

Procedimentos auxiliares na Nova Lei de Licitações: o *Rating* de fornecedores no registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse

Rafael Carvalho de Fassio

Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e doutorando em Direito Administrativo pela USP. Foi consultor externo do BID para compras públicas de inovação e inovação aberta no Brasil. *Fellow* no *Centre for the Fourth Industrial Revolution* (San Francisco/EUA), do Fórum Econômico Mundial.

Marcos Nóbrega

@profmarcosnobrega

Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

Palavras Chaves

Procedimentos auxiliares; Registro cadastral; Procedimento de manifestação de interesse (PMI); *Rating*; Desempenho prévio.

Resumo

O artigo discute como alguns procedimentos auxiliares previstos na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) podem ser vetores importantes para a transformação do sistema brasileiro de compras públicas. O estudo analisa dois desses procedimentos. Primeiramente, ao tratar do registro cadastral (art. 87 e 88), a nova legislação torna possível a construção de um sistema unificado de *rating* dos fornecedores do setor público, estimulando o aproveitamento do seu desempenho passado em licitações futuras em pelo menos três casos (art. 37, III; art. 60, II e art. 67, II). Após, o regramento

previsto para o procedimento de manifestação de interesse (art. 81) incorpora a praxe já consolidada no setor de infraestrutura, invertendo a lógica natural do processo de compra pública para permitir uma via transparente, isonômica e impessoal de participação privada na fase preparatória das licitações regidas pela Nova Lei. Por fim, são apresentadas conclusões e considerações finais sobre o tema.

1 - INTRODUÇÃO

Esqueça o diálogo competitivo, a segregação de funções e os novos valores de dispensa de licitação: talvez as maiores inovações da Nova Lei de Licitações e Contratos residam nos procedimentos auxiliares previstos no artigo 78 da Lei nº 14.133/2021. Largamente negligenciados pela doutrina, o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral são figuras bastante conhecidas na praxe administrativa que receberam, pela primeira vez, tratamento unificado pela Nova Lei de Licitações. Segundo Marçal Justen Filho, a categoria dos “procedimentos auxiliares” congrega diversos procedimentos administrativos autônomos que, por não terem vínculo com uma licitação específica, podem ter seus resultados aproveitados em um número indeterminado de contratações, favorecendo a padronização, a economicidade e a racionalização da atividade administrativa¹.

O impacto dos procedimentos auxiliares é potencializado pelo gigantismo do mercado público no Brasil, que corresponde a cerca de 12,5% do PIB² e contabiliza quase 180 mil procedimentos de contratação por ano,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Ed. RT, 2021, pp. 1125-1128.

² "(...) é possível dizer que o mercado de compras governamentais brasileiro tem um tamanho equiparável ao dos países da OCDE. Para o período analisado, esse peso nunca esteve abaixo de dois dígitos, ou seja, uma média de 12,5% do PIB no período 2006-2016". RIBEIRO, Caio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Texto para Discussão, n. 2476. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019. p. 26.

somente na esfera federal³. Para a maior parte dos gestores brasileiros, a prática da compra pública é um fenômeno quase binário, que orbita entre os polos opostos da contratação direta e do pregão. Um estudo realizado pelo IPEA mostra como o pregão cresceu exponencialmente desde 2001, correspondendo a 93% das licitações realizadas no país em 2011⁴. Nas últimas décadas, as “modalidades” da Lei nº 8.666/1993 passaram a ocupar um espaço residual, quase inexpressivo, cada vez mais esvaziado por exceções criadas para concessões, organizações sociais, PPPs, RDC, parcerias voluntárias e empresas estatais.

Ao incorporar em seu texto trechos de decretos, Instruções Normativas, jurisprudência do Tribunal de Contas da União e até mesmo editais elaborados pela Advocacia Geral da União, a Nova Lei de Licitações limitou-se a ser uma compilação útil, uma lei maximalista que inova muito pouco e mais ajuda a entender o que a contratação pública é do que, efetivamente, ela poderia ser. Entretanto, e embora seja merecedora de muitas críticas que recebe nessa seara, é preciso reconhecer que o tratamento dado aos procedimentos auxiliares pela nova legislação é bastante positivo e apresenta potencial relevante.

