

# Orçamento Sigiloso (e Negociação)

*Adriana Portugal*  
*TCDF/IBRAOP*

## **Estrutura da apresentação:**

- **O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC**
- **Quais os motivos para a reversão da NLLC?**
- **Análise econômica do sigilo (e da negociação)**
- **Conclusões**

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 8.666/93: orçamento público e impossibilidade de negociação

*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;*

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 12.462/2011 (RDC): orçamento sigiloso

*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.*

*§ 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.*

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

- Lei nº 12.462/2011 (RDC): possibilidade de negociação

*Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.*

*Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.*

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 13.303/2016 (Estatais): orçamento sigiloso

**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 justificação 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.**

**§ 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 .**

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 13.303/2016 (Estatais): necessidade de negociação

*Art. 57. Confirmada a efetividade do lance ou proposta que obteve a primeira colocação na etapa de julgamento, ou que passe a ocupar essa posição em decorrência da desclassificação de outra que tenha obtido colocação superior, a empresa pública e a sociedade de economia mista **deverão negociar condições mais vantajosas com quem o apresentou.***

*§ 1º A negociação deverá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, permanecer acima do orçamento estimado.*

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 14.133/2021 (NLLC): orçamento sigiloso facultativo

**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) (o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas)**

**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.**

# O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

## - Lei nº 14.133/2021 (NLLC): possibilidade de negociação

*Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração **poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.***

*§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.*

*§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório*

## O orçamento sigiloso (e negociação) nas diversas leis e na NLLC

LEI	SIGILO (S/N)	NEGOCIAÇÃO (S/N)
8.666/93	N	N
RDC	S	S (poderá)
ESTATAIS	S	S (deverá)
NLLC	N	S (poderá)

- A NLLC manteve a ideia da Lei nº 8.666/1993: o padrão é a publicidade do orçamento; sigilo facultado em situações justificadas

➡ Reversão da expectativa quanto ao sigilo nas licitações públicas

## Quais os motivos para a reversão da NLLC?

- Tentando imaginar...
- prevalência da ideia de publicidade dos atos administrativos (lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011): boa governança a partir da transparência das ações governamentais; indicação expressa que o sigilo deve ser a exceção e não a regra (art. 3º, inc. I)
- frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo: Luiz Fernando de Souza – TCU (2013) comparou licitações da Infraero antes e depois da instituição do sigilo em licitações pelo RDC e observou uma redução importante no patamar de descontos das empresas vencedoras em relação ao preço orçado pela Infraero

## Quais os motivos para a reversão da NLLC?

- grau de corrupção da sociedade: a corrupção não permite esperar que o orçamento sigiloso minimize o efeito deletério do comportamento cartelizado das empresas (OCDE); há a expectativa de que os integrantes do cartel obtenham informações privilegiadas de agentes públicos corruptos (Rezende, 2011)
- possibilidade de seleção adversa das empresas contratadas: o “mergulho” nas licitações (esperado em certames com orçamento sigiloso) aumenta o risco de preços inferiores aos custos de produção das licitantes, requerendo reequilíbrios contratuais posteriores ou gerando abandono dos contratos (Nóbrega, 2015)

## Quais os motivos para a reversão da NLLC?

- **dificuldades operacionais:**
  - fragilidades quanto ao efetivo sigilo: estimativas baseadas em preços de mercado conhecidos pelos licitantes (SICRO e SINAPI); ou grandes empreendimentos com dotações orçamentárias consignadas em leis orçamentárias anuais ou planos plurianuais (Nóbrega, 2015)
  - na fase de negociação com as empresas, as licitantes tinham que fazer lances repetidamente até chegar ao valor máximo que a Administração havia orçado (Acórdão nº 306/2013 – Plenário: possibilidade de tornar público o orçamento já na fase da negociação)

## Quais os motivos para a reversão da NLLC?

- **dúvida sobre a vantagem econômica do sigilo: vários estudiosos entenderam que há desvantagens no emprego do sigilo (Riley e Samuelson (1981), Milgrom e Weber (1982) e Elyakime et al. (1994)), enquanto outros concluíram que o sigilo era vantajoso (Vincent (1995), Brisset e Naegelen (2006) e Silva (2011))**

### E outros?

*O projeto de lei inicial do SENADO permitia mais o sigilo (“nos casos em que houver previsão de não divulgação de preços estimados...”)*

*No relatório legislativo de 2015, o texto proposto já continha a restrição (“havendo motivos relevantes devidamente justificados, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso...”)*

## Análise econômica do sigilo (e da negociação)

- Bugarin e Portugal (2021): modelagem para simular o jogo estratégico entre a Administração e os licitantes no momento do certame

(publicado em: <https://webadvocacy.com.br/law-and-economics-entre-a-historia-e-temas-contemporaneos/> e anais do II Congresso Internacional dos Tribunais de Contas <http://www.citc2021.com.br/site/citc2021/resultado-trabalhos-cientificos>)

