdãos n° 929/2017 – Plenário – e n° 10.264/2018 – 2ª Câmara), a Lei n° 14.011/2020 trouxe a segurança jurídica para a adoção do modelo pela Administração Direta dos entes federativos da União³.

Diante das vantagens apresentadas, da segurança jurídica e da necessidade de o gestor público administrar os recursos públicos de forma eficiente, a expectativa

² BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória n° 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, n° 9.636, de 15 de maio de 1998, n° 13.240, de 30 de dezembro de 2015, n° 13.259, de 16 de março de 2016, e n° 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei n° 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis n° 9.702, de 17 de novembro de 1998, n° 11.481, de 31 de maio de 2007, e n° 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

³ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei n° 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

é que a Gestão de *Facilities* se torne o modelo mais comum de contratação de serviços de manutenção e conservação predial na Administração Pública. No entanto, por obedecer a legislação específica, a contratação pública apresenta características que a diferem do setor privado, gerando custos de transação elevados. Os trabalhos que avaliam a eficiência da Gestão de *Facilities* no setor público até então publicados, analisaram os ganhos com a redução de custos diretos e a satisfação dos usuários. No entanto, artigos específicos que incluíssem os custos de transação referentes ao processo de contratação e manutenção contratual na avaliação da eficiência do modelo, não foram localizados na literatura. O estudo dos custos de transação, bem como das possíveis soluções para sua redução, são fundamentais para contribuir para a eficiência na implantação da Gestão de *Facilities* na Administração Pública.

Esse trabalho tem por objetivo avaliar a contratação pública de Gestão de *Facilities* sob a perspectiva do Direito e Economia, a partir do levantamento dos principais problemas das contratações públicas e da aplicação das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aos contratos de Gestão de *Facilities*, além de analisar editais já publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo.

O presente trabalho foi estruturado em três partes: introdução, desenvolvimento e conclusões. O desenvolvimento foi dividido em três seções: referencial teórico, subdividido nos dois temas fundamentais para a discussão do trabalho: Gestão de *Facilities* e Análise Econômica do Direito; metodologia adotada para o delineamento da pesquisa e para a coleta de dados e resultados, sessão em que os dados foram analisados; E por fim, na terceira parte do artigo, foram levantadas as principais conclusões e as limitações verificadas na pesquisa.

2. GESTÃO DE FACILITIES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A contratação de Gestão de *Facilities* é uma prática do mercado contemporâneo, em que se busca o desenvolvimento de soluções integradas com o objetivo de reduzir as redundâncias, aumentar a sinergia entre as equipes de trabalho e facilitar a gestão contratual. Trata-se da reunião de serviços relacionados à manutenção predial e de apoio administrativo (*facilities services*), com inclusão de gerenciamento, visando a integração de pessoas, ambientes, processos e tecnologia em contrato único de prestação de serviços⁴.

Os ganhos esperados com esse modelo de contratação nas empresas incluem: concentração de energia em atividades fim; transformação de custos de

⁴ GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10, jun. 2016, Brasília, DF. *Anais* [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

infraestrutura de fixo para variável, racionalização de custos globais, combinação dinâmica x custos x qualidade; custos apropriados aos níveis de qualidades possíveis; serviços executados por profissionais devidamente qualificados; transparência nos processos; geração de informações baseadas em pareceres técnicos para validar decisões da gestão operacional; elaboração de Planos de Manutenção Operacional e Controle (PMOC); garantia de conforto ambiental, confiabilidade e facilidades aos usuários; rentabilidade, liquidez e aumento da vida útil das instalações⁵.

As primeiras experiências de Gestão de *Facilities* (*Facility Management*) datam dos anos 1950 nos Estados Unidos. Em 1980, foi criada a National Facility Management Association (NFMA), renomeada em 1982 para Internacional Facility Management Association (IFMA). A IFMA, juntamente com outras associações, apresentou crescimento relativamente rápido. As causas científicas atribuídas por alguns pesquisadores para o desenvolvimento da Gestão de *Facilities* foram: a transparência dos custos imobiliários e a utilização de tecnologia e automação, que facilitaram o sucesso da implantação do modelo em muitos países, como Alemanha, Brasil, Grã-Bretanha e EUA⁶.

No Brasil, na década de 1990, teve início a contratação conjunta e integrada dos serviços por parte do setor privado. Por volta do ano 2000, o conceito de serviços de Gestão de *Facilities* foi introduzido, consolidando-se com a criação da Associação Brasileira de Facilities (Abrafac) em 2004. Enquanto no setor privado as práticas de Gestão de *Facilities* eram adotadas, o setor público estava iniciando uma reestruturação administrativa e operacional, momento em que inicia seu processo de terceirização, adotando o modelo tradicional, com a contratação distinta para cada frente de serviços⁷.

2.1. Jurisprudência do TCU e primeiras experiências

De forma diversa ao que ocorre no setor privado, as contratações públicas precisam atender à legislação específica. A adoção do modelo de contratação integrada de serviços pela Administração Pública apresentava como entrave o parágrafo 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993, que privilegia o parcelamento das obras, serviços e compras em quantas parcelas se comprovarem técnica e economicamente viáveis,

⁵ GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. *Op. cit.*

⁶ WEISE, Andreas Dittmar; SCHULTZ, Charles Albino; ROCHA, Rudimar Antunes da. *Facility Management*?: contextualização e desenvolvimento. **Latin American Real Estate Society (LARES)**, [s. l.], 2011, p. 543-738. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/lre/wpaper/lares-2011-543-738-1-rv.html>. Acesso em: 3 set. 2024.

⁷ GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF **Anais** [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

sem perda da economia de escala, com o objetivo de garantir a competitividade nos certames. Embora não houvesse uma proibição clara na lei, o parcelamento dos serviços contínuos relacionados à manutenção predial passou a ser a regra, principalmente a partir da Súmula 247 do TCU, situação mantida até nova orientação dada no Acórdão nº 1.214/2013 – TCU – Plenário⁸.

A partir do Acórdão nº 1.214/2013, tem início a experiência da contratação de serviços integrados (*facilities services*) na Administração Pública. Primeiramente como uma aglutinação de serviços de baixa complexidade, os chamados *soft services* e, na sequência, com inclusão de serviços de maior complexidade, os chamados *hard services* (Acórdão nº 9.750/2016 – TCU – Segunda Câmara). Finalmente, com permissão para contratação de serviços de gerenciamento no mesmo contrato de serviços integrados (Acórdãos nº 929/2017 – Plenário e nº 10264/2018 – 2ª Câmara), fica caracterizada a adoção do modelo de Gestão de *Facilities* pelo setor público, evidenciada em projetos da Caixa Econômica Federal, Petrobrás e Sabesp⁹.

Destacam-se os cuidados que o gestor precisa considerar na contratação de *facilities*, apontados pelo TCU, presentes nos dois principais acórdãos sobre o tema.

Acórdão TCU nº 929/2017 – Plenário:

[...] 1. A contratação de serviços de conservação e manutenção de infraestrutura predial, com a inclusão de serviços variados, na modelagem conhecida como contratação de *facilities*, não configura, por si só, afronta à lei de licitações.

2. Somente é permitida a licitação na modelagem de contratação de *facilities* quando as condições do certame assegurarem o atendimento aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da motivação, da eficiência e da competitividade.

3. A motivação da contratação de *facilities* deve ser previamente formalizada e expressar, de forma clara e inequívoca, os benefícios potenciais, advindos dessa modelagem, com destaque para a quantificação das vantagens econômicas e financeiras e dos ganhos advindos da economia de escala [...] ¹⁰.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de *facilities* nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

⁹ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de *facilities* pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 4 jan. 2022.

Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara:

[...] 9.3.1. a elaboração de estudos técnicos preliminares tendo por objetivo assegurar a viabilidade técnica da contratação e embasar a elaboração do termo do planejamento/projeto básico e o plano de trabalho constitui etapa indispensável do planejamento de uma contratação e que sua não realização poderá caracterizar o cometimento de falta grave e sujeitar os responsáveis às sanções previstas no art. 58 da Lei 8.443/1992.

[...]

9.3.4. em licitações de serviços diversos em contrato único (Facilities Full), a permissão de formação de consórcios e a possibilidade de subcontratação de serviços são meios que podem amenizar a restrição à concorrência decorrente da junção de inúmeros serviços em único objeto [...]¹¹.

As primeiras experiências da Gestão de *Facilities* no setor público foram verificadas em empresas públicas, tendo destaque o caso da Caixa Econômica Federal, analisado pelo Acórdão nº 929/2017 – Plenário. Nesse processo, em que a empresa defendeu a utilização do modelo de gestão integrada de serviços demonstrando sua economicidade, através de ganhos financeiros reais obtidos em experiências anteriores, e apresentando as seguintes vantagens: interdependência entre os serviços; perda de sinergia na contratação por frente de serviço, que resulta em perda de economicidade; potencialização de ganhos de escala; agilidade em função de uma única empresa ser responsável por todos os serviços; facilidade na imputação de responsabilidade por danos causados às instalações da contratante; simplificação das atividades de gestão contratual¹².