Na experiência comparada, são vários os casos em que instrumentos análogos aos procedimentos auxiliares da Lei nº 14.133/2021 mostraram-se revolucionários sob a perspectiva de gestão, tal como tentado recentemente pela União com o almoxarifado virtual nacional⁵. Por exemplo, o *Government Digital Marketplace* é uma plataforma online criada pelo governo britânico que revolucionou a contratação de serviços de Tecnologia da Informação (TI) – em

³ Dados do COMPRASNET, com base na média do total de compras no período 2016-2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br>. Acesso em 29/06/2021.

⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional*. Texto para discussão nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 93.

⁵ Sobre o almoxarifado virtual nacional, projeto ainda em andamento na Central de Compras do Ministério da Economia, confira a página seguinte: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/gestao/central-de-compras/almoxarifado-virtual-nacional>. Acesso em 26/06/2021.

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fássio
Marcos Nóbrega

especial, desenvolvimento de *software*, *hosting*, oferta de serviços digitais (SaaS) e soluções baseadas em nuvem – pelo setor público no Reino Unido⁶. O projeto estende a experiência bem-sucedida do *G-Cloud framework*, implementado em 2012, e foi estruturado com base em diversos *Framework Agreements* – instrumento análogo ao *convenio marco* chileno⁷ e ao sistema de registro de preços brasileiro – tornando possível a celebração de um grande número de contratações a partir de uma mesma e única licitação. Para tanto, o *Crown Commercial Services* e o *Government Digital Service* do Reino Unido instituíram o *Digital Marketplace* como um portal dedicado à divulgação de todos os itens disponíveis nos *framework agreements* em vigor, simplificando o processo de contratação de serviços de TI e aproximando os clientes públicos de seus fornecedores privados.

O objetivo deste artigo é indagar como os procedimentos auxiliares previstos na Lei nº 14.133/2021 – em especial, no recorte realizado neste estudo, o registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse – podem ser elementos de transformação das compras públicas no Brasil sob uma perspectiva sistêmica, como defende Khi V. Thai⁸. Para tanto, o texto encontra-se dividido em quatro partes, sendo que a primeira corresponde a esta introdução. A segunda trata do registro cadastral e discute como o regramento previsto na Nova Lei de Licitações pode contribuir para a construção de um sistema de *rating* de fornecedores que estimula o

⁶ Disponível em www.digitalmarketplace.service.gov.uk. Confira também o *Government Technology Innovation Strategy*, 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/the-government-technology-innovation-strategy/the-government-technology-innovation-strategy>. Acessos em 24/06/2021.

⁷ Segundo a Ley nº 19.886/2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004>. Acesso em 26/06/2021.

⁸ Essa visão sistêmica, segundo Thai, permite comparar a dinâmica das contratações públicas ao funcionamento de um carro: "After being assembled, the public procurement system is similar to a car. The vehicular performance of a car depends on many factors, including the quality of its parts, engineering design, road and traffic conditions, and its driver. Similarly, the vehicular performance of a public procurement system depends on its elements, (...). As these elements vary among governmental entities, it is impossible to come up with a one-size-fits-all public procurement system as the performance of a system depends not only on its elements but also on its chemistry" THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001, p. 41.

aproveitamento do seu desempenho passado em licitações futuras. O terceiro item dedica-se ao procedimento de manifestação de interesse, que inverte a lógica natural do processo de compra pública ao abrir espaço para a participação privada na formação da necessidade estatal, incorporando ao texto geral da Nova Lei de Licitações a prática já consolidada do setor de infraestrutura. A quarta parte apresenta algumas considerações finais sobre o tema, concluindo o artigo.

