

O SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Raphaela Thêmis Leite Jardim

Especialista em Direito Administrativo

Advogada da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

Sumário: 1. O sigilo do orçamento nas Leis do RDC e das Estatais; 2. A incorporação do orçamento sigiloso às normas gerais; 3. O benefício decorrente do sigilo; 4. O problema da inexecutabilidade da proposta; 5. Inviabilidade da exigência de patrimônio líquido quando o orçamento é sigiloso; 6. Conclusão.

1. O sigilo do orçamento nas Leis do RDC e das Estatais

Atualmente a Lei do RDC (Lei 12.462) prevê que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação” (art. 6º), mas ressalva que “Se não constar do instrumento convocatório, a informação (...) possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno” (art. 6º, §3º).

A Lei das Estatais (Lei 13.303) adotou o sigilo do orçamento como regra e facultou à estatal, “mediante justificção na fase de (...) 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” (art. 34). A Lei ressalvou que a publicidade do orçamento estimado é obrigatória quando o critério de julgamento for o maior desconto (art. 34, §1º).

2. A incorporação do orçamento sigiloso às normas gerais

A Nova Lei incorporou ao regime geral de licitações e contratos diversos institutos já previstos na Lei do Pregão, na Lei do RDC e na Lei das Estatais. Foi o que ocorreu com o orçamento sigiloso.

O art. 18 disciplinou a fase preparatória do processo licitatório e previu que o planejamento da contratação deve abordar as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, incluindo “o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação” (inc. IV).

A Nova Lei autorizou, mediante justificativa o sigilo do orçamento estimado (art. 24), mas ressalvou que “o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo” (art. 24, inc. I).

A divulgação do orçamento deve ocorrer após a fase de julgamento das propostas (art. 24, inc. II). Contudo, o detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas devem ser divulgada (art. 24, inc. II).

A previsão do art. 24, inc. II deve ter levado em consideração o posicionamento do TCU, que ao interpretar a Lei das Estatais, entendeu que *“sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade”* (TCU, Acórdão 1502/2018-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 04/07/18).

Além disso, o parágrafo único do art. 24 excetuou o sigilo quando for adotado o critério de julgamento por maior desconto, tal como a Lei das Estatais o fez (art. 34, §1º).

3. O benefício decorrente do sigilo

Por um lado, o sigilo do orçamento pode ser importante ferramenta para a Administração. A divulgação do orçamento estimado faz com que os licitantes apresentem o preço mais alto, dentro do limite já apresentado. Enquanto que a ausência de parâmetros financeiros para os licitantes os obriga a ofertar desde o princípio preço compatível com o praticado no mercado, que tende a ser mais baixo.

De outro lado, o sigilo pode ser problemático.

4. O problema da inexequibilidade da proposta

O art. 58, §4º, da Nova Lei prevê que *“No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração”*. Assim, haverá uma presunção de inexequibilidade, inclusive quando o orçamento estimado for sigiloso, já que a Lei não faz qualquer ressalva quanto a isso.

Marçal Justen Filho entende que a conjunção dessas previsões *“cria um magnífico incentivo à corrupção: quem souber o valor orçado pela Administração, formulará a proposta vencedora”* (A nova Lei de Licitações e a ilusão do governo dos seres humanos. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-nova-lei-de-licitacoes-e-a-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos-15122020>).

5. Inviabilidade da exigência de patrimônio líquido quando o orçamento é sigiloso

Ao dispor sobre a habilitação econômico-financeira dos licitantes, a Nova Lei admite que o Edital *“nas compras para entrega futura e na execução*

de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação” (art. 68, §4º).

Nas licitações em que o orçamento esteja sob sigilo a exigência será de impossível cumprimento por parte dos licitantes, que não terão como saber se atendem ou não à previsão legal (que será replicada nos Editais).

E a situação é ainda mais grave sob a ótica sancionadora. O art. 154, inc. VIII, da Nova Lei estabelece que o licitante será responsabilizado quando “apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato”.

A Nova Lei estabeleceu que será aplicada a sanção gravíssima de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar caso o licitante preste declaração falsa exigida no certame (art. 155, inc. IV e §5º).

Diversas licitações exigem dos licitantes a prestação de declaração de atendimento aos requisitos de habilitação do Edital. Não é difícil prever que diversos licitantes serão sancionados em razão da prestação de declaração falsa, caso não detenham patrimônio líquido mínimo baseado no orçamento (que é sigiloso).

A situação é absurda e tem como consequência o afastamento de licitantes, com a restrição indevida da competitividade. Caberia ao legislador vedar o cálculo do patrimônio líquido com base em orçamento estimado sigiloso.

6. Conclusão

O orçamento sigiloso pode ser importante ferramenta para impedir que os licitantes utilizem o valor estimado como âncora para elevar as propostas iniciais.

Por outro lado, a Nova Lei deixou de estabelecer limites relevantes para a utilização dessa ferramenta. Caberá à jurisprudência e à doutrina corrigir essas falhas a fim de evitar ilegalidades.

Informação bibliográfica do texto:

JARDIM, Raphaela Thêmis Leite. O sigilo do orçamento estimado na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 166, dezembro de 2020, disponível em <http://www.justen.com.br>, acesso em [data].