

ORÇAMENTO SIGILOSO, MOMENTO DE DIVULGAÇÃO E A REGRA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES 73/2022¹

Ronny Charles

Advogado da União. Doutorando em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: *Leis de Licitações Públicas comentadas* (14ª ed. Jus Podivm); *Direito Administrativo* (coautor. 14ª ed. Jus Podivm); *Licitações e Contratos nas Empresas Estatais* (coautor. 3ª edição. Jus Podivm) e *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa* (coautor. ed. Jus Podivm). *Análise Econômica das licitações e contratos* (coautor. Fórum).

Já tivermos a oportunidade de tratar sobre orçamento sigiloso em outras oportunidades, suscitando reflexões sobre a potencial vantagem de utilização do orçamento sigiloso e ponderações econômicas que precisam ser feitas para que tenhamos sua utilização².

Neste presente artigo trataremos sobre curiosa regra descrita na Instrução Normativas SEGES 73/2022, relacionada ao uso desta interessante ferramenta prevista pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

Pois bem, a redação original do artigo 24 da Lei nº 14.133/2021 previa um inciso II, o qual definia, de maneira rígida, que o orçamento seria tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas.

O Presidente da República, atendendo opinião da Advocacia-Geral da União, vetou o dispositivo³.

¹ Tópico baseado em trecho de nosso livro *“Leis de Licitações Públicas Comentadas (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 14ª. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023).*

² Nesta linha, além da abordagem feita em nosso livro *“Leis de licitações públicas comentadas”*, tratamos desses temas, por exemplo, no artigo *“Análise de um aparente paradoxo entre a transparência e corrupção”* (disponível no endereço <https://ronnycharles.com.br/analise-de-um-aparente-paradoxo-entre-a-transparencia-e-corrupcao/>) e no artigo *“Orçamento sigiloso e a potencial vantagem econômica na Contratação Pública”* (disponível no endereço: <https://ronnycharles.com.br/orcamento-sigiloso-e-a-potencial-vantagem-economica-na-contratacao-publica/>).

³. O Ministério da Justiça e Segurança Pública e a Advocacia-Geral da União opinaram pelo veto ao dispositivo a seguir transcrito:

Inciso II do art. 24

“II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas.”

Razões do veto

“A propositura legislativa estabelece que o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas.

Entretanto, e embora a boa intenção do legislador, a medida contraria o interesse público, tendo em vista que estabelece de maneira rígida que o orçamento deve ser tornado público após o julgamento das propostas e resulta na impossibilidade, por

Agiu com correção o Chefe do Poder Executivo Federal. Era um dispositivo que contrariava o interesse público. Definir a obrigatoriedade de abertura do sigilo “imediatamente após a fase de julgamento de propostas” era inadequado e podia gerar acentuada assimetria de informações, em desfavor da Administração, num momento estratégico, que é o da negociação, sequencialmente posterior às propostas ou lances.

Com o veto, deixa de existir um momento obrigatório, pela Lei, para a abertura do orçamento sigiloso. Nada obstante, é cediço que a regulamentação pode definir um momento oportuno para esta abertura do orçamento sigiloso.

Este momento de abertura obrigatória não impede que, se for estratégico, possa o agente de contratação ou pregoeiro, na fase de negociação, realizar a abertura parcial ou total do orçamento com o licitante classificado em primeiro lugar, para negociação de melhores condições da proposta, como, inclusive, já admitiu a Jurisprudência de nossos órgãos de controle. Isso porque, em situações concretas, pode ser que a manutenção integral do orçamento sigiloso dificulte o desenvolvimento da negociação com o vencedor até então classificado em primeiro lugar. César Pereira explica que a manutenção do sigilo nesta fase “pode conduzir a uma negociação complexa e ineficiente em que a administração busca induzir o particular a reduzir o seu preço até o montante suficiente para enquadrar-se nos limites do orçamento, sem, no entanto, revelar que limite é este”⁴.

Nesta hipótese, por exemplo, pode ser que a abertura parcial do orçamento, apenas em relação aos itens da planilha que estejam sendo objeto de negociação, facilite o procedimento com evidente vantagem administrativa.

O Tribunal de Contas da União, em elogiável Acórdão, analisando um caso concreto em licitação submetida ao RDC, admitiu que é possível a abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, desde que em ato público e devidamente justificado, segundo a premissa de que, para se fazer valer da real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não haveria, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação. O Ministro

exemplo, que ele seja utilizado na fase de negociação, fase essa posterior a de julgamento e estratégica para a definição da contratação.”

4. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Processo Licitatório das Empresas Estatais: Finalidades, Princípios e Disposições Gerais. In Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016/Marçal Justen Filho, organizador. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 344-345.

Relator compreendeu, com razão, que a negociação com o fornecedor melhor classificado, notadamente, quando se objetiva a obtenção de proposta final inferior ao valor máximo estimado pela Administração, pode gerar, implícita ou explicitamente, o conhecimento sobre o limite para contratação estabelecido pela estimativa de preços o que restaria legitimado, desde que em ato público e devidamente justificado⁵.

Nessa linha, inclusive, o Decreto nº 8.080/2013, no RDC, firmou que, encerrada a etapa competitiva do processo, poderiam ser divulgados os custos dos itens ou das etapas do orçamento estimado que estiverem abaixo dos custos ou das etapas ofertados pelo licitante da melhor proposta, para fins de reelaboração da planilha com os valores adequados ao lance vencedor.

Essas regras, contudo, jamais impuseram a necessária abertura do orçamento sigiloso de maneira antecipada à negociação, justamente pela compreensão de que tal medida prejudicaria justamente este poder de negociação do órgão público. É bem fácil visualizar a veracidade dessa assertiva: imaginem uma licitação em que o preço estimado (sigiloso) foi de R\$ 100.000,00. Nesta mesma licitação, imaginem que o licitante classificado em primeiro lugar, ofertou seu lance no preço de R\$ 97.000,00. Caso, antes da negociação, o pregoeiro abra orçamento estimado antes da negociação, parece muito óbvio que ele terá dificuldades para alcançar uma negociação que melhore o preço do licitante.

Ocorre que a Instrução Normativa SEGES 73/2022 definiu que “*o orçamento estimado para a contratação não será tornado público antes de definido o resultado do julgamento das propostas*”, texto que se assemelha ao vetado pelo presidente da República. Esta regra, em nossa opinião, não parece trazer a melhor solução normativa para a abertura do orçamento sigiloso.

Imaginando que não foi a intenção do normativo infralegal sobrepujar o veto presidencial, entendemos que deve ser dada interpretação ao texto que o compreenda como uma vedação à publicização do orçamento sigiloso “*antes de definido o resultado do julgamento das propostas*”, e não como um comando para que esta publicização ocorra necessariamente assim que definido o resultado do julgamento das propostas. Isto porque, como expressamente pontuado nas razões do veto, a manutenção do orçamento sigiloso durante a fase de negociação, por exemplo, que é posterior à definição do resultado do

⁵. TCU. Acórdão nº 306/2013-Plenário. Relator Ministro Valmir Campelo, 27.02.2013.

juízo⁶, pode apresentar-se estratégica para o órgão ou entidade licitante.

Além de contrária ao veto outrora realizado pelo Chefe do Poder Executivo, a imposição da necessária publicização do orçamento sigiloso antes da negociação pela Instrução Normativa seria uma proposição ineficiente e potencialmente prejudicial ao interesse público negocial.

⁶. 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.