2 – O DESEMPENHO PRÉVIO DOS FORNECEDORES E O REGISTRO CADASTRAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Eduardo Fiuza registra um interesse crescente na utilização de dados referentes ao desempenho prévio dos fornecedores na execução de contratos firmados com o Poder Público⁹. O uso dessas informações em licitações futuras pode funcionar como mecanismos de *rating* de fornecedores, incentivando a oferta de níveis mais altos de qualidade. Albano, Calzolari, Dini, Iossa e Spagnolo lembram que é próxima a relação entre a qualidade ofertada e a duração do contrato. Muito embora a pactuação de ajustes breves, com vigência reduzida, seja o mecanismo ideal para aferir o desempenho do fornecedor (gerando um período de experiência ou “*try-out period*”), a celebração de contratos mais longos, sobretudo quando associada a uma fiscalização deficiente, pode gerar certa acomodação do contratado a níveis mínimos de qualidade – o suficiente apenas para evitar o seu sancionamento e a rescisão do contrato pela Administração¹⁰.

O uso de informações sobre o desempenho pretérito na execução contratual é bastante comum no setor privado, onde a reputação, o histórico e outros aspectos reputacionais são aspectos essenciais para selecionar e

⁹ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas” In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009, p. 254.

¹⁰ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 111-117.

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fássio
Marcos Nóbrega

contratar fornecedores. No setor público, como a licitação é em regra obrigatória, o bom desempenho em contratos anteriores geralmente se reflete na oferta de algum tipo de preferência ou vantagem competitiva, como pontuações adicionais, critérios de desempate e até mesmo licitações restritas à participação de fornecedores bem avaliados.

Na experiência comparada, a reputação dos contratados e seu desempenho em contratações anteriores já fazem parte da avaliação realizada pelo Poder Público nos Estados Unidos, na Austrália e nas *guidelines* do Banco Mundial¹¹. Na União Europeia, o artigo 57, 4, "g" da Diretiva 2014/24/UE permite que se restrinja a participação do fornecedor que não tenha tido bom desempenho na execução de um contrato público no passado, excluindo-o da licitação¹². Para tanto, Stephane Saussier e Jean Tirole sugerem a criação de um sistema centralizado e integrado no qual os órgãos e entidades adjudicantes no âmbito europeu possam concentrar as informações sobre o desempenho pretérito de seus respectivos contratados – a existência de sistemas parciais, a nível local e regional, torna a informação dispersa, incompleta e difícil de ser aplicada¹³.

Nos Estados Unidos, a reputação dos fornecedores passou a ser bastante valorizada após a realização de diversas reformas na década de 1990, conhecidas como "*National Partnership for Reinventing Government*",

¹¹ Na UE, o tema já era abordado desde a Diretiva 2004/18/CE, no art. 48, para fins de comprovação de capacidade técnica e profissional do licitante. Nos Estados Unidos, a *past performance* está prevista nas Federal Acquisition Rules, nas Parts 9.104-1, "(d)", 15.608 e 42.1501 da FAR.

¹² Artigo 57, 4, "g" da Diretiva 2014/24/EU: "4. As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: (...) g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis".

¹³ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. "Strengthening the Efficiency of Public Procurement". *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, nº 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2021. p. 4

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fássio

Marcos Nóbrega

lideradas pelo então vice-presidente Al Gore¹⁴. Na área de contratações públicas, foram editados o *Federal Acquisition Streamlining Act* (“FASA”), em 1994, e o *Federal Acquisition Reform Act* (“FARA”), em 1995. Em consequência, a *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”) passou a tratar expressamente do tema, incluindo o uso da “*past performance information*” entre os critérios de seleção de fornecedores, determinando que departamentos e agências federais registrassem as avaliações de desempenho dos contratados de modo a poder empregá-las em licitações futuras¹⁵.

No Brasil, apesar de algum interesse recente sobre o tema, ainda não existe um canal consolidado para o armazenamento dessas informações em larga escala. Isso porque o registro cadastral previsto nos artigos 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993 limitava-se a reunir documentos de habilitação, não coletando avaliações sobre a qualidade de obras, bens e serviços contratados pelo Poder Público. A legislação previa que os registros seriam mantidos por “*órgãos e entidades da Administração Pública*” de forma descentralizada e pelo prazo máximo de um ano (art. 34). Por isso, e muito embora já fosse permitido anotar a “*(...) atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas*” (art. 36, §2º), a ausência de um repositório centralizado de informações sobre os fornecedores tornava inviável, na prática, a coleta e emprego desses dados em contratações futuras.

