

A FASE DE LANCES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA “TEORIA DOS LEILÕES”:

contributos para a futura regulamentação dos modos de disputa

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM

Doutorando em Constituição, Direito e Estado pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos do IGD. Professor de pós-graduação do ILB, IDP, IGD e CERS. Por mais de 13 anos, atuou como Pregoeiro no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2007-2010) e no Senado Federal (2013-2020). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN) e do Instituto Nacional da Contratação Pública (INCP). Advogado atuante em Direito Administrativo Concorrencial. Site: www.victoramorim.com

1. Estrutura normativa acerca dos modos de disputa na Lei nº 14.133/2021



No dia 1º de abril de 2021, foi, enfim, publicada a famigerada “Nova Lei de Licitações” (NLL), com o número 14.133.

Ainda que apegada à concepção de licitação sob o prisma estritamente jurídico, a nova norma, se comparada ao modelo de disputa da Lei nº 8.666/1993 -calcado no clássico formato de “preços selados” -, avança consideravelmente no tocante às opções de mecanismos para a modelagem da licitação, com o objetivo de potencializar e maximizar a revelação das informações por parte dos concorrentes.

Agregado a outros aspectos inerentes ao rito procedimental (fluxo das etapas e possibilidade de inversão de fases), o art. 56 da Lei nº 14.133/2021 apresenta uma espécie de “cardápio” ao gestor no tocante aos “modos de disputa” a serem adotados nos certames, em especial quando adotados os critérios de julgamento “menor preço” e “maior desconto”, calcados na lógica do menor dispêndio para a Administração.

Com efeito, nos termos do referido art. 56 da NLL, serão admitidos na fase de seleção do fornecedor, os seguintes "modos de disputa" que, a depender do critério de julgamento da proposta, serão adotados **de forma isolada ou conjunta**:

| MODO DE DISPUTA | DEFINIÇÃO |
|-----------------|--|
| ABERTO | “hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes” |
| FECHADO | “hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação” |

Ao prever, na parte final do *caput* do art. 56, a possibilidade de combinação dos dois modos de disputa, a **Lei nº 14.133/2021 admite, por conseguinte, a estruturação de um modo de disputa “aberto e fechado”**.

Note-se ser intrínseco ao "modo de disputa aberto" a realização de uma fase de lances.

A seu turno, o “modo de disputa fechado”, assim como consagrado nas modalidades da Lei nº 8.666/1993, segue a clássica modelagem de preços selados, com uma única oferta por licitante que se mantém sigilosa até o momento procedimental para sua revelação, não havendo, portanto, oportunidade de redução dinâmica ao longo do procedimento.

Será admitida a utilização, de forma isolada, do “modo aberto” para os critérios de julgamento: “menor preço”, “maior desconto”, “maior oferta” e “maior retorno econômico” (o lance corresponderá ao percentual de economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária).

A própria NLL, de forma expressa no §2º do art. 56, estabelece que “a utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço”. Por sua vez, será admitida a utilização, de forma isolada, do “modo fechado” quando adotado o critério de julgamento “melhor técnica e preço”, “melhor técnica ou conteúdo artístico” e “maior retorno econômico”.

Já o §1º do art. 56 da Lei nº 14.133/2021 preconiza que “a utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto”.

Dessa forma, consoante regramento da NLL, é possível assim resumir a correlação entre os modos de disputa e os critérios de julgamento das propostas:

| MODO DE DISPUTA | CRITÉRIOS DE JULGAMENTO |
|---|---|
| Aberto (adoção isolada) | Menor preço Maior desconto Maior oferta Maior retorno econômico |
| Fechado (adoção isolada) | Melhor técnica e preço Melhor técnica ou conteúdo artístico Maior retorno econômico |
| Aberto-Fechado (adoção combinada) | Menor preço Maior desconto Maior retorno econômico |

É preciso salientar, contudo, que não consta da NLL maior detalhamento acerca do fluxo operacional da fase de lances, seja na adoção isolada no modo aberto, seja na combinação entre os modos aberto e fechado, restando o detalhamento operacional a cargo dos futuros regulamentos no âmbito de cada ente federativo, em especial para as licitações na forma eletrônica.