Guimarães e Gonçalves¹³ analisaram a adoção de Gestão de *Facilities* em um projeto piloto da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp), tendo verificado que o modelo, alinhado à identidade e diretrizes estratégicas da organização, gerou redução de custos da ordem de 24%, ganhos de produtividade, otimização dos serviços e transparência dos contratos.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 4 jan. 2022.

¹³ GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF **Anais** [...]. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

Mais recentemente, Barbosa *et al.*¹⁴, investigando a importância da Gestão de *Facilities* para uma instituição de ensino superior – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) –, especificamente no âmbito da manutenção predial, obtiveram resultados que demonstraram que a gestão de facilidades é essencial para a manutenção do bem público, ainda que não fosse realizada de maneira adequada pela instituição, ocorrendo falha de alinhamento das equipes internas (Administradores, técnicos, gestor e fiscais) e externa (empresa terceirizada).

Embora no Acórdão nº 929/2017 já estivesse presente, a possibilidade de adoção do modelo de Gestão de *Facilities*, desde que motivada e demonstrada sua vantagem no processo de contratação, ainda havia insegurança jurídica e o modelo mais complexo (*soft + hard services + gerenciamento*) ficou praticamente restrito a poucas empresas públicas. A Lei nº 14.011/2020 positivou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de adoção da Gestão de *Facilities* pela Administração Pública, e inclusive, trouxe inovações, que a tornaram mais próxima das práticas do mercado¹⁵.

2.2. LEI Nº 14.011/2020

A Lei Federal nº 14.011, de 10 de julho de 2020, cujo objetivo central é o aprimoramento dos procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União, alterou diversas leis, bem como trouxe dispositivos próprios, com forte repercussão no cuidado com o patrimônio imobiliário federal, estadual, distrital e municipal. Em seu artigo 7º incluiu a possibilidade de contratação de serviços integrados, com gerenciamento, compra de insumos e execução de obra em um único contrato, com o objetivo de inovar e garantir a gestão de ocupação dos prédios públicos como alternativa, inclusive, à alienação dos imóveis.

[...]

Art. 7º A administração pública poderá celebrar contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados.

¹⁴ BARBOSA, Ana Maria da Silva; JERÔNIMO, Taciana de Barros; RAMOS, Patrícia Tatiana Ferreira; SANTOS, Juliana Karla Rodrigues de Souza. A gestão de *facilities* na manutenção de uma instituição pública. **Revista Gestão Industrial**, Ponta Grossa, v. 16, n. 3, p. 129-146, jul./set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/revistagi/article/view/8968/7901>. Acesso em: 1 out. 2021.

¹⁵ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de *facilities* pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

§ 2º O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos poderá:

- incluir a realização de obras para adequação do imóvel, inclusive a elaboração dos projetos básico e executivo; e
- ter prazo de duração de até 20 (vinte) anos, quando incluir investimentos iniciais relacionados à realização de obras e o fornecimento de bens.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Na hipótese de que trata o § 2º deste artigo, as obras e os bens disponibilizados serão de propriedade do contratante.

[...]¹⁶.

Sérgio Oliveira, Procurador Federal, atuando junto à Escola de Administração Pública (ENAP), considera a Lei nº 14.011/2020 como verdadeira norma geral, no sentido do art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988, razão pela qual aplica-se a todos os entes federativos, incluindo estados e municípios, destacando sua relevância pela cristalização no ordenamento jurídico da possibilidade de contratação da Gestão de *Facilities* e pelo aprimoramento na modelagem pela admissão legal expressa de inclusão de equipamentos, materiais e obras no escopo do contrato. O autor também entende que a referida lei não restringe a possibilidade de utilização do artigo 7º apenas em contratos para ocupação de prédios de propriedade pública, mas também em imóveis locados, ainda que, nesse caso, sua utilização seja parcial, pois não permitiria a inclusão de obras no contrato¹⁷.

Fortini e Oliveira entendem que o art. 7º da Lei nº 14.011/2020 trouxe um grande avanço, uma vez que a possibilidade de reunir em contrato único serviços, materiais, equipamentos e obras necessários para gerenciamento, uso e manutenção do imóvel considera a necessidade de integração entre pessoa, processos, equipamentos, tecnologia e edificação¹⁸.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória nº 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 9.636, de 15 de maio de 1998, nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, nº 13.259, de 16 de março de 2016, e nº 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis nº 9.702, de 17 de novembro de 1998, nº 11.481, de 31 de maio de 2007, e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

¹⁸ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Segundo Sérgio Oliveira, a inclusão de obras no contrato de Gestão de Facilities não é o ponto central da Lei nº 14.011/2020, mas, sem dúvida, é um dos pontos mais inovadores, considerando que muitos imóveis públicos precisam de intervenções e que os recursos do Estado são limitados. Nesse caso, os investimentos feitos pela contratada, previstos já no projeto e descritos no edital, poderão ser diluídos nas prestações mensais. O inciso II do § 2º do artigo 7º previu uma extensão no prazo de vigência dos contratos de Gestão de Facilities em até 20 anos, quando contar com investimento inicial da contratada para realização de obras e/ou fornecimento de bens em geral¹⁹.

2.3. Desafios operacionais e de controle

A inclusão de obras na contratação de Gestão de Facilities, com previsão de extensão de prazo de vigência contratual em até 20 anos para a diluição do investimento da contratada, é o ponto mais inovador, segundo Crepaldi, diretor da Abrafac, por, inclusive, não ter paralelo no setor privado. O diretor da Abrafac entende que o setor público, ao incluir essa possibilidade, atuará como indutor do mercado, ampliando as atividades das empresas que trabalham com Facilities²⁰. Fortini e Oliveira consideram que o modelo previsto pela Lei nº 14.011/2020 para a gestão da ocupação de prédios públicos exige elevado grau de qualificação dos agentes de contratação do Poder Público, além de planejamento e gerenciamento dos riscos principalmente no caso de previsão de obras²¹.

Ricardo Crepaldi, diretor da Abrafac, considera como desafio a ser enfrentado pela Administração Pública a definição do objeto a ser contratado, especificamente, a opção pela modelagem a ser contratada, em função da ausência de um histórico de dados sobre a manutenção do prédio e da falta de capacitação dos servidores públicos em Gestão de Facilities. Uma vez estabelecido o contrato, Crepaldi destaca a importância da construção/organização de uma base de dados a partir de relatórios periódicos a serem disponibilizados pela contratada ao longo da execução contratual, que

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

²⁰ CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²¹ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

fornecerão as informações para as adequações durante a execução contratual (revisão de metas, por exemplo) e para as próximas contratações²².

A ampliação da competição, através da previsão de consórcios e subcontratação nos editais para a contratação de Gestão de *Facilities*, é fator determinante quanto à garantia da legalidade do certame, inclusive estando presente nas orientações do Tribunal de Contas da União – Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara²³. Essa exigência é necessária, visto que há muitas empresas no mercado que trabalham de forma isolada com cada item de serviços²⁴. Além disso, as exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas, necessárias para a seleção de empresas que apresentem melhor desempenho no mercado, também podem restringir a competitividade, problema que pode ser resolvido pela previsão de consórcios e subcontratação expressa no edital de contratação²⁵.

A reunião de todos os serviços em um único contrato pode resultar em muitos prejuízos, caso a contratada não apresente desempenho adequado. Um desafio a ser enfrentado é a mudança de cultura. É necessário trazer a lógica do setor privado para o setor público, fazendo as adequações. No caso específico, migrar da gestão de serviços (modelagem anterior) para a gestão com foco nos resultados²⁶. A contratação de Gestão de *Facilities* deve ser feita com Acordo de Nível de Serviço (ANS), instrumento em que a Administração Pública monitora e avalia a prestação do serviço não pelas especificações, mas pelos resultados, com previsão de aplicação de descontos para qualidade inadequada²⁷. Magalhães, gerente da Petrobrás, empresa

²² CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

²⁴ OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁵ CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*

²⁶ CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*

²⁷ MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília,

pública que iniciou o processo de *facilities* em 2009, afirma que é necessário melhorar os indicadores de qualidade e simplificar a especificação: reduzir o número de indicadores-chaves de desempenho (KPI: *key performance indicators*), centralizando em dois pontos: 1. número de ordens de serviço emitidas (preventivas e corretivas); e 2. satisfação do usuário (pesquisa de satisfação)²⁸.