A Nova Lei de Licitações altera significativamente esse cenário. Primeiro, porque o artigo 87 da Lei nº 14.133/2021 tornou obrigatório o uso do registro cadastral unificado do Portal Nacional de Contratações Públicas (“PNCP”), centralizando as informações sobre os fornecedores do setor público

¹⁴ “*La reputazione agisce infatti per le imprese da potente pungolo a fornire prodotti di alta qualità, e la costruzione di una buona reputazione è il obiettivo che porta le imprese a migliorarsi nel tempo*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement* nazionale”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 285-306, cf. p. 287.

¹⁵ Nos EUA, as avaliações não são de acesso irrestrito, e a contratada tem a oportunidade de comentar o relato do administrador, o que muda o paradigma de uma relação conflituosa para um “*rapporto tra partner*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement* nazionale”. op. cit., p. 303.

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fássio
Marcos Nóbrega

em todo o país. O art. 87, §3º permite restringir a licitação à participação de fornecedores cadastrados no PNCP. Mas, a rigor, a previsão se aproxima muito mais da antiga “tomada de preços” (art. 22, §2º da Lei nº 8.666/1993)¹⁶ do que da restrição semelhante prevista para a pré-qualificação, procedimento auxiliar voltado ao exame antecipado de requisitos de habilitação relativos a bens e/ou fornecedores onde estejam presentes condições técnicas ou de qualidade especiais (art. 80, §10º da Lei nº 14.133/2021). O fato é que a centralização no PNCP permitirá a coleta e o tratamento dessas informações em larga escala, permitindo inclusive a construção de índices de reputação de fornecedores semelhantes àqueles adotados pelos grandes *marketplaces* do setor privado¹⁷.

Em segundo lugar, o artigo 88, §3º da Nova Lei tornou explícita a necessidade de avaliação dos contratados na execução contratual, a ser feita com base em indicadores objetivos e de modo a conferir medidas de incentivo aos que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral. O dispositivo explicitamente condiciona a obrigatoriedade da avaliação à edição de regulamento (§4º), ao qual caberá detalhar o funcionamento do registro e o rol de informações que serão anotadas no PNCP. Segundo Fiuza, o cadastro deveria conter ao menos “(...) *pontuações para sua tempestividade de entrega, índice de rejeição de produtos, tempestividade em solução de problemas e assistência técnica, e assim por diante*”¹⁸. Já Têmis Limberger, Anderson Vichinkeski Teixeira e Mateus Barbosa Gomes Abreu propõem a instituição de

¹⁶ Artigo 22, §2º da Lei nº 8.666/1993: “Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

¹⁷ “Private corporations often have vendor rating systems in which suppliers start off with the same maximal reputational capital – a given number of points – and then lose points when performing poorly and may recover them by performing well, but keeping below or at best maintaining the initial level. In these quality assurance systems incumbents that already served the buyer may have lost some of the initial reputational capital while any new entrant would start off with the full initial reputational capital” SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, nº 3, 2012, pp. 291-296, p. 293.

¹⁸ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 254.

um cadastro positivo que premiasse os contratados que ofertassem melhores padrões de qualidade, criando um *ranking* dos fornecedores da Administração¹⁹.