- abordagem da teoria dos leilões (teoria dos jogos): governo e licitantes interagem estrategicamente ao estabelecer o valor do orçamento e das propostas, respectivamente, em três situações: (1) orçamento anunciado; (2) orçamento sigiloso sem negociação; e (3) orçamento sigiloso com negociação; são calculados em cada situação: (i) lances ofertados; (ii) pagamentos esperados do governo; e (iii) benefícios sociais que poderiam ser obtidos

# Análise econômica do sigilo (e da negociação)

- licitantes neutros ao risco (?) e com valores:
  - (i) independentes - cada participante possui sua própria distribuição de probabilidades
  - (ii) privados - um jogador observa a realização de seu próprio valor, mas não consegue observar qualquer informação a respeito do custo dos demais jogadores (?)
  - (iii) simétricos - todos os participantes são *ex-ante* idênticos, ou seja, os licitantes têm a mesma perspectivas de custos antes de conhecer os detalhes das obras
- Os cálculos consideram distribuições gerais
- As análises e simulações particularizam para distribuições uniformes (?)

## Análise econômica do sigilo (e da negociação)

- Particularizando para distribuições uniformes dos valores dos orçamentos e dos lances das licitantes, conclui-se:
  - as propostas dos licitantes podem ser menores quando o orçamento é sigiloso: o “jogo” entre o governo e os licitantes funciona como se eles estivessem enfrentando mais um competidor (o próprio governo), tornando seus lances mais agressivos (mais baixos) para evitar perder a licitação
  - vantagem acontece em casos específicos: numa licitação de valor elevado, o sigilo pode promover melhores resultados; mas essa vantagem se perde em licitações com orçamento de baixo montante (vantagem do orçamento público), o que também foi encontrado por Ângelo Silva – TCU (2011)

## Análise econômica do sigilo (e da negociação)

- **Particularizando para distribuições uniformes dos valores dos orçamentos e dos lances das licitantes, conclui-se:**
  - **certames mais competitivos afetam a vantagem do sigilo: quanto maior for o número de licitantes concorrendo entre si, mais provável que o sigilo seja uma boa escolha; com baixa competitividade, essa vantagem se dissipa, sendo mais interessante anunciar o orçamento estimativo da obra**
  - **a possibilidade de negociação quando há orçamento sigiloso faz com que as propostas das licitantes fiquem maiores, sendo desvantajoso para a Administração negociar**

## Conclusões

- ✓ **A vantagem do sigilo depende de particularidades, ou seja, o sigilo não pode ser entendido como vantajoso de maneira generalizada (melhor não ser padrão mesmo)**
- ✓ **Não é trivial, por exemplo, definir o limite que diferencia uma obra materialmente relevante de outra que não tem materialidade, tornando complexa a decisão sobre o uso do sigilo**
- ✓ **As restrições à licitação (exigências jurídicas, técnicas, fiscais, sociais e trabalhistas e econômico-financeiras) diminuem a competição dos certames, ou seja, a competição pode não ser suficientemente alta para garantir vantagem no uso do sigilo**

## Conclusões

- ✓ A competição não afeta a desvantagem da negociação: mesmo em licitações competitivas, a negociação somente se justifica em contratos essenciais e urgentes para a sociedade que indiquem a superioridade do interesse público frente à desvantagem econômica inerente à negociação
- ✓ É preciso ponderar sobre o uso do sigilo frente à importância da publicidade dos atos da Administração, às dificuldades operacionais de se implementar o sigilo e às desvantagens econômicas do sigilo, principalmente associado à possibilidade de negociação (estudos técnicos preliminares?)

# Conclusões

- ✓ **Então, os estudos técnicos preliminares poderiam conter (propostas):**
  - a) **quanto à escolha pelo sigilo do orçamento:**
    - a.1) **análise da materialidade no contexto local e federal (utilizar como parâmetro inicial os valores indicados no estudo realizado por Souza (2013) ou outro valor de estudos posteriores?)**
    - a.2) **avaliação sobre a competitividade, elencando a expectativa em relação ao mercado e ponderando as diversas exigências técnicas que se pretende estabelecer na licitação e seus impactos sobre a competitividade**
  - b) **quanto à adoção da negociação, análise da essencialidade e urgência da contratação para a sociedade**

## Conclusões

- ✓ **Caso se decida pela negociação e o orçamento seja sigiloso, usar o entendimento estabelecido no voto do Acórdão nº 306/2013 quanto à publicidade do orçamento imediatamente antes da negociação**
- ✓ **O uso eventual de sigilo dos orçamentos e negociação deve ser registrado pela Administração para permitir análises como as indicadas no item anterior em futuros certames - contínuo aperfeiçoamento da utilização dessas duas prerrogativas legais**

# Conclusões

- ✓ **A escassez de recursos e suas consequências devem nortear a escolha dos gestores: a opção adotada no certame deve primar pela otimização da aplicação dos recursos**
  
- ✓ **Não havendo motivos para ser esse tema ter tratamento diferente na Administração Direta e Indireta, fica a pergunta: Por que regular de maneira diferente esse tema? Caberia uma revisão da Lei das Estatais?**