Os problemas apontados anteriormente e outros decorrentes da contratação pública de serviços, caso não sejam tratados de maneira adequada, poderão comprometer a implantação da Gestão de *Facilities* pela Administração Pública e resultar em perda da eficiência esperada. O conhecimento de ferramentas da Análise Econômica do Direito aplicada aos contratos administrativos pode ser de grande utilidade como instrumento para o aprimoramento da gestão pública e sua normatividade.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

A Análise Econômica do Direito (AED), neste trabalho considerada como sinônimo de Direito e Economia (*Law and Economics*), surge nos Estados Unidos na década de 1960, nas Universidades de Chicago e Yale, como uma retomada a um movimento anterior ocorrido na Europa Ocidental. É impulsionada principalmente por Ronald Coase, que publica em 1960 o artigo “*The Problem of Social Cost*”, e por Guido Calabresi, com sua obra “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”. Richard Posner, em *Economic Analysis of Law* (1973), aprofunda a AED e abre caminho para que outros economistas da Escola de Chicago deem continuidade a seus trabalhos e desenvolvam a teoria. Outras escolas passam a abordar o tema e novas correntes contribuem para seu enriquecimento e transformação²⁹.

DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 1 – Gestão de *facilities* na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? **Revista do Tribunal**, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.

²⁸ MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de *Facilities*: experiências e aprendizados. PAINEL 1 – Gestão de *facilities* na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Mas o que é Análise Econômica do Direito? Nas palavras de Liborio e colaboradores:

[...]

Em síntese, a AED é uma abordagem abrangente que combina conceitos, técnicas, métodos e teorias de diferentes áreas do conhecimento e tem pelo menos quatro características principais. Primeira, tem o objetivo de compreender, explicar e antever a eficiência de alterações do ordenamento jurídico no comportamento dos agentes (Gico Júnior, 2012). Segunda, parte do princípio de que as instituições são determinantes para o desempenho econômico (North, 1990). Terceira, considera a presença e a relevância dos custos de transação nas organizações (Coase, 1960, 1995; Williamson, 1979, 2007, 1989, 1991). Quarta, entende que a ineficiência, no sentido de desperdício, é incompatível com a justiça. Em outras palavras, entende-se na AED que uma sociedade justa é uma sociedade eficiente (Alvarez, 2006) ou uma sociedade injusta e ineficiente é uma sociedade que desperdiça seus recursos escassos (Gico Júnior, 2012) [...]³⁰.

Salama destaca duas dimensões da disciplina Direito e Economia (Análise Econômica do Direito): a dimensão descritiva (Direito e Economia Positivo) e a dimensão prescritiva (Direito e Economia Normativo), distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo trata das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos e o Direito e Economia Normativo estuda de que forma as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar³¹.

No item a seguir, o conceito de eficiência é abordado na visão da AED, que não descarta o conceito vindo da economia, mas torna-o mais amplo, para o alcance das finalidades pretendidas.

3.1. A EFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DA AED

O termo “eficiência” apresenta várias definições. A mais comum é aquela relacionada à maximização da riqueza e do bem-estar e a redução dos custos sociais, sendo considerada eficiente uma situação em que não é possível aumentar os benefícios, sem aumentar os custos. No entanto, para a Análise Econômica do

³⁰ LIBÓRIO, Matheus Pereira; BERNARDES, Patrícia; EKEL, Petr; GICO JÚNIOR, Ivo. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021, p. 112. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/12054/pdf>. Acesso em: 3 jan. 2022.

³¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/. Acesso em: 5 jul. 2021.

Direito, os conceitos de eficiência paretiana e eficiência de Kaldor-Hicks mostram-se mais interessantes³².

A eficiência de Pareto é um conceito que foi criado pelo italiano Vilfredo Pareto, que considera eficiente apenas a alocação de recursos a partir da qual não seja possível nova realocação sem que a situação de qualquer participante seja prejudicada. A eficiência de Pareto pode ser resumida à eficiência da unanimidade. Ao se introduzir uma nova legislação, por exemplo, ela só será considerada Pareto Eficiente se todos os agentes afetados estiverem em situação melhor ou pelo menos igual, não havendo perdas para nenhum deles. A eficiência paretiana é restrita, uma vez que dificilmente uma situação que está em equilíbrio poderá ser modificada sem que ao menos um dos agentes sofra perdas³³.

Já a eficiência de Kaldor-Hicks é mais ampla, pois considera o resultado final para a sociedade quanto à maximização da riqueza e/ou aumento do bem-estar social, confrontando os benefícios e os custos sociais de uma norma. Diferentemente da eficiência de Pareto, a eficiência de Kaldor-Hicks admite perdas para agentes envolvidos desde que os ganhos sejam superiores e haja a possibilidade de compensação àqueles negativamente afetados, ainda que essa compensação não ocorra efetivamente³⁴.

A AED utiliza a eficiência de Kaldor-Hicks, justamente por ser mais ampla e aliar o conceito de eficiência ao crescimento econômico da sociedade, que, por ser complexa, apresentará a cada mudança perdas para alguns agentes, compensadas por ganhos maiores para a totalidade³⁵.

No contexto das contratações públicas, a eficiência inclui não apenas o preço, mas também a celeridade do processo e a qualidade do produto ou da prestação do serviço. Entendida dessa maneira, a maximização da eficiência nas contratações públicas é fundamental para otimizar o orçamento, para reduzir o desperdício de dinheiro público e os custos de transação³⁶.

³² SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017. E-book. Disponível em: obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010; TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

³⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*; TABAK, Benjamin, M. *Op. cit.*

³⁵ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

³⁶ OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de

3.2. AED nas contratações públicas

As contratações públicas apresentam problemas já verificados e discutidos na literatura especializada, destacando-se: dificuldade de partilha de risco entre as partes contratantes; assimetrias de informação entre os participantes das licitações; fragilidade das regras contratuais de renegociação, que são mais favoráveis ao setor público; ineficiência de instrumentos de controle. Tais problemas geram alguns dos efeitos estudados pela Análise Econômica do Direito, ignorados nos processos públicos, tais como: “custos de transação”; “seleção adversa” da parte contratante; efeito do “risco moral” (*moral hazard*); e “Administração refém” (*hold up*)³⁷.

3.2.1. Custos de transação

Os custos de transação são aqueles que existem para o estabelecimento das trocas. Em uma relação contratual, são os custos necessários para a concretização do ajuste (custos de transação *ex ante*) e para a sua manutenção (custos de transação *ex post*). Na fase pré-contratual, os principais custos de transação podem ser verificados na elaboração do contrato, na definição do seu objeto e nas negociações para a obtenção das melhores condições para a contratação. Após a celebração do contrato, os custos de transação relacionam-se à fiscalização do contrato, à solução dos conflitos e à repactuação das condições inicialmente acordadas³⁸.

De acordo com Dias, na contratação pública, os custos de transação são significativos, porém pouco avaliados, principalmente na fase interna (preparatória) da contratação. Nessa fase, os custos de transação consistem na necessidade de estudos e pesquisas que o poder público precisa realizar com o objetivo de garantir a descrição correta do objeto da contratação e da elaboração do edital do certame, de acordo com a legislação. A autora inclui também como custo de transação a própria manutenção de um aparato administrativo capacitado e permanente para o acompanhamento de cada etapa do processo: licitação, contratação, execução e fiscalização dos contratos³⁹.

contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

³⁷ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

³⁸ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

³⁹ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

De acordo com Williamson, os custos de transação ocorrem devido a fatores comportamentais dos agentes: racionalidade limitada e oportunismo e a fatores estruturais das transações: frequência, incerteza e especificidade dos ativos⁴⁰.

A racionalidade limitada pressupõe que, embora os agentes queiram agir de forma racional, ou seja, tenham essa intenção, a racionalidade de que dispõem não é integral, pois a capacidade humana é limitada tanto em processar informações como em transmiti-las. Não é possível conhecer todas as variáveis envolvidas em uma questão e muito menos estabelecer todas as suas relações. Nesse contexto, fica difícil tomar decisões acertadas, que venham a garantir a eficiência necessária⁴¹.

A impossibilidade de prever todos os acontecimentos futuros que envolvem uma transação, decorrente da racionalidade limitada, resulta na incompletude contratual. O reconhecimento desse fato e a necessidade de redução dos seus efeitos justifica a presença das usuais salvaguardas nos contratos. Faria, Ferreira e Gonçalves investigaram os fatores de riscos potencializados pela utilização do pregão eletrônico nas contratações públicas e concluíram que os órgãos públicos devem criar salvaguardas contra atitudes oportunistas⁴².

Por sua vez, o oportunismo é um comportamento humano que leva o agente, movido pelo autointeresse, a transmitir de forma intencional informação distorcida, promessas que se sabe de antemão que não serão cumpridas. O oportunismo pode surgir da assimetria informacional que existe entre contratante e contratada na fase pré-contratual, levando aquele que detém mais informações a usar dessa vantagem para obter renda⁴³.

