

Licitações Públicas e a dificuldade para a identificação de um preço transacional exequível¹

Ronny Charles Lopes de Torres²

Um problema relevante nas licitações tradicionais eletrônicas envolve a insuficiência do preço de mercado como transmissor de informação para a definição do preço de referência, bem como a incapacidade deste de predizer intenções e expectativas dos futuros licitantes, para fins de definição do preço transacional.

Os preços desempenham funções intimamente relacionadas na organização da atividade econômica: eles transmitem informação, incentivam a adoção de métodos de produção mais eficientes, fazendo com que os recursos disponíveis sirvam aos objetivos mais valiosos, e determinam quem recebe quanto do produto, de acordo com a valoração estabelecida pelas partes, distribuindo renda³. Como explica Milgrom, a teoria do equilíbrio neoclássico realça o papel dos preços de equilíbrio de mercado na sustentação da alocação eficiente de recursos⁴.

Há certa dificuldade da burocracia em lidar com os conceitos de preço e um esforço quase quixotesco de idealizar “preços justos”, que podem ser

¹ Este artigo faz parte do livro “E-marketplace e contratações públicas” (no prelo)

² Advogado, Consultor e Parecerista. Doutor em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Advogado da União licenciado. Foi Membro fundador da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: *Leis de Licitações Públicas comentadas* (15ª ed.); *Direito Administrativo* (coautor. 14ª ed.); *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais* (coautor. 3ª ed.) e *Improbidade Administrativa* (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm, além de *Análise Econômica das licitações e contratos* (coautor. 2ª edição, Ed. Fórum).

³ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre a liberdade e economia*. 9ª ed. Traduzido por Edite Siegert. – Rio de Janeiro: Record, 2020. P. 38.

⁴ MILGROM, Paul. *A descoberta dos preços* (Trad. Jorge Lima). Braga. Ed. Actual, 2021. p. 69.

controlados burocraticamente por metodologias para aferir previamente o preço transacional.

Primeiramente, é importante repisar a diferença entre preço transacional, preço de mercado e de referência. O preço de mercado é o valor pelo qual um bem ou serviço é negociado em um mercado competitivo; ele tende a representar um preço de equilíbrio, onde as intenções de compra igualam as intenções de venda, podendo ter tendências de alta ou de baixa em função da oferta e da demanda.

O preço de referência é um ponto de comparação, um parâmetro ou base para determinar o preço de um bem ou serviço. Ele se utiliza de técnicas estatísticas e outras metodologias ou disciplinas necessárias, com o objetivo de servir como referência à tomada de decisão, de maneira a ser possível asseverar que “o preço referencial é uma unidade estimada a partir de premissas”⁵. Já o preço transacional é o valor acordado entre duas partes para uma transação comercial específica, o qual é afetado por elementos objetivos e subjetivos, que determinam valorações especificamente atuantes no momento da troca.

Em suma, embora esses três termos estejam relacionados ao conceito de preço, eles têm significados distintos. Enquanto o preço transacional representa o valor acordado em uma transação específica, o de mercado está relacionado ao valor pelo qual um bem ou serviço é oferecido em um mercado competitivo e o de referência é um parâmetro usado para avaliar o preço de um bem ou serviço.

Em um mercado perfeito e competitivo, o preço de mercado seria o mesmo que o transacional para todas as transações. Contudo, as licitações públicas estão longe de se caracterizar como um mercado perfeito, do que deriva ser evidente e natural existir diferença entre o preço de mercado e o transacional.

Nas licitações públicas, para reduzir assimetria de informação e mitigar riscos do problema de agência⁶, o preço de referência é frequentemente usado

⁵ BARBOSA, Túlio. Preços para licitações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. p. 149-164.

⁶ O problema de agência é um conflito de interesses que ocorre quando uma pessoa ou entidade (o agente) pode tomar decisões ou agir em nome de outra pessoa ou entidade. O problema surge quando o agente, que deveria agir no melhor interesse do principal, pode ter

para avaliar a razoabilidade dos preços oferecidos pelos licitantes (preço transacional). Ocorre que o preço transacional pode variar de acordo com diversos fatores objetivos ou subjetivos, entre eles: a relação entre as partes (confiança), as condições de pagamento, a logística do fornecimento, o volume da transação, as condições do mercado no momento da troca ou outras circunstâncias específicas.

Ademais, as metodologias para definição do preço de referência preconizadas pela regulamentação pública criam parâmetros com questionável fidedignidade, motivo pelo qual o preço estimado por meio de pesquisa de preços não pode ser usado como baliza absoluta para a definição da exequibilidade das ofertas dos licitantes.

Por isso, mesmo quando a legislação definiu critérios objetivos para a identificação de inexequibilidade, os órgãos de controle passaram a exigir a realização de diligências ou convocação do licitante para que ele tenha oportunidade de comprovar a exequibilidade da sua proposta, antes de eventual desclassificação.

Em outras palavras, mesmo existindo definição legal objetiva para uma presumida inexequibilidade dos preços propostos pela legislação⁷, os órgãos de

incentivos para agir em seu próprio interesse em detrimento do principal. Caso inexistir uma referência fidedigna do preço de mercado, as chances de desvios e corrupção aumentam sensivelmente.

