

Idas e Vindas do Orçamento Sigiloso

Adriana Cuoco Portugal¹

A Lei nº 8.666/1993 não admitia em seu texto o sigilo da licitação, a não ser pelo conteúdo das propostas das licitantes até a data da respectiva abertura, sendo explícita quanto à publicidade do orçamento estimativo, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

(...)

§ 3º **A licitação não será sigilosa**, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

(...)

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 2º **Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:**

(...)

II - **orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;**
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

O sigilo do orçamento passou a figurar de maneira diametralmente oposta nas possibilidades de contratação da Lei nº 12.462/2011², que instituiu o regime diferenciado de contratação – RDC. Por essa lei, para determinados empreendimentos, o padrão a ser seguido pela Administração seria o sigilo dos orçamentos, *in verbis*:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, **o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.**

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

¹ Diretora Técnica do IBRAOP, Engenheira e Auditora de Controle Externo do TCDF.

² Muito vocacionada para obras de grande porte para viabilizar os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, a Copa do Mundo Fifa 2014, as obras de infraestrutura de aeroportos, as ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, as obras no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, bem como as obras e serviços de engenharia relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Com a edição da Lei das Estatais em 2016, essa linha de orçamento sigiloso foi novamente reforçada, uma vez que a Lei nº 13.303/2016 consigna de forma mais explícita o sigilo, *in verbis*:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificção na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o *caput* deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

Nesse contexto, aquela Lei nº 8.666/1993 foi amplamente revisada, estando em substituição pela nova Lei nº 14.133/2021. Havia uma forte expectativa de que o orçamento se manteria, por padrão, como sigiloso, mas o texto que foi recentemente sancionado foi o seguinte, *in verbis*:

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;

II - (VETADO).

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Houve, então, uma reversão daquela expectativa, de sorte que o orçamento sigiloso não mais seria o padrão. O orçamento somente poderá ser sigiloso sob a égide da nova lei se houver justificativa para tanto.

Um fator de grande interesse se deu também com a sanção da nova lei. Houve o veto do inciso que estabelecia, no projeto de lei do congresso, que o orçamento sigiloso seria tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento das propostas. Esse veto acaba por reforçar um sentimento de que o sigilo do orçamento não é realmente desejável à luz da nova lei, já que não se restringe o momento da publicidade da estimativa.

A essa altura, portanto, fica clara a distinção de tratamento entre os entes da Administração quanto ao orçamento sigiloso: as estatais se utilizam do sigilo por padrão e as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais têm que se justificar quando for adotar esse instituto.

Vários questionamentos emergem: o que motivou o legislador a ser mais parcimonioso com o sigilo na Administração Direta? Será que algumas experiências foram determinantes para isso, como, por exemplo, certa frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, ou as dificuldades operacionais de se empreender o sigilo, ou a prevalência da ideia de publicidade dos atos administrativos ou até uma perspectiva no âmbito da teoria econômica que aponta pela desvantagem do sigilo em licitações?

Sobre a frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, um exemplo emblemático é o resultado obtido por Souza (2013), em relação ao uso do RDC pela Infraero, quando comparou licitações empreendidas antes e depois do uso dessa forma de contratação, empregando o sigilo nos orçamentos. A conclusão foi que houve uma redução importante no patamar de descontos das empresas vencedoras em relação ao preço orçado pela Infraero quando comparado com licitações empreendidas em momentos anteriores com orçamentos públicos.

Já as dificuldades operacionais observadas foram em parte referentes à fase de negociação com as empresas, dado que a contratação não deve superar o orçado pela Administração e o orçamento somente poderia ser tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. Para suplantar esse entrave na negociação, a jurisprudência do TCU precisou firmar a possibilidade de tornar público o orçamento já na fase da negociação³. Também se pode mencionar a dificuldade operacional de se manter sigilo de orçamentos de grandes empreendimentos cujas dotações orçamentárias constem de leis orçamentárias anuais ou planos plurianuais, ou de obras cujo padrão de construção ou uso irrestrito dos sistemas referenciais SICRO e SINAPI já permitem conhecer, com grande aproximação, os valores envolvidos.

A lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011, também pode ser um fator de relevo nesse contexto, na medida em que estabeleceu elementos para a transparência das ações governamentais como base da boa governança, sendo expressamente indicado que o sigilo deve ser a exceção e não a regra⁴.

Resta, então, um eventual contraponto a partir na perspectiva econômica. Havia uma expectativa, tendo em conta inclusive uma recomendação da OCDE⁵, de que o orçamento sigiloso minimizaria os danos decorrentes do comportamento cartelizado de empresas e da prática de elevação dos preços, como apontado por Rezende (2011), ou de que haveria incentivos para o licitante “mergulhar no preço” sob pena de não ser contratado se seu preço ficasse acima do valor máximo estabelecido pela Administração, como apontado por Nóbrega (2015). No entanto, Rezende (2011) já indicava que o grau de corrupção da sociedade não permite minimizar o comportamento cartelizado na medida em que os integrantes do cartel podem obter informações privilegiadas de agentes públicos corruptos, enquanto Nóbrega (2015) já profetizava que, em sendo os preços de mercado razoavelmente conhecidos pelos licitantes, as vantagens do sigilo obtidas em estudos de

³ Acórdão nº 306/2013 - Plenário, disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*NUMACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOI%2520desc/0/%2520. Acesso em 08/04/2021.

⁴ Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

⁵ Conforme sugestões constantes do documento “*Guidelines for fighting bid rigging in public procurement*” (Diretrizes para combater conluios nos certames para contratação pública), disponível em <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>. Acesso em 08/04/2021.

diversos tipos de leilões ficam muito fragilizadas, não se podendo concluir pela adequação desse instituto sob o ponto de vista estritamente econômico.

Todos esses fatores acabam por apontar na direção da parcimônia em relação ao uso do sigilo nas licitações. Em verdade, a parcimônia já está contida no próprio texto da nova lei de licitações, que reverteu uma tendência de o orçamento ser sigiloso por padrão, solidificada a partir da lei do RDC e das estatais, passando agora a ser uma exceção a ser justificada.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 05/04/2021.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em 29/03/2021.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 29/03/2021.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 01 de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 05/04/2021.

NÓBREGA, Marcos. **O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=671>. Acesso em: 08 abr. 2021.

REZENDE, Renato M. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462, de 2011**. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Texto para Discussão nº 100. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em: 08 abr. 2021.

SOUZA, Renato M. **A Utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) pela INFRAERO**. XV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas – Vitória/ES, 2013. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.