Atualmente, sob a égide da Lei nº 10.520/2002, o regulamento federal do pregão eletrônico (Decreto Federal nº 10.024/2019), em seus artigos 32 e 33, apresenta o delineamento operacional dos modos “aberto” e “aberto e fechado”¹, tratando-se, portanto, de importante orientação para a análise das potencialidades da estruturação dos modos de disputa previstos na Lei nº 14.133/2021, em especial diante de licitações do tipo “menor preço” ou “maior desconto”.

Nesse viés, é fundamental lembrar: de acordo com o art. 6º, XLI, da NLL, diante da necessidade de contratação de bens ou serviços comuns, obrigatoriamente, deverá ser adotada a modalidade pregão, que, por sua vez, calcada na lógica de disputa pelo menor dispêndio para a Administração, somente admite a utilização dos critérios de julgamento “menor preço” ou “maior desconto”.

Mesmo com o advento da Lei nº 14.133/2021, infere-se que o “pregão” deve continuar a ser a modalidade licitatória mais utilizada em todos os níveis da Administração Pública brasileira. Não obstante tal contexto de prevalência prática da modalidade pregão há mais de duas décadas na Administração Pública brasileira e a possibilidade de “opção” pelo modo de disputa consagrada no Decreto Federal nº 10.024/2019 (vigente desde 28/10/2019), não se observa nas análises especializadas o devido aprofundamento acerca das premissas e critérios para definição do “modo de disputa” mais adequado.

Destarte, face à previsão do art. 56 da Lei nº 14.133/2021, o presente artigo tem por objeto empreender tal análise sob a ótica da Análise Econômica do Direito, em especial com os aportes da teoria dos leilões e da teoria dos jogos, conferindo um outro “olhar” a um fenômeno salutar para a Administração Pública hoje protagonizado por uma visão estritamente jurídica².

2. Perspectiva jurídico-formal: o momento e a competência para a “escolha” do modo de disputa

A possibilidade de “escolha” do modo de disputa não se trata de uma novidade inaugurada pelo Decreto Federal nº 10.024/2019, haja vista a previsão contida no art. 16 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e no art. 52 da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Na mesma linha do que se observa nas Leis nº 12.462/2011 e nº 13.303/2016 e no Decreto Federal nº 10.024/2019, também no art. 56 da NLL não sobressai nenhum comando, premissa ou preferência entre os modos de disputa ou mesmo instituição de critérios atrelados ao objeto da contratação quando da “escolha” pelo agente público competente.

¹ Para melhor compreensão, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Fase de lances no Pregão Eletrônico: Escolha do modo de disputa à luz da Análise Econômica do Direito*. Sollicita, ago. 2020. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?n=fase-de-lances-no-preg%C3%A3o-eletr%C3%B4nico&p_idNoticia=16621>.

² Para uma crítica acerca da “colonização” da análise das licitações pela ótica jurídica vide NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles?. *Portal Jota*, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>>.

Com efeito, **entende-se que tal “escolha” não está normativamente vinculada, de modo que, em termos jurídicos, o agente público não se encontra ancorado ou aferrado a nenhuma orientação apriorística.**

Em suma, **é válido concluir que, observadas as expressas vedações previstas nos §§1º e 2º do dispositivo, há uma presunção jurídica de eficiência e adequação de qualquer um dos modos de disputa instituídos pelo art. 56 da Lei nº 14.133/2021.**

A NLL não fixou, de forma pontual, o momento procedimental e nem qual agente público seria competente para estabelecer o modo de disputa a ser adotado no procedimento licitatório, apesar de preconizar, no inciso VIII do art. 18, que a definição do modo de disputa já deve ser contemplada no bojo da fase preparatória da licitação.

De plano, não obstante ser discricionária, a opção pelo modo de disputa deverá ser delineada de forma clara nos instrumentos de planejamento da licitação (estudo preliminar e/ou termo de referência).

Quanto à metodologia de “escolha” no âmbito de cada órgão ou entidade promotora da licitação, não vemos óbice quanto a adoção das seguintes variáveis: i) escolha “caso a caso”; ii) escolha pré-definida conforme a natureza do objeto; iii) escolha pré-definida genérica (exemplo: o órgão/entidade adota apenas um modo, padronizando a escolha).