Assim como a racionalidade limitada e o oportunismo (fatores comportamentais), a frequência, a incerteza e a complexidade de ativos (fatores estruturais) também influenciam os custos de transação⁴⁴.

A frequência está relacionada à quantidade de vezes que uma transação ocorre, tendo relação inversa com os custos de transação: quanto maior a frequência, menores os custos de transação. Se uma frequência for alta, os agentes procurarão não gerar perdas à outra parte, considerando-se que uma ação oportunista pode implicar

⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Op. cit.*

⁴¹ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

⁴² FARIA, Evandro Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; GONÇALVES, Márcio Augusto. Avaliação dos riscos do pregão eletrônico: uma abordagem pela Teoria da Nova Economia Institucional. **Revista de Ciências da Administração**, Santa Catarina, v. 15, n. 37, p. 211-227, dez. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273530345016>. Acesso em: 22 nov. 2021.

⁴³ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

interrupção da transação com conseqüente prejuízo. Além disso, quanto maior a frequência, mais fácil se dá a construção de confiança e de reputação. Nas contratações públicas, a Administração não pode escolher o contratado, uma vez que a contratação se dá através de certame. Nesse caso, para haver frequência, as empresas terceirizadas devem fazer os esforços para contratar com determinado órgão⁴⁵.

A fonte de incertezas nas instituições decorre da racionalidade limitada que reduz a capacidade dos agentes de se adaptarem a alterações no ambiente, mas também impede que o comportamento oportunista possa ser identificado pelo agente. No estudo de Padilha, Araújo e Souza, os autores verificaram que a base das incertezas nas contratações públicas realizadas por intermédio do pregão eletrônico é a racionalidade limitada dos requisitantes e do comportamento oportunista dos fornecedores, e concluíram que a descrição adequada dos produtos e serviços, aliada à capacitação dos servidores, deve aumentar a eficiência para a instituição estudada.

Quanto à especificidade dos ativos, as transações que envolvem ativos altamente específicos determinam uma relação de dependência mútua entre as partes, sendo o rompimento contratual desvantajoso para ambos. Isso acaba por estimular o desenvolvimento de complexas instituições e salvaguardas contratuais que sustentem a integridade das transações e a maior duração dos contratos⁴⁶.

3.2.2. Assimetria de informação

As assimetrias de informação entre os participantes das licitações (licitantes e setor público) geram ineficiência no processo de contratação, uma vez que o desconhecimento das informações necessárias pelas partes poderá levar à má execução do contrato. De acordo com Dias, as assimetrias de informação ocorrem principalmente em função de: falhas de descrição dos objetos a serem contratados; ausência de informações adequadas por parte do setor público sobre a capacidade operacional das empresas no mercado e da estrutura de custos da empresa vencedora do certame⁴⁷.

Por parte da Administração Pública, a assimetria informacional referente à estabilidade da empresa no mercado, às condições econômicas de arcar com a proposta no decorrer do contrato e à própria capacidade de executar o contrato com a qualidade requerida pode levar à seleção adversa. Os documentos que comprovam

⁴⁵ PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rbpd/article/view/7127>. Acesso em: 25 nov. 2021.

⁴⁶ PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. *Op. cit.*

⁴⁷ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

a qualificação técnica e econômica da empresa exigidos na fase da habilitação pela legislação não são suficientes, uma vez que são documentos burocráticos que não revelam, necessariamente, as condições reais da empresa, podendo resultar em descumprimento contratual ou execução com baixa qualidade⁴⁸.

3.2.3. Seleção adversa

A seleção adversa ocorre quando, por erros na definição do objeto e/ou falta de informações no contrato, é selecionado aquele que vai gerar prejuízos. Um exemplo prático de seleção adversa que ocorre no setor privado é o contrato de seguro de um veículo. Caso o valor seja muito alto, deverá selecionar apenas aqueles usuários que não têm cuidado com o veículo, o que ocasionará perdas para a seguradora. Por sua vez, o usuário cuidadoso, após celebrar contrato de seguro, pode não mais se preocupar em função de estar assegurado. Nesse caso específico, é possível oferecer um leque de modelos de contratos para que o contratante escolha aquele que mais combine com seu perfil⁴⁹.

No caso da contratação pública, só é possível oferecer um único modelo de contrato, cuja minuta já está publicada, juntamente com o edital. Nessa situação, caso haja falhas na fase preparatória da licitação, quando as demandas administrativas e o objeto do contrato são definidos, poderá resultar na incompletude e deficiência dos editais, gerando contratos mal elaborados, e culminando na seleção adversa do contratado. O contratado, por sua vez, por ter mais informações que o contratante (assimetria de informação antes da celebração do contrato) e poderá usar das falhas contratuais para executar o contratado de forma inadequada ou ainda pleitear uma repactuação, visando garantir o reequilíbrio econômico do contrato⁵⁰.

A modalidade de licitação tipo pregão favorece a seleção adversa da contratada por parte da contratante, devido ao fato de se tratar de procedimento que tem como critério único a seleção do menor preço, que quando associado a um edital que não contém especificações claras do objeto, poderá resultar em proposta vencedora que não atende às necessidades da Administração⁵¹.

⁴⁸ OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito** 3. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁴⁹ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

⁵⁰ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais** [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

⁵¹ OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. *Op. cit.*

Ferreira e Vasconcelos analisaram contratos de serviços contínuos realizados via pregão eletrônico pela Caixa Econômica Federal e verificaram que os contratos estabelecidos por valor inferior a 25% do estimado, apresentam maior percentual de rescisão antecipada por ineficácia na prestação dos serviços⁵².

De acordo com Nóbrega, a incompletude contratual pode ser intrínseca e extrínseca. A intrínseca decorre do fato de a Administração não ser capaz de definir de forma adequada o objeto do contrato, e a extrínseca, da racionalidade limitada, problemas cognitivos ou mesmo custos para a elaboração do contrato⁵³.

Para que se obtenha a proposta mais vantajosa, é necessária a especificação do produto/serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame⁵⁴.

A seleção adversa é falha contratual identificada antes da celebração do contrato, em função da assimetria de informações entre as partes. Quando a assimetria de informação é identificada após a celebração do contrato, gerando oportunismo na execução contratual, temos o problema de risco moral (*moral hazard*), que será descrito a seguir.

3.2.4. Risco moral

O risco moral (*moral hazard*) é muitas vezes caracterizado em situações de ineficácia contratual, em que a execução do contrato não está de acordo com as necessidades da contratada. Por exemplo, uma empresa começa a executar um contrato de forma adequada, mas em função de comportamento oportunista, vai reduzindo a qualidade dos insumos, com o objetivo de minimizar seus custos e aumentar seus lucros⁵⁵.

A adequada fiscalização pode identificar o problema de má qualidade na prestação dos serviços e, através da aplicação de glosas e/ou sanções, desestimular a manutenção da situação, garantindo que a contratada atenda as condições estabelecidas no contrato. Por sua vez, a precariedade na fiscalização dos contratos resultará em aumento do risco moral, na medida em que a contratada percebe a ausência de

⁵² FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. **Anais** [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021.

⁵³ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

⁵⁴ CRUZ, Márcio Motta Lima da. Efeitos das exigências do Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013 nas licitações realizadas pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4579, 14 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45725/efeitos-das-exigencias-do-acordao-tcu-plenario-n-1214-2013-nas-licitacoes-realizadas-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁵⁵ NOBREGA, Marcos. *Op. cit.*

fiscalização. No caso, o conhecimento por parte da empresa das falhas na fiscalização constitui informação privilegiada, que poderá inclusive ser utilizada em uma próxima licitação realizada pelo mesmo órgão⁵⁶.

3.2.5. Administração refém

Problemas como incompletude contratual, assimetria de informações e ausência/ineficiência da fiscalização, podem gerar a distorção contratual da Administração refém (*hold up*), em que uma das partes é tomada como refém, o que ocorre principalmente em contratos de longa duração como concessões e Parcerias Público-Privadas (PPP), em que a rescisão contratual pode ser desproporcionalmente mais danosa para uma das partes⁵⁷.

4. METODOLOGIA

A pesquisa desenvolvida para o artigo é classificada como aplicada, descritiva, qualitativa, de natureza exploratória. A metodologia utilizada para a coleta de dados foi descrita por Vergara, sendo utilizadas fontes primárias e secundárias de informações: pesquisa documental e pesquisa bibliográfica, respectivamente⁵⁸.

