

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES



E-Marketplace e contratações públicas

pontos de reflexão para uma implementação
eficiente, sob uma perspectiva jurídica
e econômica

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

1

O REGIME JURÍDICO LICITATÓRIO BRASILEIRO

Para prestar serviços públicos ou exercer as competências definidas pelo constituinte e pelo legislador, a máquina estatal necessita contratar parceiros para executar determinadas atividades que ela não realiza de maneira direta.

Para que uma organização pública da área da saúde possa, por exemplo, dar ensejo à realização de uma cirurgia, todo um conjunto de recursos humanos e materiais terão que ser contratados pelo poder público a terceiros.

Para que uma organização pública que atua na área de saneamento possa exercer sua atividade, necessita de ferramentas, estruturas, equipamentos tecnológicos e parceiros privados que precisará selecionar junto ao setor privado.

Da mesma forma, para que uma estatal possa explorar sua atividade econômica, necessitará de insumos, equipamentos e prestações que apenas conseguirá junto a fornecedores que não integram a Administração Pública.

Em suma, em qualquer setor, seja na área da saúde, da infraestrutura, do fomento, do apoio administrativo, seja na exploração da atividade econômica em sentido estrito ou na prestação de serviços públicos, as organizações públicas e empresas estatais precisarão de parcerias e de fornecedores, necessitarão contratar terceiros.

Diante do tamanho da estrutura administrativa e das diversas prestações que sua estrutura realiza, cada vez mais a seleção de fornecedores aptos a auxiliar direta ou indiretamente no exercício dessas competências se impõe.

Por opção do ordenamento jurídico, a escolha dos fornecedores ou parceiros privados submete-se a rito procedimental próprio, com regras de controle do comportamento público e privado, um regime jurídico que no Brasil denominamos licitação¹. A definição do detalhamento deste regime jurídico é dada pela legislação e vem mudando com o passar dos anos, de acordo com a nova realidade social, novos objetos, novas necessidades ou mesmo desafios das pessoas jurídicas envolvidas.

A seguir, traçaremos um breve relato histórico do caminho traçado de evolução e involução da legislação licitatória, como pressuposto de análise necessária a compreensão dos passos que devem ser seguidos para aperfeiçoamento desta relevante área de atuação administrativa.

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A SELEÇÃO DE FORNECEDORES

Historicamente, a legislação brasileira tem estabelecido ritos procedimentais para a seleção do parceiro a ser contratado para a execução

1. “Discorrendo sobre a etimologia da palavra licitação, assim se exprime JOÃO DE OLIVEIRA FILHO: ‘Provém o vocábulo licitação do verbo latino *liceor, eris, itus, eri*: lançar em almoeda, em leilão; lançar ou oferecer maior preço, levantando o dedo conforme o costume dos Romanos nas almoedas’ (DAYRELL, Carlos Leopoldo. Origem do Vocábulo Licitação. In: _____. Das Licitações na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 01).

das atividades ou fornecimentos necessários ao exercício das atividades públicas.

É indispensável que o jurista busque uma análise dos institutos em sentido duplo: “o sentido histórico para alcançar a particularidade de cada época e de cada forma jurídica, e o sentido sistemático para considerar cada conceito e cada princípio em relação e em interação viva com o entorno, quer dizer no seu contexto natural e verdadeiro”².

Seguindo tal diretriz, far-se-á uma breve regressão histórica para a compreensão das instituições que permeiam as contratações públicas.

1.1.1 Legislação licitatória até meados do Século XX – normativos destacados

Até o início do século passado, inexistia uma política nacional de contratações públicas; quando muito, o tema licitações era tratado de maneira lateral em diplomas genéricos. Se podem ser identificadas regras nas Ordenações Filipinas ou mesmo na Lei n. 29, de 1982, relacionadas às contratações públicas, parece evidente que elas não cuidavam de sistematizar um modelo criterioso de seleção de fornecedores ou parceiros³.

2. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*. Trad. Alfred Dufour, a partir de 2. ed. alemã, de 1828, que reproduz o texto original de 1814. Paris: PUF, 2006. pp. 73-74.