As informações coletadas no PNCP servirão pelo menos para três finalidades: (i) avaliação de propostas técnicas nas licitações com julgamento por “melhor técnica” e “técnica e preço” (art. 37, III); (ii) critério de desempate entre propostas, após a disputa final entre os licitantes (art. 60, II); e (iii) comprovação de qualificação técnico-operacional, na fase de habilitação, quando exigida no edital (art. 67, II). Note que a Lei nº 14.133/2021 não optou por medidas que excluam licitantes ou de alguma maneira restrinjam a competitividade na licitação, mas buscou perseguir uma lógica premial que, ao invés de criar mais barreiras de entrada, pretende conferir incentivos aos fornecedores com maiores níveis de qualidade. A relevância do desempenho contratual prévio dos licitantes na Nova Lei de Licitações brasileira pode parecer tímida quando comparada aos EUA e à Europa, mas certamente representa um grande passo em relação ao tratamento dado ao tema pela Lei nº 8.666/1993²⁰.

O emprego de informações sobre a *past performance* das firmas contratadas pelo Poder Público ainda desperta preocupações de relevo sob o ponto de vista da impessoalidade e da isonomia.

A primeira crítica diz respeito ao grau de subjetividade da avaliação de desempenho dos fornecedores, que não poderia ser mensurado de forma totalmente objetiva e imparcial pela Administração. De fato, a noção de qualidade comporta diversas percepções subjetivas, que contrastam com os indicadores objetivos exigidos pela legislação (art. 88, §§3º e 4º). Albano,

¹⁹ ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014, pp. 169-170.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. op.cit, pp. 1188-1192.

Calzolari, Dini, Iossa e Spagnolo alertam para o risco de captura do avaliador pelo avaliado e para a ocorrência de eventuais conflitos de interesse – em especial quando quem avalia é responsável, direta ou indiretamente, por autorizar o pagamento ao contratado²¹. Esses riscos podem ser mitigados pela diversificação de critérios de avaliação, pelo aumento da base de avaliadores (para incluir, p.e., os usuários finais de bens e serviços) e pelo monitoramento continuado ao longo de toda a gestão contratual²². A experiência comparada é rica em exemplos de uso de ferramentas de TI para medir a performance do contratado²³, tais como aplicativos, portais *web* e soluções de inteligência artificial que automatizam o procedimento de avaliação e minimizam a interação humana. Além disso, na Nova Lei de Licitações, a exigência de certificação por organização independente acreditada pelo INMETRO (art. 17, §6º, II) e a contratação de terceiros para auxiliar o fiscal do contrato (art. 117, §4º) podem ser recursos adicionais para minimizar a subjetividade na avaliação de desempenho.

A segunda crítica baseia-se na alegação de que o emprego de dados referentes ao desempenho de fornecedores em licitações futuras beneficiaria os atuais contratados (“*incumbents*”) em prejuízo das firmas que queiram ingressar no mercado público (“*entrants*”), funcionando, na prática, como uma barreira à entrada de novos *players*²⁴. Mas o emprego de regras de *scoring* no

²¹ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op.cit, pp. 102-104.

²² Para o autor, “(...) an objective index of reputation can be built over several items of performance during the life of the contract in which the procurement official has an interest; such an index can be monitored objectively by the latter during the life of the contracts”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, p. 167.

²³ A gestão das *past performance information* nos EUA foi objeto da criação de diversos sistemas informatizados, tais como o *Contractor Performance System*, do National Institute of Health, e o *Past Performance Information Retrieval System* (Ppirs), compartilhado pela National Aeronautics and Space Administration (NASA) e pelo Department of Defense (DoD). PICCI, Lucio. “Reputation-based governance of public works”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan/fev. 2006, pp. 161-183.

²⁴ Os atuais contratados, chamados de *incumbents*, reúnem um conhecimento específico que os coloca, caso haja uma nova licitação, em posição de vantagem em relação a potenciais novos prestadores, chamados de *entrants*. Essa assimetria informacional gera uma distorção que pode ser corrigida, por

cálculo desses índices de reputação, na visão de Saussier e Tirole²⁵, podem ser salvaguardas suficientes para evitar o efeito incumbente. Por exemplo, os novos fornecedores não seriam penalizados caso, no cômputo deste índice de reputação, os entrantes recebessem nota equivalente à média das firmas participantes ou mesmo se já começassem com reputação máxima, perdendo pontos conforme apresentassem resultados ruins ao longo da execução contratual²⁶.