Buscou-se na literatura artigos científicos que incluíssem os dois termos principais do objeto deste trabalho: “Análise Econômica do Direito” e “Gestão de Facilities”, incluindo outras denominações (Gestão de Ocupação; *Facility Management*). Não foi localizado artigo científico que apresentasse os dois termos conjuntamente, optando-se, desta forma, pela pesquisa bibliográfica de cada um dos termos separadamente, sempre com foco nas contratações realizadas pelo setor público. Foram utilizados tanto artigos científicos como também artigos publicados em revistas, conferências do tipo *webinar* e *blogs* da internet, além de jurisprudência: acórdãos que antecederam à Lei nº 14.011/2020. Para a revisão bibliográfica sobre Análise Econômica do Direito aplicada às contratações públicas, foram utilizados principalmente os autores Nobrega, Dias e Oliveira e Lobão⁵⁹.

⁵⁶ OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁵⁷ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

⁵⁸ VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 46.

⁵⁹ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação

Para a pesquisa documental foram coletados dados de editais publicados pela Administração Direta do Estado de São Paulo para a contratação de Gestão de *Facilities*, via pregão eletrônico pela Bolsa Eletrônica de Compras (BEC). A busca foi realizada no site da BEC, utilizando as palavras chaves: “*Facilities*”, “Gestão de Instalações” e “serviços integrados”. Em seguida, foi utilizado o código que consta do Catálogo de Serviços da Bolsa Eletrônica de Compras para este tipo de contratação (218677 – Serviço de Gestão, Administração e Gerenciamento – Gestão de Serviços Terceirizados Prediais – Gestão de *Facilities*). O intervalo temporal utilizado para a pesquisa foi de janeiro de 2019 (data da publicação da MP nº 915/2019, que deu origem a Lei nº 14.011/2020) a setembro de 2021 (data de finalização da busca).

5. RESULTADOS

5.1. A eficiência da Lei nº 14.011/2020 sob a perspectiva da AED

Diante da segurança jurídica trazida pela Lei nº 14.011/2020, no seu art. 7º e das vantagens apresentadas, a opção pelo modelo de contratação de Gestão de *Facilities* deverá gradativamente substituir a contratação distinta para cada frente de serviços na maioria dos prédios ocupados pela Administração Pública. Quando uma nova lei altera uma situação estabelecida, ela será considerada eficiente se for possível melhorar a situação de um agente, sem causar prejuízo a outro (eficiência de Pareto) ou se o benefício gerado para um agente suplantar em valor a perda sofrida pelo outro com a possibilidade de compensação para aquele que sofreu a perda (eficiência de Kaldor-Hicks)⁶⁰.

Na contratação pública de Gestão de *Facilities* é possível identificar os seguintes agentes: a Administração Pública (contratante) e o setor privado (licitantes). A Administração Pública será beneficiada, pois estabelecerá contratos com valores mais baixos, devido à economia de escala, além dos outros benefícios apresentados. As empresas que já trabalham com Gestão de *Facilities* serão beneficiadas, pois contratos de gestão de serviços integrados são mais interessantes que contratos individuais (os primeiros apresentam valores altos). As empresas que não trabalham com Gestão de *Facilities*, mas que atuam em ramos específicos, como por exemplo, prestadoras

e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais** [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcade2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021; NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416; OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶⁰ TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

de serviços de manutenção de elevadores, deixarão de contratar diretamente com o setor público, porém poderão ser subcontratadas pela empresa vencedora (perda com possibilidade de compensação). As empresas menores que se ocupam de algumas das atividades mais simples que compõem o contrato de Gestão de *Facilities* serão prejudicadas, caso não consigam participar de consórcio ou não haja essa previsão no edital de contratação. No entanto, existe a possibilidade de compensação: a economia gerada para a Administração Pública na nova situação poderá ser utilizada em políticas de benefícios a pequenas empresas, por exemplo.

A partir do que foi apresentado, a Lei nº 14.011/2020, referente à possibilidade de contratação de gestão integrada de serviços com gerenciamento (Gestão de *Facilities*), pode ser considerada como eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks.

5.2. Custos de transação na contratação pública de Gestão de *Facilities*

A contratação de Gestão de Ocupação de Prédios Públicos, prevista pela Lei nº 14.011/2020, consiste na reunião de vários serviços de manutenção e conservação predial e outros relacionados, com possibilidade de inclusão de gerenciamento, bem como de insumos e equipamentos, além da inovadora possibilidade de inclusão de obras para adequação. Por ser um contrato de grande complexidade, em comparação às múltiplas contratações por frente de serviço, apresentará maiores custos de transação *ex ante*, devido à necessidade de capacitação, estudo e dedicação de servidores para as atividades de planejamento, definição da modelagem e elaboração de termo de referência. Os quantitativos de insumos deverão ser estimados e todos os equipamentos necessários deverão ser listados. No entanto, desde que a fase pré-contratual seja cumprida de forma adequada, espera-se que haja redução dos custos de transação *ex post*, principalmente porque o contrato será único e as negociações serão realizadas com uma só empresa, principal responsável pelo contrato. Além disso, a previsão no contrato de disponibilização de equipamentos e insumos pela contratada reduzirão os custos de transação referentes a processos de aquisição pela Administração Pública que nem sempre apresentam a celeridade necessária.

Em adição, a contratação de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública resultará em redução substantiva do número de licitações e de contratos relativos à manutenção e conservação predial, permitindo a diminuição do número de servidores que desempenham atividades meio nas instituições. A redução do aparato administrativo capacitado e permanente destinado ao processo de contratação pública também pode ser considerado como redução dos custos de transação, segundo Dias⁶¹.

⁶¹ DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. *Anais* [...]. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alcacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021

No entanto, a contratação pública de serviços pela Administração Pública, através de procedimento licitatório do tipo pregão eletrônico, apresenta características que podem gerar ineficiências, cujos efeitos resultam em aumento dos custos de transação. No caso de contratação de Gestão de *Facilities*, por se tratar de contrato de serviços mais complexos, os problemas decorrentes dessas ineficiências podem ganhar maiores proporções e implicar em perdas que comprometam a eficiência almejada com a adoção do modelo. No próximo item, será feita uma discussão sobre esses problemas e seus efeitos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED).

5.3. Principais problemas das contratações públicas de Gestão de Facilities sob a perspectiva da AED

A partir das informações obtidas na pesquisa bibliográfica referentes aos principais problemas na contratação pública de serviços e, especificamente, de Gestão de *Facilities* e das ferramentas fornecidas pela Análise Econômica do Direito aplicada a contratos, buscou-se neste estudo estabelecer relações entre as situações práticas e o conhecimento teórico, a fim de se obter aprofundamento sobre o tema.

Destacou-se para o estudo os seguintes problemas para a adoção de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública: inclusão de obras em contratos de serviços contínuos; dificuldade para a definição do objeto⁶²; restrição à competitividade na licitação⁶³; contratos celebrados por valor muito abaixo do referencial⁶⁴; e má qualidade na prestação dos serviços⁶⁵.

⁶² CREPALDI, Ricardo. Painei 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. *InfraFM*, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painei 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁶³ CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*

⁶⁴ FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. *Anais* [...]. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021; OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). *Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito* 3. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁶⁵ CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painei 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA

Foram utilizados para a discussão os efeitos estudados pela Análise Econômica do Direito que podem comprometer a eficiência do processo: custos de transação, seleção adversa da parte contratante, risco moral (*moral hazard*) e Administração refém (*hold up*)⁶⁶. Também foram utilizados na discussão os conceitos de racionalidade limitada, assimetria informacional, oportunismo e incompletude contratual.

No Quadro 1 a discussão foi resumida, destacando-se os efeitos dos problemas das contratações públicas de Gestão de Facilities sob a perspectiva da AED, bem como as salvaguardas contratuais identificadas na pesquisa bibliográfica.

Quadro 1 – Efeitos dos problemas das contratações públicas sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e indicação de salvaguardas contratuais para redução das ineficiências

Problemas na contratação pública de Gestão de Facilities	Efeitos dos problemas das contratações públicas sob a perspectiva da AED	Salvaguardas contratuais que podem reduzir as ineficiências
Inclusão de obras	Administração refém (<i>hold up</i>)	Clausula contratual com definição para o pagamento do valor da obra restante em caso de rescisão contratual antecipada.
Dificuldade para a definição do objeto de contratação	Seleção adversa	Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados para adequações na execução contratual e para utilização na próxima contratação.
Restrição da competitividade	Seleção adversa	Permissão de subcontratação/consórcios.
Contratos celebrados por valor inexecutável	Seleção adversa	Exigência de apresentação no Edital de planilha detalhada de composição de preços.
Má qualidade na prestação dos serviços	Risco moral	Instrumentos para fiscalização e monitoramento.

Fonte: Elaborado pela autora com base nos resultados do trabalho.

PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. *Op. cit.*; ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? *Revista do Tribunal*, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁶⁶ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

5.3.1. Inclusão de obras no contrato de Gestão de Facilities

Por se tratar de uma inovação da Lei nº 14.011/2020, a inclusão de obras no contrato de Gestão de *Facilities* constitui um desafio, visto que a necessidade da diluição do valor investido pela contratada em parcelas mensais poderá estender a vigência do contrato por até 20 anos. No caso, uma rescisão antecipada do contrato poderia gerar complicações quanto ao pagamento do valor restante referente à execução da obra. Essa situação, se não for adequadamente definida, poderá levar à ocorrência do efeito Administração refém (*hold up*), em que uma das partes se torna refém da outra e, por isso, precisa se submeter às condições a ela impostas, já que teria grandes perdas com o rompimento contratual.

5.3.2. Dificuldades para a definição do objeto de contratação e manutenção de histórico de dados

Por se tratar da implantação de nova modelagem de gestão de serviços para ocupação de prédios públicos, a Administração Pública ainda não tem a experiência do setor privado, principalmente verificada nas grandes empresas. Além disso, como pontua Crepaldi, muitos órgãos públicos não mantêm um histórico de dados referentes à manutenção do prédio, o que dificulta a definição por parte dos agentes da modelagem adequada às reais necessidades⁶⁷. Aliada à escassez de informações, a falta de capacitação em Gestão de *Facilities* reduz a capacidade dos agentes, que já é limitada (racionalidade limitada), gerando contratos incompletos (incompletude contratual), que, por apresentarem falhas, favorecem atitudes oportunistas por parte dos licitantes. As empresas do mercado que trabalham com Gestão de *Facilities* têm muito mais informações que a contratante (assimetria de informação) e podem usar o conhecimento das lacunas do edital como vantagem para obterem maiores rendas (oportunistismo), o que pode resultar na seleção adversa por parte da contratante.

Uma vez estabelecido o contrato, Crepaldi destaca a importância da construção/organização de uma base de dados a partir de relatórios periódicos a serem disponibilizados pela contratada ao longo da execução contratual, que fornecerão as informações para as adequações durante a execução contratual (revisão de metas, por exemplo) e para as próximas contratações⁶⁸.

5.3.3. Restrição à competitividade na licitação

A reunião de vários serviços em um único contrato pode reduzir a competitividade no certame, principalmente quando inclui os serviços mais complexos (*hard*

⁶⁷ CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁶⁸ CREPALDI, Ricardo. *Op. cit.*

services). Outras exigências específicas quanto à qualificação técnica e econômica também podem ser fatores limitantes para a participação de empresas menores no pregão eletrônico. A diminuição da competitividade, traduzida como número reduzido de participantes em uma licitação, é fator preocupante, uma vez que pode resultar em contratações celebradas por valor superior ao que seria obtido em ambiente de ampla concorrência.

De acordo com a orientação dada pelo Acórdão TCU nº 10.264/2018 – 2ª Câmara, a ampliação da competitividade, através da previsão de consórcios e/ou subcontratação nos editais para a contratação de Gestão de Facilities, é fator determinante quanto à garantia da legalidade do certame⁶⁹. Lea Marques de Oliveira destaca que essa exigência é necessária visto que há muitas empresas no mercado que trabalham de forma isolada com cada item de serviços⁷⁰. Além disso, as exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas, necessárias para a seleção de empresas que apresentem melhor desempenho no mercado, também podem restringir a competitividade, caso não haja previsão de consórcios expressa no edital de contratação, com divisão de responsabilidades entre as empresas consorciadas⁷¹. Em situações específicas, como em cidades menores e mais afastadas de grandes centros, a inclusão no edital de exigências quanto à qualificação técnica e econômica das empresas sem a previsão de possibilidade de subcontratação e/ou consórcio pode ter como consequência licitação fracassada, situação prejudicial à Administração Pública em que ocorre aumento de custos de transação.

5.3.4. Valor da contratação muito abaixo do estimado

A Gestão de Facilities, na modelagem em que não há inclusão de obras, é serviço considerado comum e, portanto, a contratação ocorre via pregão eletrônico. Nessa modalidade de licitação, também chamada de leilão reverso, os licitantes ofertam lances dentro de um período de tempo e a vencedora do certame será aquela que der o lance de menor valor, desde que sua proposta não seja desclassificada.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

⁷⁰ OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁷¹ CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Existem casos em que o valor da proposta vencedora na etapa de lances encontra-se muito abaixo do valor referencial, obtido pela Administração Pública na fase anterior à publicação do edital.

Quando isso acontece, cabem as três situações a seguir: o valor orçado pela Administração foi superestimado; a licitante dispõe de situação que justifica redução nos seus custos; ou a licitante apresentou proposta cujo valor será insuficiente para a adequada execução contratual. Nos dois primeiros casos, não haverá prejuízo para a Administração; entretanto, se a situação for o subdimensionamento dos custos na elaboração da proposta apresentada pela contratada, os prejuízos deverão ocorrer ao longo da execução contratual, uma vez que, diante da necessidade de garantir seu lucro, a contratada poderá reduzir seus custos sem o comprometimento com a manutenção da qualidade da prestação dos serviços.

Se considerarmos uma situação hipotética em que a empresa diminuiu o valor da sua proposta para vencer o certame, mesmo sabendo que o valor não seria suficiente para atender às exigências contidas no edital, e que a Administração aceitou como exequível a proposta ofertada, por não ter conhecimento dos custos pertinentes à atividade desempenhada pela empresa (racionalidade limitada), temos a assimetria de informação entre os dois polos da contratação. Na fase de execução contratual, a empresa contratada utilizará o comportamento oportunista para garantir o lucro, deixando de cumprir obrigações contratuais e reduzindo a qualidade da prestação de serviços. Dessa forma, a assimetria de informação resultará na seleção adversa por parte da contratante, em que o sistema de escolha ficou restrito ao menor preço, mas não selecionou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Isso levará ao aumento dos custos de transação *ex post* por parte da Administração, que, além de aplicar as penalidades previstas, não poderá prorrogar o contrato ou, ainda, deverá pedir sua rescisão antecipada.

Uma possível solução para esse problema seria constar no edital a exigência de apresentação da planilha de composição de preços detalhada, com a descrição de todos os custos, a ser entregue juntamente com a proposta. A equipe do pregão, por sua vez, precisa estar qualificada para identificar subdimensionamentos de custos e, a partir da constatação, sentir-se segura para a desclassificação da proposta.

5.3.5. *Má qualidade na prestação dos serviços*

A qualidade da prestação dos serviços contínuos relacionados à manutenção e conservação predial pode ter grande impacto na produtividade dos setores que trabalham com as atividades finalísticas da organização. Um ambiente adequado para o desenvolvimento do trabalho, higienizado e em pleno funcionamento, é fundamental para as interações entre os servidores, para o desenvolvimento de suas potencialidades, e satisfação dos usuários que utilizam o espaço para obtenção dos serviços públicos de que necessitam.

Desta forma, a reunião de todos os serviços em um único contrato pode resultar em muitos prejuízos, caso a contratada não apresente desempenho adequado, uma vez que no modelo Gestão de Facilities com gerenciamento, um desempenho sofrível da contratada terá impacto não só em único serviço, mas provavelmente em vários, senão todos⁷².

A má qualidade da prestação dos serviços pode ser resultante de um comportamento denominado efeito de risco moral (*moral hazard*), em que uma empresa começa a executar um contrato de forma adequada, mas em função de comportamento oportunista vai baixando a qualidade dos insumos, com o objetivo de reduzir seus custos e aumentar seus lucros⁷³.

Caso ocorra deficiência na fiscalização do contrato, essa informação privilegiada da contratada poderá resultar em diminuição progressiva da qualidade na execução dos serviços em função de aumento do risco moral⁷⁴. Em uma próxima licitação do mesmo órgão para o mesmo objeto, a empresa que detém a informação privilegiada sobre a fiscalização deficiente utilizará dessa assimetria de informação em relação aos demais contratantes para garantir a oferta de proposta de menor valor, o que resultará em provável seleção adversa por parte da contratante.

Para a redução do problema é necessário que o setor público passe a focar nos resultados ao invés de se debruçar nas especificações e procedimentos⁷⁵, sendo

⁷² OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁷³ NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

⁷⁴ OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

⁷⁵ CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

importante incluir nos contratos indicadores e metas associadas para o pagamento, de acordo com a qualidade da prestação dos serviços⁷⁶.

5.4. Classificação dos editais de Gestão de Facilities da Administração Direta do Estado de São Paulo

Como descrito na Metodologia deste trabalho, foi realizada uma busca no site da BEC, tendo sido encontrados cinco editais destinados à contratação de Gestão de Facilities no recorte temporal de 1 ano e 9 meses: janeiro de 2020 a setembro de 2021.