3. O Saudoso Carlos Pinto Coelho Motta registrou que já nas Ordenações Filipinas havia disposições que indicavam a preocupação com a escolha do fornecedor detentor da melhor proposta; indicava também a Lei nº 29, de 1828, a qual em seu artigo 5º definia que a construção das obras deveria ser oferecida a empresários, por via de Editais Públicos, com preferência para aqueles que oferecessem “maiores vantagens” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 05). Embora sejam registros valiosos, importante atentar que essas normas traziam regras insípidas do ponto de vista procedimental, motivo pelo qual decidimos fazer um corte a partir do Decreto-lei nº 4.536, de 20/1/22, que organizou o Código de Contabilidade da União.

2

ASPECTOS DE TEORIA ECONÔMICA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como já explicado anteriormente, os primeiros marcos legais de licitação no Brasil no século passado, como, por exemplo, o Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União) e o Decreto-Lei nº 200/1967, possuíam características minimalistas, permitindo ampla margem de discricionariedade técnica para que a definição do modelo de licitação e de contratação fosse adaptada à necessidade real.

Contudo, após o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e, especialmente, com a Lei nº 8.666/93, a legislação licitatória avançou para modelos maximalistas, que passaram a detalhar minuciosamente os procedimentos, restringindo a discricionariedade técnica para a modelagem do mecanismo licitatório e contratual.

Vale registrar que a Lei nº 14.133/2021, embora ainda mais extensa e analítica que a Lei nº 8.666/93, não é propriamente maximalista, já que, inspirada na Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de

Contratações), permite certa margem de discricionariedade técnica na modelagem da licitação. Nada obstante, vale a crítica de que a Lei nº 14.133/2021 abordou diversos temas específicos que sequer mereceriam previsão legal, pois poderiam ser tratados de maneira mais adequada por normatização infralegal.

A Lei nº 13.303/2016 possui um modelo mais flexível e, embora não seja tão minimalista como o Decreto nº 15.783/1922 e o Decreto-Lei nº 200/1967, sem dúvida foi muito menos detalhista que o Decreto-Lei nº 2.300/1986, a Lei nº 8.666/1993 ou a Lei nº 14.133/2021, dando enorme margem para complementação pelos regulamentos das estatais.

A Lei das estatais distanciou-se do movimento de burocratização excessiva do ambiente das contratações públicas que passou a crescer após a década de 90, por meio de normas detalhistas que tinham a pretensão de resguardar o controle e a moralidade; contudo, este movimento, além de falhar em seus objetivos, tem incrementado custos transacionais e fomentado a construção de modelos de competição complexos, induzindo específicas falhas de mercado neste ambiente, além de por vezes gerar seleção adversa ou mesmo facilitar a ocorrência da corrupção que pretendida combater.

As transações de mercado envolvem custos para sua realização, os custos de transação. Como explicou Coase, entre outros custos, quando se quer efetuar uma transação no mercado, “é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação, e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar a inspeção necessária para assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante¹²¹.

121. COASE, Ronaldo H. *A Firma o Mercado e o Direito*. Tradução: Heloísa Gonçalves Barbosa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2017. p. 114.

Ocorre que esses custos, que já existem nas transações normais, acabam sendo muito ampliados pelas regras burocráticas impostas ao modelo de seleção e contratação pública.

Sem a necessária preocupação com os custos transacionais advindos de tais procedimentos, sua baixa eficiência e a disfuncionalidade de exigências burocráticas desnecessárias, a legislação tradicional tem produzido um modelo licitatório que tende a gerar custos de transação extraordinários e a inibir a competição¹²².

Órgãos de controle e de regulamentação, que possuem grande protagonismo na área, nem sempre demonstram sensibilidade com os problemas reais vivenciados pelos órgãos contratantes, ignorando péssimos incentivos econômicos gerados com o grande número de normatizações, orientações, recomendações e julgados que afetam o comportamento dos *players* envolvidos.

Por um lado, é necessário compreender que o setor público desempenha um papel importante como consumidor de bens e serviços, além do que, por envolver recursos públicos, a contratação pública convive com nuances próprias em relação ao risco de desvios, que exigem maior preocupação pelos órgãos de controle; por outro lado, a solução de ampliar demasiadamente o controle com a criação de formalidades excessivas não tem se demonstrado eficiente no combate à corrupção e, ao mesmo tempo, aumenta custos transacionais e amplia a lacuna de ineficiência econômica entre a demanda contratual e a escolha do fornecedor apto a atendê-la.

Pois bem, como pressuposto necessário para a proposição de soluções mais eficientes para o ambiente das contratações públicas, parece necessário trazer a lume, mesmo que sucintamente, aspectos da teoria

122. GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

econômica, pela análise econômica do direito, aplicada às contratações públicas.