3 – O DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO NO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O procedimento de manifestação de interesse (“PMI”)²⁷ inverte a lógica do processo de compra pública para permitir a participação dos particulares nos primeiros momentos do *sourcing* estatal. O uso de *unsolicited proposals* para que o setor privado espontaneamente proponha à Administração a modelagem de projetos de infraestrutura já foi objeto de muitas críticas, mas um estudo do Banco Mundial revela que seu emprego ainda é muito presente em países em desenvolvimento e em mercados com menor acesso à tecnologia, como o Brasil²⁸. A falta de transparência muitas vezes torna impossível saber se um projeto foi identificado pelo governo ou por um potencial licitante. Para evitar essas distorções é que se recomenda a realização de um procedimento prévio, público e imparcial, iniciado pela

exemplo, com a publicação de especificações técnicas mais abrangentes e detalhadas sobre o objeto licitado, nivelando os fornecedores nesse aspecto.

²⁵ “(...) *basic rules of scoring based on reputation can prevent favouritism and the creation of barriers to entry for new arrivals with no prior experience with the public contracting party*”. SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 8.

²⁶ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” op. cit., pp. 166-169.

²⁷ Os procedimentos administrativos de participação privada recebem nomes diversos na legislação de cada ente, sendo dois os principais: (i) procedimento de manifestação de interesse (PMI), quando a iniciativa é da Administração; ou (ii) manifestação de interesse privada (MIP), para os casos de manifestação espontânea de particular.

²⁸ WORLD BANK. *Unsolicited proposals – an exception to public initiation of infrastructure PPPs*, 2014, p.

34 Disponível em: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf. Acesso em 23/06/2021.

Administração, e que mitigue o risco de captura nesses casos²⁹.

No PMI, a Administração realiza um chamamento público para solicitar à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de empreendimentos que, se aprovados pelo órgão ou entidade demandante, servirão de subsídio técnico para realizar licitação futura. Os incentivos à participação decorrem basicamente dois fatores: (i) a previsão de ressarcimento, pelo vencedor da licitação, dos custos incorridos pelo proponente; e (ii) o reconhecimento expresso da possibilidade de participar do certame licitatório, afastando a regra que proíbe a participação direta ou indireta do autor do projeto em licitações futuras (artigo 9º, I e II, Lei nº 8.666/1993).

O PMI pretende reduzir a assimetria informacional que distancia o Poder Público de seus fornecedores, reconhecendo que a Administração nem sempre conseguirá enxergar todas as soluções para os problemas que pretende resolver³⁰. Mesmo antes da Nova Lei, é certo que qualquer pessoa física ou jurídica já poderia oferecer estudos e projetos à Administração, mas a impossibilidade de disputar a licitação posterior, aliada à incerteza no reembolso, atuavam como desincentivos para tanto. Isso porque, na prática, as vedações do artigo 9º da Lei nº 8.666/1993 impedem que o Poder Público interaja com particulares de forma regular, durante a fase preparatória da licitação, para formatar o objeto a ser contratado.

A Nova Lei de Licitações modifica esse cenário e estabelece o PMI como um procedimento auxiliar, aplicável à fase preparatória de qualquer contratação regida pela Lei nº 14.133/2021. Não se trata propriamente de um

²⁹ É o que estabelece, por exemplo, o Enunciado nº 1 da Jornada de Direito Administrativo: “A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, quando concedida mediante restrição ao número de participantes, deve se dar por meio de seleção imparcial dos interessados, com ampla publicidade e critérios objetivos”.

³⁰ SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fássio
Marcos Nóbrega

instrumento novo, mas da generalização de um procedimento que, até então, era restrito a projetos de concessão e PPP³¹⁻³², parcerias com o terceiro setor³³ e empresas estatais³⁴.