Uma possibilidade para o número reduzido de editais para a contratação de Gestão de Facilities pela Administração Direta do Estado de São Paulo é que, embora o modelo já fosse admitido para o setor público nos acórdãos (Acórdão nº 1.214/2013 – TCU – Plenário, Acórdãos nº 929/2017 – Plenário e nº 10.264/2018 – 2ª Câmara), somente com a publicação da Lei nº 14.011/2020 houve segurança jurídica para que os gestores optassem pelo modelo de contratação⁷⁷.

Com o objetivo de verificar a presença de salvaguardas contratuais para a redução das ineficiências do processo, identificadas no item 5.3 deste trabalho, os editais foram classificados de acordo com os critérios: 1. Complexidade do modelo adotado para a contratação. 2. Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento. 3. Instrumentos que garantam o pagamento por resultado. 4. Inclusão da permissão para subcontratação/consórcio. 5. Exigência de apresentação de planilha detalhada da especificação dos custos/composição de preços.

Critério 1. Complexidade do modelo adotado para a contratação. Para a classificação quanto à complexidade do modelo, foram atribuídos conceitos às possibilidades de contratação estabelecidas pela Lei nº 14.011/2020 (art. 7º): “baixa” para aglutinação de serviços (limpeza predial, recepção, portaria e outros) em um único contrato sem contratação de gerenciamento; “média” para a contratação de serviços de facilities de baixa e alta complexidade (“soft” e “hard services”) com gerenciamento (Gestão de Facilities); “alta” para a contratação de Gestão de Facilities, com inclusão de materiais/equipamentos/insumos para reposição e “máxima” para a contratação de

⁷⁶ MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Paineis 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022; RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Paineis 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. *Anais* [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

⁷⁷ FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. *InfraFM*, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Gestão de *Facilities*, com inclusão de materiais/equipamentos/insumos para reposição e contratação de obras para adequação ao modelo.

Esse critério, isoladamente, não nos fornece informações sobre ineficiências, uma vez que a definição da modelagem é discricionária ao gestor público, devendo ser motivada e justificada no processo. No entanto, é importante a classificação quanto a esse critério em função de uma relação direta entre a complexidade da contratação e as possibilidades de ocorrência de ineficiências, sendo necessário planejamento ainda mais cuidadoso nas contratações mais complexas para evitar/reduzir as incompletudes contratuais.

A complexidade do modelo adotado para a Gestão de *Facilities* pelos órgãos estudados foi considerada “média” em três dos cinco editais analisados, pois incluíram o gerenciamento, além da reunião de vários serviços. Em um edital, a contratação foi considerada de média/alta complexidade, pois incluiu alguns insumos como material de higiene, café, açúcar e outros no contrato de Gestão de *Facilities*. Somente um edital trouxe a previsão de fornecimento de insumos e equipamentos, o que proporciona uma maior agilidade ao processo, recebendo a classificação “alta” para a complexidade da contratação.

Como são projetos pilotos, é possível que em próximas contratações, haja previsão para esse aprimoramento do modelo adotado: inclusão de materiais, equipamentos e insumos, já que a implantação do modelo de Gestão de *Facilities* proporciona o melhor acompanhamento e acesso a dados para a estimativa de consumo.

Critério 2. Instrumentos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento. Para a classificação quanto à presença/ausência de mecanismos para acompanhamento, controle e acesso de dados de gerenciamento, considerou-se a previsão nos editais da exigência de apresentação periódica por parte da contratada de relatórios, cópia de banco de dados ou disponibilização de *software* que permita o acesso pela contratante aos dados de gerenciamento, consumo de insumos e outros.

Apenas um edital não previu a entrega periódica de dados pela contratante. Em dois editais foi incluída a contratação de “*software*” de gerenciamento para o envio de dados, o que garante disponibilização das informações pela contratada assim que o sistema é alimentado, sem a necessidade de aguardar a emissão de relatórios.

Critério 3. Instrumentos que garantam o pagamento por resultado. Para a classificação quanto à presença/ausência de mecanismos para pagamento por resultado, considerou-se a inclusão nos editais de possibilidades de aplicação de glosas não apenas para o serviço não prestado, mas também para o serviço prestado com qualidade inferior à almejada: Acordo de Nível de Serviço (ANS); Índice de Medição de Resultados (IMR); e outros, com indicadores de qualidade/resultados.

Esse critério foi identificado na revisão bibliográfica como determinante para garantir a adequada prestação dos serviços e para reduzir os custos de transação caso a qualidade não esteja dentro de parâmetros aceitáveis. O desconto (glosa) mensal, definido no edital, dá celeridade ao gestor do contrato que tem um instrumento

imediatamente para corrigir deficiências. Caso o desconto não esteja previsto no edital, restará ao gestor do contrato propor sanções à contratada, incorrendo em maiores custos de transação.

Dos cinco editais selecionados, três apresentam a possibilidade de pagamento em função da qualidade da prestação dos serviços, sendo que em dois deles são citados indicadores de desempenho com metas pré-determinadas. Em dois editais não constam os instrumentos para o pagamento em função dos resultados, ainda que em um deles exista a menção do procedimento no edital.

Critério 4. Inclusão da permissão para subcontratação/consórcio. De acordo com a orientação dada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 10.264/2018 – 2ª Câmara, em licitações de serviços diversos em contrato único, a possibilidade de subcontratação e estabelecimento de consórcios para a contratação de Gestão de *Facilities* é fundamental para amenizar a restrição à concorrência decorrente da junção de inúmeros serviços em um único objeto⁷⁸.

Caso sejam incluídas exigências de qualificação técnica e econômica mais específicas, a inclusão expressa no edital de permissão para consórcio é necessária, de forma que empresas menores possam se agrupar para atender às exigências do edital.

Todos os editais selecionados apresentam previsão de subcontratação e/ou consórcio em percentuais que dependem do modelo de contratação adotado, bem como do nível de complexidade dos serviços reunidos. A presença desse item em todos os editais mostra que as orientações do Tribunal de Contas da União foram seguidas, garantindo-se a competitividade e ampla participação das empresas na contratação direta ou indiretamente.

Critério 5. Exigência de apresentação de planilha detalhada da especificação dos custos/composição de preços. A solicitação da planilha detalhada de composição de preços que justifica a proposta apresentada pela licitante não é obrigatória, porém é instrumento fundamental para que o pregoeiro tenha a segurança requerida para a desclassificação de proposta que apresenta valor muito abaixo do referencial. Considerar uma proposta como inexequível baseado apenas no percentual de redução diante do valor estimado pela Administração Pública pode ser considerado subjetivo, já que não permite que a licitante apresente de forma clara seus custos. Além disso, sempre há a possibilidade de o preço referencial estar acima dos valores praticados no mercado. A apresentação da planilha com todos os custos da licitante e do lucro e sua análise criteriosa pela Administração é instrumento que possibilita critério objetivo para desclassificação de propostas com subdimensionamentos não justificados.

Dos cinco editais selecionados, três incluíram de forma expressa a exigência de apresentação de planilha de composição de custos/preços, sendo oferecido

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

inclusive um modelo para utilização das licitantes. Nos outros dois editais, embora não houvesse a exigência, havia a possibilidade de solicitação para fins de aceitabilidade da proposta. No entanto, após consulta da ata do pregão eletrônico, verificou-se que a planilha de composição de custos/preços não foi solicitada.

A classificação dos editais quanto aos critérios mencionados anteriormente foi resumida no Quadro 2.

Quadro 2 – Classificação dos editais de contratação de Gestão de Facilities quanto à presença de mecanismos para redução de ineficiências

Oferta de compra	UC	Complexidade do modelo	Instrumentos para fiscalização/ controle	Mecanismos para pagamento por resultados	Permissão para subcontratação/ consórcio	Exigência expressa no edital de apresentação da planilha de composição de preços
0300300000 120190C00140	FED-TRIBUNAL DE JUSTIÇA	Média	Software de gerenciamento com envio mensal de relatórios.	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho.	Presente – consórcio, subcontratação	Presente (Anexo I-D do Edital)
0923010905720210C00633	H. CLÍNICAS, SAO PAULO	Alta	Software de gerenciamento	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho.	Presente – consórcio e subcontratação	Presente (modelo no Edital)
1300330000 120200C00064	FED- ADM. COORD. DEFESA AGROPECUARIA	Média	Envio mensal de relatórios	Não consta, embora previsto pagamento por resultado no edital.	Presente – subcontratação	Presente (Anexo II.1 do Edital)
2901180000 120210C00040	SUBSECR. CONVÊNIOS COM MUNIC. N. GOVERNAMENTAIS	Média/Alta	Não consta	Não consta.	Presente – subcontratação	Ausente – planilha detalhada de composição de custos não foi solicitada.
102105105 820180C00079	USP- FACULDADE DE MEDICINA	Média	Software de gerenciamento com envio mensal de relatórios	Avaliação da qualidade dos serviços e indicadores de desempenho (ANS).	Presente – subcontratação	Ausente – planilha detalhada de composição de custos não foi solicitada.