Após o apontamento do modo de disputa mais adequado conforme critérios de cada órgão ou entidade promotora da licitação, em atenção ao art. 18, VIII, da NLL, se faz necessária a expressa definição da “opção” no ato convocatório. A formalização da decisão sobre qual a forma de disputa a ser adotada se materializada com a aprovação, por parte da autoridade competente, da minuta de edital.

Conclui-se que, **por restar materializada na etapa de planejamento da contratação (antes de publicação do aviso de licitação), a competência e/ou a responsabilidade pela “escolha” do modo de disputa não recai sobre o agente de contratação³ responsável pela condução da fase externa do certame** (art. 8º da NLL), de forma que sua atribuição quanto ao tema restringe-se aos aspectos operacionais, a partir da seleção da “opção” de disputa (conforme preconizado no ato convocatório) no ato do cadastro da licitação no sistema.

Vale salientar que, na hipótese de realização de um mesmo certame com diversos itens autônomos, por se tratar cada item de uma licitação materialmente independente, não haveria, *a priori*, óbice à adoção de modos de disputa distintos para cada item. Contudo, caso haja o agrupamento, o modo de disputa deverá ser comum a todos os itens que compõem o grupo.

³ Para melhor compreensão acerca da figura do "agente de contratação" na NLL, vide: AMORIM, Victor. *Enfim, quem é o "agente de contratação"?*. Sollicita, 12/04/2021. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=17556&n=enfim,-quem-%C3%A9-o-%E2%80%9Cagente-de-contrata%C3%A7%C3%A3o%E2%80%9D?>>.

De toda forma, seria inadmissível a previsão de incidência simultânea dos dois modos de disputa para o mesmo “item” ou “grupo”, como uma espécie de “carta na manga” da Administração a ser sacada no ato de abertura da fase de lances.

3. Perspectiva econômica: maximização das ofertas e razoável duração do processo licitatório

3.1. Design do mecanismo de disputa: assimetria de informação, alocação de incentivos e maximização de recompensas

A investigação acerca da adequação da escolha do modo de disputa demanda uma compreensão para além de uma perspectiva jurídico-normativa, considerando que a aferição da adequação do desenho do mecanismo de disputa tem como parâmetro a busca pela eficiência na realização da licitação, compreendida a “eficiência”, em seu sentido econômico, como a *maximização do bem-estar social*⁴.

Em termos diretos, o melhor modo de disputa possível não é aquele que simplesmente tenha o condão de esgotar ao máximo as possibilidades de lances (como uma leitura fácil e opaca poderia sugerir ser o caso do modo “aberto”), mas sim aquela forma de disputa que venha a materializar uma concepção adequada da eficiência do processo licitatório sem descuidar das necessidades primárias e secundárias da Administração. Com efeito, **o melhor modo de disputa seria aquele que correspondesse a um “mecanismo de concorrência” que conjugasse, em equilíbrio, a “maximação das ofertas” e a “razoável duração do processo licitatório”.**

Afinal, não se mostraria eficiente um modelo de disputa que, a despeito de esgotar a possibilidade lances, fosse, em potencial, de execução morosa e complexa para a Administração, demandando um dos recursos mais caros para a atividade administrativa e para a sociedade: o tempo! Logo, ainda que haja um mecanismo ideal para a obtenção do “menor preço”, para aferir a sua eficiência, devem ser, necessariamente, contemplados os custos transacionais para a Administração.

Por conseguinte, na análise dos modos de disputa de que trata o art. 56 da NLL (“aberto”, “fechado” e “aberto e fechado”) é preciso soltar as amarras de uma visão obtusa e estritamente jurídica do princípio da eficiência em matéria de licitações, muitas vezes reduzida à busca indecorosa pelo menor preço nominal. Por tal razão, neste artigo, não nos dedicaremos à infrutífera tarefa de, baseados nos regimes do pregão eletrônico, RDC e nas licitações das estatais, comparar os modos de disputa a partir do cotejamento objetivo das médias de “economia” em determinado período de tempo (diferença entre o preço estimado e o preço adjudicado). Ainda que o universo de análise seja restrito a um mesmo objeto, as

⁴ “[...] o que está subjacente a esse tipo de raciocínio é que os recursos da sociedade são escassos e podem ser empregados para finalidades diversas (usos concorrentes), mas excludentes, que não necessariamente gerarão o mesmo nível de bem-estar social. Dessa forma, a eficiência alocativa se preocupa com a escolha que gere o maior nível de bem-estar possível. Uma escolha será alocativamente eficiente se não houver qualquer outra alocação dentro da fronteira de possibilidades que gere um bem-estar maior para a sociedade” (GICO JR., Ivo T. Bem-estar social e o conceito de eficiência. SSRN Electronic Journal, out. 2019).

variáveis econômicas seriam tantas, que qualquer conclusão peremptória pareceria mero sofisma.