Em síntese, o artigo 81 da Nova Lei adota um modelo de PMI já consolidado pelos regulamentos federais e locais³⁵: o procedimento inicia com a publicação de um chamamento público, pelo qual se faculta a todos os interessados a possibilidade de participar da fase preparatória propondo estudos, investigações, levantamentos e projetos. O edital deverá prever formas e prazos para apresentação dos estudos, bem como eventuais requisitos de participação e critérios de avaliação. Após, a Administração deve fazer a sua própria análise sobre os documentos apresentados³⁶, emitindo parecer fundamentado (§3º) sobre a sua consistência e fazendo mudanças e adequações antes de decidir se o projeto será ou não submetido à concorrência.

Note que a Administração não é obrigada a realizar licitação e, caso o

³¹ Art. 21 da Lei nº 8.987/1995: “Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”

³² Art. 31 da Lei nº 9.074/1995: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

³³ Artigo 18 da Lei nº 13.019/2014: “É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.”

³⁴ Art. 31 da Lei nº 13.303/2016: “§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80”

³⁵ A respeito, confirmam-se o Decreto Federal nº 8.428/2015, da União; o Decreto nº 61.371, de 21 de julho de 2015, do Estado de São Paulo, e o Decreto nº 57.678, de 4 de maio de 2017, do Município de São Paulo.

³⁶ Veja os requisitos do artigo 10 do Decreto nº 8.428/2015 para avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados pelo PMI na esfera federal.

faça, o participante do PMI não terá nenhum direito de preferência. O conhecimento aprofundado do projeto é uma vantagem competitiva relevante, mas ainda faltam evidências para analisar se a experiência brasileira do PMI tem gerado situações de favorecimento ou conflito de interesses que coloquem em risco a isonomia. De todo modo, é certo que desde há muito a iniciativa privada interage com o Poder Público para propor empreendimentos e projetos e, por isso, quanto mais transparência e processualidade, melhor.

Não há garantia de que os estudos serão aproveitados pela Administração, mas, se forem, caberá ao vencedor da licitação reembolsar os custos do proponente (art. 81, §2º, III e IV). Embora a Nova Lei de Licitações não estabeleça limites para reembolso, parece certo inferir que o valor de ressarcimento ficará restrito aos custos previamente aprovados pelo Poder Público, tal como previsto no artigo 31, §5º da Lei das Estatais. O ressarcimento é incerto e o seu valor, imprevisível. Portanto, esse é um risco relevante do PMI, especialmente em objetos complexos.

Por fim, o § 4º do artigo 81 da Nova Lei de Licitações prevê que o PMI poderá ser restrito a *startups*. Essa abertura é positiva, mas a utilidade do dispositivo parece bastante questionável. Não há evidências que sinalizem a disposição dessas empresas para dedicar tempo e recursos escassos à apresentação de estudos e projetos cujo ressarcimento, na teoria e na prática, é meramente eventual. Isso faz com que o dispositivo pareça deslocado e, de certo modo, de má técnica legislativa em pelo menos dois pontos. Primeiro, porque a Nova Lei de Licitações adotou um conceito de *startup* diferente daquele previsto no Marco Legal de Startups (Lei Complementar nº 182/2021), que tramitou paralelamente à Lei nº 14.133/2021. Segundo, pois a participação no PMI pode ser exclusiva para *startups*, ao passo que a “modalidade especial de licitação” do Marco Legal aplica-se indistintamente a qualquer pessoa física ou jurídica, não ficando restrita a essa categoria. Isso gera um paradoxo no qual a lei “geral” autoriza a participação restrita, ao passo que a lei “específica”

previu uma modalidade licitatória nova e de amplitude maior que a geral.

A Nova Lei de Licitações não enfrenta temas polêmicos sobre o PMI – como restringir a participação no procedimento a outras categorias (fora o caso das *startups*)³⁷ e conferir autorização com exclusividade para a realização dos estudos a um único proponente³⁸ – e remete tantos outros a regulamento. Por ser uma norma geral, contudo, cria uma exceção importante à proibição imposta pelo artigo 9º, I e II, da Lei nº 8.666/1993, abrindo um canal de diálogo público-privado que antes era restrito a nichos específicos do Direito Administrativo e, agora, pode anteceder qualquer contratação regida pela Nova Lei de Licitações.