⁷ BRASIL. Lei nº 13.303, de 01 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Art. 56. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm

Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

- I - contenham vícios insanáveis;
- II - descumpram especificações técnicas constantes do instrumento convocatório;
- III - apresentem preços manifestamente inexequíveis;
- IV - se encontrem acima do orçamento estimado para a contratação de que trata o (...)

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- I - média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista; ou
- II - valor do orçamento estimado pela empresa pública ou sociedade de economia mista.

controle têm defendido, com certa razão, que tais definições representam apenas presunção relativa de inexequibilidade, motivo pelo qual deve ser dada oportunidade para que o fornecedor demonstre a exequibilidade do seu preço⁸.

Realmente, os preços representam expectativas condicionais e são afetados por diversos elementos objetivos e subjetivos, o que dificulta a tarefa de definição apriorística de um limite de exequibilidade. Com razão, Mackaay e Rousseau explicam que o valor de um bem, definido em uma troca, não pode ser mensurado senão à luz de um acordo livremente aceito pelas partes, cada um levando em consideração as outras opções possíveis⁹.

Diante desse quadro, defendendo o licitante a exequibilidade de sua proposta, não facilmente o comprador público terá êxito na demonstração da inexequibilidade, mesmo que o preço proposto (preço transacional) esteja efetivamente abaixo do preço de mercado.

Pois bem, a identificação de um preço transacional exequível nas licitações públicas eletrônicas tem se tornado um grande desafio. Isso provavelmente está relacionado à complexidade do processo licitatório, que gera custos transacionais específicos que se tornam barreira de entrada e favorecem a participação das empresas para as quais já foi utilizada anteriormente a denominação de “atravessadores”.

Não sendo propriamente um fornecedor direto daquele bem ou serviço, e atuando em mercados diversos, alguns atravessadores participam da licitação sem uma prévia definição de um preço de reserva¹⁰.

§ 4º Para os demais objetos, para efeito de avaliação da exequibilidade ou de sobrepreço, deverão ser estabelecidos critérios de aceitabilidade de preços que considerem o preço global, os quantitativos e os preços unitários, assim definidos no instrumento convocatório.

⁸ Neste sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União já definiu que “antes de ter sua proposta desclassificada por inexequibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório” (TCU. Acórdão 1244/2018 Plenário. Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer). Na mesma linha: TCU - Acórdão 674/2020 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues); Acórdão 2189/2022 Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman).

⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 119.

¹⁰ O preço de reserva equivale ao valor máximo ou mínimo que uma pessoa ou empresa está disposta a pagar ou aceitar em uma transação econômica. Pelo lado do comprador, o preço de reserva é o preço máximo que o comprador está disposto a pagar por um bem ou serviço. Acima desse preço, o comprador prefere não fazer a compra. Pelo lado do vendedor, o

Diante da opção no pregão eletrônico regulamentado pelo Decreto federal nº 10.024/2019 de adoção dos modos de disputa aberto e aberto fechado¹¹, institucionalizou-se a regra de que a proposta inicial não possui efeitos classificatórios e que, independentemente dessa oferta, o licitante poderá competir com os demais por meio de lances subsequentes.

Partindo do pressuposto de que para aquele que não lida diariamente com a venda de um bem ou serviço, a identificação do preço de mercado para um bem exige maiores custos (custo de transação de pesquisa e informação), a baixa relevância dada ao preço inicial ofertado gera um incentivo para que o licitante, mesmo sem prévia aferição dos preços dos fabricantes e definição do seu preço de reserva, participe “irresponsavelmente”¹² da licitação, passando a ancorar seus futuros lances naqueles dados pelos demais licitantes, os quais ele presume que estarão de acordo com o preço de mercado para o pertinente fornecimento

Este, provavelmente, se tornou o principal problema da participação desses “atravessadores”, pois, diante da ausência de definição do preço de reserva e pouca responsabilidade na manutenção do pactuado contratualmente, seus lances tendem a mergulhar para uma margem inexequível¹³, comprometendo o efetivo fornecimento.

Na prática, um certame eletrônico com dois ou mais “atravessadores” que adentraram a competição sem uma prévia definição de seu preço de reserva,

preço de reserva é o preço mínimo que o vendedor está disposto a aceitar para vender um bem ou serviço. Abaixo desse preço, o vendedor prefere não vender.

¹¹ Art. 31. Serão adotados para o envio de lances no pregão eletrônico os seguintes modos de disputa:

I – aberto – os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com prorrogações, conforme o critério de julgamento adotado no edital; ou

II – aberto e fechado – os licitantes apresentarão lances públicos e sucessivos, com lance final e fechado, conforme o critério de julgamento adotado no edital.

Parágrafo único. No modo de disputa aberto, o edital preverá intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.

¹² Considerando, aqui, como irresponsável a decisão de aventurar-se numa licitação sem a prévia definição de um preço de reserva ou prévia definição do limite de exequibilidade para sua proposta.