Fonte: Elaborado pela autora com base nos resultados do trabalho.

A partir da classificação realizada, verificou-se que os editais para a contratação de Gestão de Facilities pela Administração Direta do Estado de São Paulo ainda estão em fase de experimentação, considerando que as contratações surgiram como projetos pilotos. Dos cinco editais selecionados, destaca-se o do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que apresentou todos os itens cuja presença foi considerada

importante no decorrer deste estudo para reduzir possíveis ineficiências, o que indica que a equipe responsável pela preparação do edital teve grande dedicação à etapa de planejamento da contratação. Dois dos editais selecionados apresentam incompletude contratual significativa que podem gerar ineficiências e resultar em rescisão antecipada ou não prorrogação do contrato, e conseqüentemente, aumento dos custos de transação.

6. CONCLUSÃO

1. A contratação de serviços de gestão integrada para ocupação de prédios públicos (Gestão de *Facilities*), que consta do art. 7º da Lei nº 14.011/2020, pode ser considerada como eficiente, utilizando-se o conceito de Kaldor-Hicks.
2. A adoção do modelo de Gestão de *Facilities* pela Administração Pública reduz custos de transação *ex ante* (redução do número de processos de contratação) e *ex post* (negociações pós-contratuais realizadas com uma única contratada).
3. A aplicação das ferramentas da Análise Econômica do Direito à contratação pública de Gestão de *Facilities* permitiu a previsão de conseqüências que as ineficiências podem gerar.
4. A contratação de Gestão de *Facilities* pela Administração Direta do Estado de São Paulo está na fase inicial, tendo sido localizados na Bolsa Eletrônica de Compras (BEC) apenas cinco editais publicados.
5. A inclusão de salvaguardas no contrato (fase pré-contratual) é essencial para minimizar problemas na fase pós-contratual.
6. É necessário mudar a cultura de contratação de serviços contínuos, que deverá migrar de uma contratação por especificação para uma contratação por resultados, em que o pagamento só deverá ser feito mediante Acordo de Nível de Serviços (ANS), com estabelecimento de metas a serem cumpridas.
7. Este trabalho apresenta limitações devido à escassez de informações sobre Gestão de *Facilities* no setor público brasileiro, mas poderá ser o ponto de partida para futuros estudos que se aprofundem no tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ana Maria da Silva; JERÔNIMO, Taciana de Barros; RAMOS, Patrícia Tatiana Ferreira; SANTOS, Juliana Karla Rodrigues de Souza. A gestão de facilities na manutenção de uma instituição pública. **Revista Gestão Industrial**, Ponta Grossa, v. 16, n. 3, p. 129-146, jul./set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view/8968/7901>. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Federal Normativa nº 5/2017, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes

do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-Atualizada>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020**. Conversão da Medida Provisória nº 915 de 2019. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 9.636, de 15 de maio de 1998, nº 13.240, de 30 de dezembro de 2015, nº 13.259, de 16 de março de 2016, e nº 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis nº 9.702, de 17 de novembro de 1998, nº 11.481, de 31 de maio de 2007, e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14011.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 929/2017**. Plenário. Relator: Ministro José Mucio Monteiro. Sessão de 10/5/2017. Brasília, DF: TCU, 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-2258409/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1214/2013**. Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 22/05/2017. Brasília, DF: TCU, 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1214%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 9.750/2016**. Plenário. Relator: Ana Arraes. Sessão de 23/08/2017. Brasília, DF: TCU, 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2098330/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 10.264/2018**. 2ª Câmara. Relatora: Ministra Ana Arraes. Sessão de 23/10/2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/10264%252F2018/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 4 jan. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CREPALDI, Ricardo. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais [...]**. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

CRUZ, Márcio Motta Lima da. Efeitos das exigências do Acórdão TCU-Plenário nº 1.214/2013 nas licitações realizadas pelo Tribunal de Contas da União. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4579, 14 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45725/efeitos-das-exigencias-do-acordao-tcu-plenario-n-1214-2013-nas-licitacoes-realizadas-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao>. Acesso em: 15 jan. 2022.

DIAS, M. T. F. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS: PARA UM CRESCIMENTO DA ECONOMIA ASSENTE NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL, INTELIGENTE E INOVADORA, 2., 16-18 nov. 2016, Luanda. **Anais [...]**. Braga: NEDIP, 2016. Disponível em: https://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

FARIA, Evandro Rodrigues de; FERREIRA, Marco Aurélio Marques; GONÇALVES, Márcio Augusto. Avaliação dos riscos do pregão eletrônico: uma abordagem pela Teoria da Nova Economia Institucional. **Revista de Ciências da Administração**, Santa Catarina, v. 15, n. 37, p. 211-227, dez. 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273530345016>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FERREIRA, Cristiane; VASCONCELOS, Marco. A eficácia da prestação de serviços contínuos licitados pela modalidade pregão contratados pelo menor preço. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 21., 17-19 nov. 2014, Natal. **Anais [...]**. São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, 2014. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3767/3768>. Acesso em: 12 dez. 2021.

FORTINI, Cristiane; OLIVEIRA, Rafael Sérgio. A Lei nº 14.011/2020 e a contratação de facilities pela administração pública. 27 de julho de 2020. **InfraFM**, São Paulo, 27 jul. 2020. Disponível em: <https://infrafm.com.br/Textos/1/21095/A-Lei-n-140112020-e-a-contratacao-de-facilities-pela-administracao-publica>. Acesso em: 12 jun. 2021.

GUIMARÃES, Ivana Maria Rozzo; GONÇALVES, Renato Erdmann. Introdução do modelo de facilidades na Administração Pública: estratégia para redução de custos e otimização de recursos. Painel 43/003: Ajuste Fiscal: Ações Inovadoras Para Redução Permanente de Gastos. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 8-10 jun. 2016, Brasília, DF. **Anais [...]**. Brasília, DF: Consad, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-43-03.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

LIBÓRIO, Matheus Pereira; BERNARDES, Patrícia; EKEL, Petr; GICO JÚNIOR, Ivo. A abordagem da Análise Econômica do Direito em contratações públicas: uma revisão sistemática da literatura do Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, DF, v. 12, n. 2, p. 110-144, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/12054/pdf>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MAGALHÃES, Felipe Pinheiro. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA

PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

NOBREGA, Marcos. Análise econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

OLIVEIRA, Jacqueline do Socorro Neri Rodrigues; LOBÃO, Fernando Peixoto Fernandes de. A utilização da Análise Econômica do Direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. Cap. 7. In: VASCONCELOS, A. W. S. (org.). **Cidadania, poder e desenvolvimento no estado democrático de direito 3**. Ponta Grossa: Atena, 2020, p. 88-103. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39807>. Acesso em: 20 dez. 2021.

OLIVEIRA, Léa Marques. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 2 – Perspectiva jurídica e de controle. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.020/2020. **Portal L&C Licitações e Contratos**, [s. l.], 15 nov. 2020. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_73.pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

PADILHA, Angélica; ARAÚJO, Everton Coimbra de; SOUZA, José Paulo de. Influência das incertezas nas contratações públicas por intermédio do pregão eletrônico. **Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 67-84, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/rbpd/article/view/7127>. Acesso em: 25 nov. 2021.

RESENDE FILHO, Evaldo. Contratação de Facilities: experiências e aprendizados. Painel 1 – Gestão de facilities na prática. In: WEBINAR ENCONTRO AO VIVO PELA PLATAFORMA ZOOM. CONTRATAÇÃO DE FACILITIES: EXPERIÊNCIAS E APRENDIZADOS, 2020. **Anais** [...]. Brasília, DF: Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5208>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em Direito & Economia**: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017. *E-book*. Disponível em: obra-completa-estudos-em-direito-economia.pdf. Acesso em: 8 jul. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano B. (org.). **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/. Acesso em: 5 jul. 2021.

TABAK, Benjamin, M. A análise econômica do direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, n. 502, 2015, p. 321-345. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509955>. Acesso em: 30 dez. 2021.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: Atlas, 1997.

WEISE, Andreas Dittmar; SCHULTZ, Charles Albino; ROCHA, Rudimar Antunes da. Facility Management”: contextualização e desenvolvimento. **Latin American Real Estate Society (LARES)**, [s. l.], 2011, p. 543-738. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/lre/wpaper/lares-2011-543-738-1-rv.html>. Acesso em: 3 set. 2024.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The Economic Institution Of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. New York: The Free Press, 1985. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806114/mod_resource/content/1/Williamson.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

ZAGATTO, Thiago Anderson. Inovação nos serviços de limpeza na administração pública – idealismo ou necessidade? **Revista do Tribunal**, n. 133, 2015, p. 88-95. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1309>. Acesso em: 10 jan. 2022.