Assim, é preciso pontuar: a análise ora empreendida não tem por finalidade indicar qual seria o "melhor" modo de disputa para se obter o menor dispêndio para a Administração nas licitações. Nosso objetivo, nesse desprezioso artigo, é tão somente refletir acerca do "desenho" dos modos de disputa sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito.

Para tanto, cumpre reputar a **licitação como mecanismo pelo qual, a partir de revelação incentivada de informações, se busca o “equilíbrio” entre a busca dos interesses da Administração e a maximização das recompensas objetivas pelos licitantes**. Nessa perspectiva, a licitação seria um “jogo” pelo fato de a revelação das informações (tanto por parte do jogador-licitante quanto por parte do jogador-Administração) tender a um equilíbrio entre as estratégias dos *players*, pois há co-dependência entre as ações dos jogadores.

[...] licitação é um mecanismo de coordenação que de acordo com as informações estabelecidas pelo Governo e pelos licitantes acaba por estabelecer diversos *equilibria* [...] na construção das regras de licitação, muitas vezes estaremos diante de um jogo bayesiano simultâneo, caracterizando um mecanismo de revelação direto.⁵

Extraí-se de tal constatação a importância da chamada “teoria dos jogos” na análise dos mecanismos de concorrência, porquanto lida com a “*análise de comportamento estratégico onde os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros*”⁶.

De acordo com Marcos Nóbrega⁷, as licitações no Brasil são “*jogos de informação incompleta*”, pelos quais se busca o “melhor preço” (tipo ideal), sendo que o “melhor valor” jamais corresponderá ao “valor real de mercado”, mas apenas à informação disponível para a Administração (referencial) agregada à valoração dada pelos concorrentes⁸. Indubitavelmente, como concluiu William Vickrey⁹, a

⁵ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 30.

⁶ HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 109.

⁷ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 31.

⁸ Para tanto, vide: NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles L. *Pesquisa de preços nas contratações públicas em tempos de pandemia*. Disponível em: <<https://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/Artigo-COMPLETO-PESQUISA-DE-PREC%CC%A7OS-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA-RC-MN-BC-Final.pdf>>: “Via de regra, a pesquisa de preços nas licitações públicas pretende identificar o preço de referência, para determinada contratação. É ilusório imaginar que ela, no mais das vezes, encontrará exatamente o preço transacional ou mesmo o propalado preço justo da contratação. A função dessa pesquisa é apresentar um parâmetro, uma referência necessária à valoração pelo poder público, elemento importante para a definição do preço contratado. Assim, a precificação envolve diversos fatores e a estimativa de custos nas contratações públicas, em regra, indica um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado. Apenas ao final do procedimento de uma licitação ou mesmo de uma contratação direta, podemos falar que alcançamos o preço transacional>: “Via de regra, a pesquisa de preços nas licitações públicas pretende identificar o preço de referência, para determinada contratação. É ilusório imaginar que ela, no mais das vezes, encontrará exatamente o preço transacional ou mesmo o propalado preço justo da contratação. A função dessa pesquisa é apresentar um parâmetro, uma referência necessária à valoração pelo poder público, elemento importante para a definição do preço contratado. Assim, a precificação envolve

assimetria de informação é inerente aos leilões *lato sensu*. Assim, **como não detém o conhecimento seguro acerca do “preço” de determinado objeto, a Administração se vale da licitação como mecanismo “para revelar informação e determinar a melhor proposta com base na informação recebida”¹⁰.**

É mister observar que, na qualidade de “comprador”, **a Administração tem a assimetria de informação como um problema fundamental, devendo desenvolver os mecanismos de licitação justamente para reduzi-la ou atenuá-la, gerando incentivos eficazes de revelação de informações confiáveis (ou sinceras) por parte dos licitantes.** Busca-se, nesse desiderato, evitar a chamada “seleção adversa”, bem estudada por George Akerlof, em seu célebre artigo "*The Market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism*"¹¹.