2.1 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E FUNDAMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA

A análise econômica sobre o fenômeno jurídico é fundamentada nas premissas de que as pessoas respondem a incentivos, que o direito é um instrumento para o estabelecimento destes incentivos e que diante desses os agentes agirão racionalmente, buscando maximizar suas utilidades¹²³.

Outro ponto relevante no estudo da análise econômica do direito envolve a percepção de que ela é influenciada pelo pragmatismo e pelo utilitarismo, elementos fundamentais para a construção de soluções jurídicas adequadas em segmentos dinâmicos da vida social, como são as contratações, fortemente impactadas pelos avanços tecnológicos das últimas décadas.

Na visão econômica tradicional, a escolha do agente econômico é racional, optando o indivíduo pela alternativa mais vantajosa entre as opções disponíveis, de maneira que, diante do dilema de escolha, os agentes avaliam os custos e benefícios das alternativas e escolhem aquela que promete o maior bem-estar, seguindo uma abordagem racional e coerente¹²⁴. Esta abordagem foi superada pela percepção institucional de que há diversos fatores que podem influenciar a decisão do agente econômico.

O estudo do tema foi ampliado e a aplicação da teoria econômica, que no passado esteve confinada às áreas do direito econômico e

123. CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Análise Econômica das Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 15.

124. NICOLAÏ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Tradução de Oracy Nogueira. São Paulo: Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 185.

3

O USO DE *E-MARKETPLACE* POR ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

O Século XXI vem sendo marcado por um impressionante avanço tecnológico. Com a internet e seu legado de facilitar a transmissão de informações, diversas áreas da vida social foram afetadas, entre elas as maneiras de firmar trocas ou estabelecer contratações. Se anteriormente relações contratuais relevantes entre pessoas exigiam altos custos transacionais pelas dificuldades inerentes à busca de informação, negociação e execução daquilo pactuado, com as novas tecnologias foram concebidos instrumentos para facilitar sua concretização, reduzindo significativamente os custos de transação.

O mundo digital tem evoluído bastante nas últimas décadas; com o avanço da internet, pela ampliação da capacidade de transmissão de dados, novas fronteiras foram ultrapassadas e novas oportunidades surgiram, inclusive para as transações de mercado. Se a proximidade física era um elemento quase sempre necessário para as negociações, a internet facilitou a negociação à distância, com óbvias repercussões

positivas em transações que provavelmente não existiriam sem este poderoso instrumento de transmissão de informações³⁰⁹.

Se no passado grandes empresas precisavam convocar eventos presenciais com fornecedores, nos quais eram realizados leilões para definição daqueles que seriam contratados e os preços praticados, a evolução tecnológica permitiu que similar competição passasse a ser realizada em tempo real, com leilões eletrônicos nos quais eram apresentados preços decrescentes³¹⁰.

Essa transformação nos mercados gerou a criação de novas ferramentas adaptativas. Se outrora o contrato escrito em papel, em sua concepção original, era um instrumento facilitador da troca, agora, com o advento da internet as trocas são facilitadas pelas próprias plataformas e informações por elas apresentadas, como *ranking* de fornecedores, rastreamento de encomendas, intermediação do pagamento, avaliações de outros compradores, entre outros. A adoção de contratos inteligentes (*smart contracts*) e tecnologias como *blockchain* incrementam ainda mais o ferramental disponível para redução de custos transacionais.

Toda essa conversão muda a estruturação das transações. É imperioso perceber que o surgimento de inovações tecnológicas tem ensejado transformações frequentes, assim como novas estruturas de mercado têm se apresentado, algo que não consegue ser plenamente acompanhado processo legislativo ordinário³¹¹.

309. MCMILLAN, John. A reinvenção do bazar: uma história dos mercados. Tradução Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004. p. 11.

310. LARSEN, Jacob Gorm. A Practical Guide to E-auctions for Procurement: how to maximize impact with e-sourcing and e-negotiation. Editora Kogan, 2021.

311. TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Economia de Plataforma (ou tendência à buratilização dos mercados)*: Ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severo dos custos de transação. RJLB, ano 6. n. 4. 2020. p. 2008-2009.

4

PONTOS DE REFLEXÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE *E-MARKETPLACE* POR ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS

Como já visto anteriormente, as organizações públicas (sejam estatais ou órgãos e entidades da Administração Direta), enfrentam o desafio constante de combinar eficiência e transparência em suas operações.