4 – CONCLUSÃO

As novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações ao registro cadastral e ao PMI não devem ser menosprezadas. Pelo contrário, o aproveitamento do desempenho anterior dos fornecedores está lastreado em experiências e boas práticas internacionais, valorizando a reputação dos contratados para oferecer incentivos ao aumento da qualidade de bens e serviços adquiridos pelo Poder Público. No mesmo sentido, o emprego do PMI em maior escala pode ser útil para reduzir assimetrias de informação e ampliar a participação do setor privado na fase preparatória das licitações, propondo uma via mais transparente, isonômica e impessoal para o oferecimento de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras à Administração.

Como visto, os procedimentos auxiliares podem ser mais importantes do que se imagina. Ainda é cedo para saber como será operacionalizada a

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. op.cit, p. 1156.

³⁸ REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. “A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos” In: JUSTEN FILHO, M. e SCHWIND, R. W. (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 207-232., pp. 220-223

implantação do PNCP pelo Ministério da Economia³⁹, mas o cenário normativo trazido pela Lei nº 14.133/2021 já apresenta grande potencial para revolucionar a prática das contratações públicas no Brasil, mormente se aliada ao uso intensivo de instrumentos e soluções de TI. A Índia, por exemplo, investiu nesse caminho ao lançar o *Government e-Marketplace* em 2016. A plataforma reduziu os custos do processo de aquisição, simplificando o procedimento de compra pública e atraindo novos fornecedores. Como resultado, além da redução nos preços, aumentou também a participação de pequenas e médias empresas entre os fornecedores do governo indiano, fazendo com que a iniciativa fosse premiada pelo Banco Mundial⁴⁰.

Por fim, esse contexto torna cada vez mais necessária a rediscussão do contrato administrativo enquanto categoria teórica, especialmente para a contratação de bens e serviços de baixa complexidade, que muito se distanciam da construção doutrinária que enxergava nas prerrogativas e sujeições do regime jurídico-administrativo um campo de exercício de autoridade do contratante sobre o contratado.

5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **“Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”**. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014.

ALBANO, G.L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; **“Procurement contracting strategies”**. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. **“Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”** In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos*

³⁹ O PNCP ainda não foi disponibilizado pelo governo federal na data de conclusão deste artigo.

⁴⁰ Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/governance/how-government-e-marketplace-revolutionizing-procurement-india>. Acesso em 30/06/2021.

regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras? Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional.** Texto para discussão nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** São Paulo: Ed. RT, 2021.

PICCI, Lucio. “**Dal modello CONSIP a un sistema di procurement nazionale**”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni.* Bologna: Il Mulino, 2007.

PICCI, Lucio. “**Reputation-based governance of public works**”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan/fev. 2006, pp. 161-183

PIGA, Gustavo. “**A fighting chance against corruption in public procurement?**” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption.* Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181.

REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. “**A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos**” In: JUSTEN FILHO, M. e SCHWIND, R. W. (Coord.). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004.** São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 207-232.

RIBEIRO, Caio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise.** Texto para Discussão, n. 2476. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019.

SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “**Strengthening the Efficiency of Public Procurement**”. *Les notes du conseil d'analyse économique.* Paris: Conseil d'analyse économique, nº 22, abril/2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/>

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

Rafael Carvalho de Fassio
Marcos Nóbrega

[publication/275973839 Strengthening the Efficiency of Public Procurement.](#)
Acesso em 29/06/2021.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. **Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

SPAGNOLO, Giancarlo. "Reputation, Competition and Entry in Procurement", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, nº 3, 2012.

THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001.

WORLD BANK. **Unsolicited proposals – an exception to public initiation of infrastructure PPPs**, 2014. Disponível em: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_PPI_AF.pdf. Acesso em 23/06/2021.

Publicado em ____ / ____ / ____
As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:
FASSIO; Rafael Carvalho. NÓBREGA; Marcos. PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O RATING DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE. Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br . Acesso em: dd/mm/aaaa .