Compreendida a licitação como um "jogo", mostra-se elementar contemplar os comportamentos estratégicos dos jogadores, a interação entre os tomadores de decisão e a dependência entre as ações dos *players*.

Afinal, em tal “jogo”, **considerando que as pessoas agem a partir de incentivos (maximização de recompensa)¹², há que se apurar, a partir de uma análise de comportamento, a “racionalidade” dos jogadores para ofertarem seus lances para, dessa forma, no “desenho do mecanismo de disputa”, alocar, de forma eficiente, os incentivos para a revelação da informação e, assim, maximizar os interesses da Administração na escolha da proposta mais vantajosa e com menores custos de transação possíveis (“tempo do processo”).**

[...] a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora [...] A grande implicação desse postulado para a *juseconomia* é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar uma outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos.

[...]

Se as pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas.¹³

E, especificamente no tocante aos leilões, pontua Marcos Nóbrega:

diversos fatores e a estimativa de custos nas contratações públicas, em regra, indica um parâmetro (preço de referência), uma baliza do valor potencialmente apresentado pelo mercado. Apenas ao final do procedimento de uma licitação ou mesmo de uma contratação direta, podemos falar que alcançamos o preço transacional”.

⁹ VICKREY, William. Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders. *The Journal of Finance*, vol. 16, n. 1, mar./1961, p. 8-37. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2977633?seq=1>>.

¹⁰ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 35.

¹¹ AKERLOF, George. The Market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, ago./1970, p. 488-500. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/84/3/488/1896241?redirectedFrom=fulltext>>.

¹² Para tanto, sugere-se a leitura de: NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 24-34; 42-47; GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 18-21; 26-28.

¹³ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 19 e 21.

Os indivíduos não irão repartir informações privadas ou exercer esforços que não possam ser observados se não houver apropriados incentivos. Assim, a ideia correta de eficiência não é a de Pareto, mas sim, aquela de maximização de incentivos.¹⁴

[Afinal, a] licitação é, em essência, um mecanismo de revelação de informação. Dessa forma, meios de revelar informações confiáveis é ponto fulcral para melhoria da eficiência do sistema.¹⁵

Questiona-se, assim, qual a racionalidade de conduta do licitante nas licitações do tipo “menor preço” ou “maior desconto”? Ou melhor: qual a tendência de comportamento nas licitações com lances sequenciais, nas quais os licitantes têm conhecimento gradual da valoração atribuída ao objeto do certame?

Da literatura especializada relacionada à chamada “teoria dos leilões” (auction theory), constata-se um padrão comportamental: os licitantes desejam ofertar um mínimo valor possível que maximize seu lucro a cada rodada!¹⁶ Por tal razão, é de uma inocência elementar esperar que o licitante, já na primeira oportunidade, apresente sua melhor proposta.

Nesse contexto, a própria Administração ocupa uma posição de “jogador-desenhista” do jogo, sobressaindo, como estratégia ínsita à disputa nas licitações pelo “menor preço” ou “maior desconto”, a própria divulgação gradual e momentaneamente oportuna de informações acerca da valoração do objeto, não necessariamente a critério do agente de contratação, posto que algumas funcionalidades operacionais são automatizadas e desenhadas pelo responsável pelo desenvolvimento do sistema eletrônico.

Há um elemento estratégico importante para o desenho do mecanismo na Lei nº 14.133/2021: quando adotado o critério de julgamento “menor preço” ou “maior desconto”, sendo obrigatória a adoção isolada do modo de disputa “aberto” ou a combinação “aberto e fechado” (art. 56, §1º, da NLL), deve ser assegurada a possibilidade de os licitantes observarem os lances uns dos outros, sendo que, especificamente nos certames eletrônicos, ter-se-ia apenas o conhecimento do “valor do lance”, mas não de sua autoria.