Neste contexto, o inciso I do §3º do artigo 28 da Lei nº 13.303/2016 e algumas inovações da Lei n. 14.133/2021 (como os procedimentos auxiliares) emergem como oportunidade valiosa para repensar os modelos de contratação tradicionais, conferindo ferramentas mais flexíveis para que as organizações públicas possam ampliar a eficiência dos seus processos de seleção.

Esta flexibilidade é necessária, notadamente em mercados fluidos, setores estratégicos e contratações sensíveis. Como já explicado, as mudanças tecnológicas e transformações nas estruturas de mercado

exigem inovações na forma de relacionamento entre os *players* envolvidos, tornando muitas vezes ineficientes os modelos de seleção preconizados tradicionalmente, o que exige uma flexibilidade que não consegue ser atendida pelas regras estáticas definidas pelo legislador ordinário⁵²⁰.

As compras públicas possuem um papel fundamental nas economias modernas, devendo perseguir o objetivo de eficiência para redução das atividades desperdiçadoras, tarefa ambiciosa diante dos numerosos desafios a serem enfrentados, especialmente em relação à estrutura do mercado, ao quadro jurídico e ao ambiente político que os adquirentes enfrentam.

Para tanto, alcançar a eficiência implica experimentar novos métodos e técnicas de seleção, respeitando variações que podem ocorrer dependendo do nível de desenvolvimento das instituições, mercado e o bem-estar econômico de um determinado país⁵²¹.

Nesta senda, inegável que o uso de plataformas eletrônicas para as contratações já é uma realidade! Embora tenha sido intensificado no ano de 2020, em razão das adaptações sociais e econômicas decorrentes do período de enfrentamento à pandemia COVID-19, é fato que, como visto anteriormente, diversos países já avançaram, mesmo antes, para a adoção de *e-marketplace* em suas contratações públicas, com diversas vantagens identificadas⁵²².

520. TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Economia de Plataforma (ou tendência à bur-satilização dos mercados)*: Ponderações conceituais distintas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severo dos custos de transação. RJLB, ano 6. n. 4. 2020. p. 2008-2009.

521. CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. pp. 14-44. In. Handbook of Procurement Edited by Nicola Dimitri, Gustavo Piga and Giancarlo Spagnolo-Cambridge University Press 2006.

522. NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. Lei nº 14.133/2021, Credenciamento e *E-marketplace*: o *turning point* da inovação nas compras públicas. In AGRA, W. M.; NÓBREGA, M. (org.). *Deambulações sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Recife: Ed. do Autor, 2023. p. 89.

seletivos de forma incremental, por meio dos tempos e de acordo com as mudanças ocorridas no mercado.

Seguindo bases teóricas abordadas quando este trabalho tratou sobre aspectos de teoria econômica nas contratações, bem como usando por referência as experiências internacionais anteriormente indicadas, este capítulo final tem por objetivo suscitar pontos de reflexão importantes para a modelagem de *e-marketplace* pelas organizações públicas, sugestões que buscam orientar um bom desenho de mecanismo para a implementação deste inovador modelo de seleção dos fornecedores, maximizando seu potencial desempenho⁵²⁷.

Nesta senda, diante dos desafios enfrentados pelas organizações públicas brasileiras, bem como a flexibilidade e variações possíveis para definição de uma plataforma de *e-marketplace*, serão trazidos alguns pontos de reflexão com sugestões para uma modelagem que tenha por objetivo combinar eficiência, transparência, flexibilidade e controle.

4.1 CENTRALIZAÇÃO/DESCENTRALIZAÇÃO DA PLATAFORMA

Um primeiro ponto envolve a escolha por uma plataforma centralizada ou individualizada pela organização pública.

A criação de uma plataforma central poderia ser uma solução interessante para ampliar a amostra de fornecedores participantes; nesta linha, uma plataforma centralizada, gerida por um órgão central, semelhante ao que ocorre no Chile, proporcionaria uniformidade, escala e maior controle.

A adoção de uma plataforma centralizada permite um maior aproveitamento da tecnologia e minimiza a duplicação de processos como gerenciamento de segurança, gerenciamento de catálogos e registros de

527. MILGROM, Paul. Aplicando a teoria dos leilões. Traduzido por Edite Siegert. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023. p. 20.