¹³ Preço inexequível é aquele considerado impraticável, insuficiente para que o fornecedor possa cumprir o contrato.

diante da modelagem de lances abertos, tenderá a uma redução dos preços propostos para limites inferiores ao da pretensa exequibilidade de preços, pois com o desenvolvimentos dos lances, ao ponto que os fornecedores que definiram seus preços de reserva forem saindo, ficarão apenas aqueles sem tal limite de redução definido a priori, gerando como resultado a maldição do vencedor¹⁴¹⁵.

O resultado dessa atual modelagem no mercado das licitações eletrônicas, resultante de instituições formais e informais, tem sido um crescente aumento de contratações frustradas, diante da não assinatura dos contratos ou das atas de registros de preços, pelos licitantes fornecedores, ou ainda de precipitados pedidos de revisão econômica dos preços propostos pelos vencedores de licitações, como condição para a continuidade do fornecimento.

Um exemplo disso foi analisado no artigo "Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário", publicado em julho de 2019, que pesquisou 182 processos para a compra de 984 medicamentos. Desses 984 itens licitados, o sucesso (inicial) para a aquisição pretendida ocorreu apenas em 496 itens (50,41%), com fracasso já inicial na licitação de 488 itens (49,59%)¹⁶.

Em sentido similar, relatório da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH)¹⁷, analisando os resultados obtidos nos procedimentos licitatórios previstos no Cronograma de Compras Centralizadas 2022, indicou que, na categoria medicamentos, dos 447 itens licitados, apenas 233 deles foram homologados (o equivalente a 64,90%), 102 foram fracassados (o equivalente a 28,41%) e 24 foram desertos (o equivalente a 6,68%).

¹⁴ A maldição do vencedor ocorre quando o preço negociado na licitação é tão baixo que o próprio vencedor (obrigado legalmente a cumprir a promessa) tem prejuízo em sua execução.

¹⁵ A maldição do vencedor pode ser compreendida como um fenômeno descrito pelo temor de pagar demais ou, em um contexto de aquisição, o medo do fornecedor de dar um lance muito baixo.

¹⁶ ARANTES, Tiago. SFORSIN, Andréa Cássia Pereira. PINTO, Vanusa Barbosa. MARTINS, Maria Cleusa. Avaliação dos desfechos em processos licitatórios na modalidade pregão eletrônico de um hospital universitário. Rev. Adm. Saúde (On-line), São Paulo, v. 19, n. 76: e174, jul. - set. 2019, Epub 23 jul. 2019.

¹⁷ Relatório - SEI nº 23/2022/SCCEN/CAD/DAI-EBSERH.

Na categoria Insumos Hospitalares foram licitados 454 (já excluídos 69 itens que haviam sido homologados em seu espelho por ME/EPP e 14 itens cancelados pelo pregoeiro), tendo sido 242 de ampla participação e 219 de participação exclusiva ME/EPP. Para a ampla participação, após a 'exclusão' dos 69 itens-espelhos e 14 itens cancelados, 127 deles foram homologados (o equivalente a 52,48%), 115 foram fracassados (o equivalente a 47,52%) e 0 foram desertos (o equivalente a 00,00%).

Em relação a esses relatos, importante frisar, eles não detectam que, entre os itens homologados, existam itens com preços inexequíveis, cuja contratação será sucedida de pedidos de revisão econômica dos preços contratados sem embasamento ou mesmo frustração contratual, pelo abandono do fornecedor ou por sua incapacidade de manter a execução do contrato, causando prejuízos que ainda hoje não são devidamente avaliados pelo Poder Público brasileiro.

Muitas vezes, diante do dilema posto e da sensibilidade social da demanda, o agente público responsável pela contratação é pressionado a atender ao pleito de revisão econômica, ficando em uma situação de espera maliciosa por parte do fornecedor ("*hold up*")¹⁸, na qual ele se vê impelido a conceder a revisão de preços solicitada para manter o fornecimento tido como essencial¹⁹.

Tal ação deve ser repelida pelo direito, que tem como função premiar a cooperação e não o comportamento oportunista (*moral hazard*); contudo, há poucas soluções no modelo tradicional de licitação, para a superação desse problema prático.

Fato parece ser que, em alguns setores, a licitação tradicional eletrônica, com seus custos transacionais específicos, estimulou um ambiente de seleção adversa que muitas vezes premia empresas sem expertise no fornecimento do bem pretendido, que mergulham os preços de suas propostas para vencer a licitação em níveis inexequíveis, mas depois não mantêm o compromisso de

¹⁸ Hold-up é uma falha de mercado que se manifesta durante a execução do contrato, ocorrendo quando uma das partes espera indevidamente para executar o contrato para ganhar mais, devido ao seu poder de barganha

¹⁹ CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Análise Econômica das Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Fórum, 2022. P. 124.

fornecimento, algo que pode gerar prejuízos enormes pela sustação do fluxo de fornecimento (frustração contratual).

Importante que sejam compreendidos os incentivos gerados pela atual modelagem de licitação eletrônica tradicional, para buscar modelos que proponham sua reforma e aprimoramento, combatendo a apresentação de preços artificiais e inexequíveis por fornecedores sem a expertise necessária ou o efetivo compromisso com o atendimento da demanda pública.