3.2. Análise comparativa dos modos de disputa a partir dos pressupostos da “teoria dos leilões” nas licitações com critério de julgamento “menor preço” e “maior desconto”

A partir dos constructos alhures desenvolvidos e tendo em vista, com a vigência da Lei nº 14.133/2021, a perspectiva de prevalência prática das licitações do tipo “menor preço” e “maior desconto” e a adoção da modalidade pregão, tem-se na experiência das disputas do pregão eletrônico regidas pelo Decreto Federal nº

¹⁴ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 26.

¹⁵ NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 47.

¹⁶ Para tanto, vide os estudos de Alvin Roth e Lloyd Shapley mencionado em NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42-43.

10.024/2019 uma salutar referência para o processo de construção da modelagem na regulamentação do art. 56 da NLL.

Nesse intento, é apresentada, a seguir, uma análise comparativa entre os modos de disputa “aberto” e “aberto e fechado” de acordo com suas características e com o *design* estrutural do “jogo” estabelecido no Decreto Federal nº 10.024/2019, respectivamente, nos artigos 32 e 33.

Ainda que a regulamentação derivada da Lei nº 14.133/2021 possa trazer outros contornos operacionais aos modos de disputa – variando, inclusive, conforme a modalidade – o fato é que a experiência já observada a partir da configuração estabelecida no regulamento federal do pregão eletrônico poderá ser um importante balizador para a “opção” a ser adotada pela Administração.

| MODO DE DISPUTA | CARACTERÍSTICAS | VANTAGENS | DESVANTAGENS |
|---|--|--|---|
| MODO ABERTO (art. 32) | <p>Licitação do tipo “dinâmica”</p> <p><i>Jogo de informação incompleta “puro”, com conhecimento sequencial dos preços privados, conforme estratégia do licitante.</i></p> | <p>Esgotamento das estratégias de maximização dos lucros</p> | <p>Determinação do “melhor preço” baseada na busca da maximização sem o incentivo decorrente da surpresa quanto ao conhecimento das demais ofertas.</p> <p>Por se tratar de jogo de informação incompleta puro fomenta a figura conhecida por “licitante coelho”, além de aumentar o risco da ocorrência de “seleção adversa”.</p> <p>Potencializa a desigualdade de disputa ao permitir estratégia de dilação forçada do tempo de duração da disputa, gerando alijamento, por desinteresse, dos licitantes com menor poder econômico e estrutural. Tal estratégia de uso abusivo do poder econômico pode, ainda, constituir mecanismo de afastamento factual e abusivo do tratamento privilegiado conferido às ME’s/EPP’s por força da Lei Complementar nº 123/2006.</p> <p>Para licitações com múltiplos “itens” e “grupos”, dada a inexistência de um limite temporal de encerramento da disputa, a modelagem poderá representar alto custo transacional para a Administração.</p> |
| MODO ABERTO E FECHADO (art. 33) | <p>Combinação de uma etapa do tipo “dinâmica” com uma etapa final de lance “selado”</p> <p><i>Jogo de informação incompleta (etapa aberta) agregado com jogo não cooperativo (etapa fechada).</i></p> | <p>O fator “surpresa” do lance final e fechado após a liberação gradual dos preços privados na “etapa aberta” potencializa o incentivo à revelação da informação.</p> <p>A “classificação” para a etapa fechada aliada à possibilidade de uma nova</p> | <p>Admite estratégias de conluio para configuração da disputa na etapa fechada.</p> |

| | | | |
|--|---|--|--|
| | | <p>rodada da etapa fechada resulta em redução do risco de “seleção adversa”.</p> | |
| | <p>Etapa aberta: liberação gradual dos preços privados (“calibragem”), com “tempo aleatório” e faixa de classificação para a etapa fechada (incentivo para adoção de uma estratégia dominante correspondente a oferta de preços mais próximos à valoração real do objeto pelo licitante.</p> | <p>Viabiliza a composição de preços dos licitantes subsequentes mais próxima da real valoração subjetiva do proponente, posto que não influenciado pelo conhecimento das demais propostas.</p> | |
| | <p>Etapa fechada: por envolver um lance final e sigiloso, o licitante tende a seguir sua “estratégia dominante” (seu “melhor preço”), vez que não terá o conhecimento prévio da estratégia dos demais concorrentes.</p> <p>Trata-se, nesse ponto, de um “jogo não cooperativo”, no qual o jogador escolhe suas ações independentemente das estratégias dos demais jogadores.</p> | | |

Diante do quadro apresentado – que, de forma alguma, tem a pretensão de reunir, de forma exaustiva, as vantagens e desvantagens de cada modo de disputa – é possível concluir que, para as licitações do tipo “menor preço” ou “maior desconto”, o modo “aberto e fechado”, ao ser abstratamente comparado ao modo “aberto”, apresenta uma “modelagem” mais eficaz no tocante à revelação incentivada de informações confiáveis por parte dos licitantes, aliada à maximização dos interesses da Administração na escolha da proposta mais vantajosa e com menores custos de transação possíveis.

Afinal, a combinação entre as etapas “aberta” e “fechada” potencializa o incentivo de revelação da melhor valoração subjetiva acerca do objeto por parte dos concorrentes e o fato de haver a delimitação máxima de tempo de duração da

disputa (no máximo, 30 minutos) reduz os custos de transação para a Administração¹⁷.

A seu turno, o modo “aberto”, a despeito de possibilitar o esgotamento completo das ofertas, pois a disputa só se encerra quando não mais houver registro de lance (seja de “o lance de menor valor” seja o “lance intermediário”), apresenta desvantagens consideráveis, como o risco de “seleção adversa”, estratégia de desestímulo de participação¹⁸ e abuso de poder econômico¹⁹, práticas colusivas materializadas na figura do “licitante coelho”²⁰ e, a depender da quantidade de itens em disputa e da premência da necessidade administrativa, um alto custo transacional para a Administração²¹.

¹⁷ Em igual sentido, é a conclusão de ALBANO, DIMITRI, PACINI e SPAGNOLO acerca dos “leilões em duas etapas”: “When both winner’s curse and time length are strong concerns, the buyer may favour the

two-stage sealed bid tendering format” (ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 166).

¹⁸ De acordo com ALBANO, DIMITRI, PACINI e SPAGNOLO, “long-lasting auctions may be psychologically exhausting for participants, even when they are experienced and skilful”. Ademais, “should a dynamic auction be too long such costs would increase as well as the costs of personnel specifically dedicated by the participants to the auction. This last point could make the auction too costly for some bidders, who may choose not to participate” (ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 158-159).

¹⁹ O fato de não haver delimitação de tempo de duração da disputa no “modo aberto” e diante da possibilidade de prorrogação automática da fase de lances pelo simples registro de “lance intermediário” (art. 32, §1º, Decreto Federal nº 10.024/2019), pode incentivar um comportamento por parte das licitantes com melhor estrutura operacional (humana e tecnológica) no sentido de retardar ao máximo o tempo de encerramento da disputa e, assim, após longo tempo, promover o desinteresse por parte de concorrente que não tenha condições de se dedicar ao acompanhamento integral da fase de lances. Assim, o licitante menos estruturado, ao ter sua melhor oferta coberta pelo licitante procrastinador, certamente perderá a oportunidade de agir diante do novo comportamento de seu concorrente. A estratégia de procrastinação poderá ser operacionalizada a partir do registro oportuno de “lance intermediário” que, para provocar a prorrogação do tempo de disputa, não necessariamente precisa representar o melhor valor do certame, sendo que tal registro poderá, inclusive, ser automatizado pelo uso do “robô”, ou mesmo realizado por um funcionário da licitante exclusivamente dedicado a tal propósito. Nesse sentido, sobre os “leilões dinâmicos”, acrescentam ALBANO, DIMITRI, PACINI e SPAGNOLO: “However, the auction can turn out to be too long, simply because the last two active bidders may decide to slow down the pace at which the auction evolves by submitting at each round bids just below the validity threshold. Moreover, if participation is costly, inexperienced and poorly informed bidders may be deterred from entering if they believe that more experienced and better informed ones will sooner or later outbid them” (ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 160-161).

²⁰ Para tanto, vide ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 158: “Collusion can be sustained more easily in a dynamic auction for a single contract rather than in a sealed bid tendering since members of a bidding ring may punish immediately a defecting bidder. In the case of multiple contracts, bidders may also use bids as communication devices. In general, the longer a dynamic auction the easier coordination among bidders since they have a higher number of opportunities (e.g. in the various rounds) of agreeing on the allocation of contracts”.

²¹ Vide, nesse sentido, ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 158: “Long-lasting auctions, however, may substantially increase organizational costs for running the bidding process and wages/fees of the specialized personnel working on behalf of suppliers. If the buyer organizes a high number of auctions per year, it may be

Ainda que se diga que a fixação do intervalo mínimo entre os lances de que trata o art. 57 da NLL objetiva justamente coibir ou evitar tais desvantagens, o fato é se trata, a bem da verdade, não de instrumento de alocação de incentivo para revelação de informação confiável por parte do licitante, mas sim de um mecanismo para redução do tempo da disputa, apenas isso. O intervalo mínimo tem a equivocada pretensão de imiscuir-se na estratégia comportamental dos licitantes, porquanto afeta a dinâmica de valoração do objeto. E mais: se utilizado de forma temerária, poderá ocasionar o bloqueio da disputa, além de alijar ofertas viáveis ao longo da fase de lances e, assim, ao forçar uma redução muitas vezes sem aderência à valoração subjetiva do próprio licitante, promover a “maldição do vencedor”.

Ademais, há que se reconhecer que a Administração Pública brasileira, em todos os níveis federativos, é carente de condições de definir, com rigor científico e com lastro em dados empíricos, um adequado intervalo entre os lances. Assim, ou se adota uma postura pragmática de “anular” o intervalo (fixando-se uma diferença mínima de R\$ 0,01, por exemplo) ou uma postura irreal de estabelecer um intervalo fora da realidade do mercado e que, ao final, potencializará as desvantagens do “modo aberto”.

Conclusão: problematizações para futuras reflexões

Como visto, este artigo não tem a pretensão de apresentar, em termos abstratos e *a priori*, uma conclusão quanto ao “melhor” modo de disputa nas licitações do tipo “menor preço” ou “maior desconto”.

Da análise empreendida, surgem problemas e uma constatação: nenhum dos modelos instituídos pela Lei nº 14.133/2021 – ainda que pendente de regulamentação operacional - é o ideal, porquanto apresentam desvantagens. Mas se tratam dos modelos normativamente postos, daí a necessidade de estudá-los à luz da “teoria dos leilões”.

De toda forma, o artigo vale como uma provocação e um alerta de que a perspectiva meramente jurídica é insuficiente para guiar o gestor público no processo de “escolha” do modo de disputa mais adequado tendo em vista a natureza do objeto e as necessidades da Administração.

Os apontamentos positivos e negativos da modelagem dos modos de disputa no Decreto Federal nº 10.024/2019 poderão servir de inspiração e referência no processo de regulamentação da fase de lances – e parametrização dos respectivos sistemas de licitação eletrônica – a ser conduzida pela União, Estados e Municípios.

unfeasible to have many auctions running for a very long time at the same time. These considerations apply to standard dynamic formats as well as to online dynamic auctions. The latter have become increasingly more widespread, since in many instances they have proved to be a flexible and powerful way to conduct procurement activity”.

Referências bibliográficas

ALBANO; G. L.; DIMITRI, N.; PACINI, R.; SPAGNOLO, G. Information and competitive tendering. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. *Handbook of Procurement*. New York: Cambridge University Press, 2006.

AKERLOF, George. The Market for Lemons: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, ago./1970, p. 488–500. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/84/3/488/1896241?redirectedFrom=fulltext>>.

AGRAWAL, Amol. Economic Sciences Nobel: Auctions, they're all around us. *Money Control*, 13 out. 2020. Disponível em: <<https://www.moneycontrol.com/news/opinion/economic-sciences-nobel-auctions-theyre-all-around-us-5957541.html>>

GICO JR., Ivo T. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *SSRN Electronic Journal*, out. 2019.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019.

HILBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. Indaiatuba: Foco, 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles L. *Pesquisa de preços nas contratações públicas em tempos de pandemia*. Disponível em: <<https://www.tatianacamarao.com.br/wp-content/uploads/Artigo-COMPLETO-PESQUISA-DE-PREC%CC%A7OS-NAS-CONTRATAC%CC%A7O%CC%83ES-PU%CC%81BLICAS-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA-RC-MN-BC-Final.pdf>>.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles?. *Portal Jota*, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>>.

VICKREY, William. Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders. *The Journal of Finance*, vol. 16, n. 1, mar./1961, p. 8-37. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2977633?seq=1>>.