Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

# O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO – RDC, NEGOTIAUCTION E O ORÇAMENTO SIGILOSO

***Marcos Nóbrega***
*Prof. Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife. Doutor em Direito com Pós Doutorado pela Harvard Law School; Harvard Kennedy School of Government e pela Faculdade de Direito de Lisboa.*

Um dos pontos mais polêmicos do novo Regime Diferenciado de Contratação – RDC – é a possibilidade da divulgação postergada do orçamento da obra. O fetiche principiológico que aflige a doutrina do Direito administrativo brasileiro ensejou forte polêmica e muitos consideraram *ab initio* que o princípio da transparência estaria sendo amesquinhado. Esse é o grande argumento contra o preço de reserva secreto. Mas seria esse preço secreto defensável sob algum aspecto? Poderia trazer algum aumento de eficiência?

O texto da Lei 12.462/11 assim aduz:

> 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 (grifo nosso).
>
> *§ 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.*

Em linhas gerais, não divulgar previamente o orçamento não garantirá necessariamente melhores propostas para a Administração via os menores preços contratados. Tudo dependerá das hipóteses consideradas. No entanto, a tentativa da nova lei é salutar porque procura entronizar alguns achados empíricos da Teoria do Leilões como o fito de maximizar a eficiência do sistema. Em última instância,

somente o repetido uso desse mecanismo poderá confirmar a hipótese de melhores preços contratados pela Administração.

Abordando mais detidamente os dispositivos legais e em sede preliminar, devemos assentar que não vemos qualquer amesquinhamento do princípio constitucional da publicidade. O direito brasileiro, principalmente a partir dos anos 90, passou a supervalorizar a idéia dos princípios, colocando-os como elementos máximos do sistema. Essa supervalorização ensejou uma espécie de "vale tudo" jurídico, ou seja, ou "tudo pode" ou "nada pode". Os princípios muitas vezes são invocados sem devida análise técnica, determinando um "senso comum" jurídico que acaba por atrapalhar os melhores objetivos buscados. O princípio da transparência é relativo e não absoluto. Assim, dependendo dos objetivos perseguidos e dos custos envolvidos, vale a pena postergá-lo, com vistas a melhorar as regras do jogo dando mais competitividade ao certame.

Na legislação de compras governamentais cabe diferenciar duas situações: as regidas pela lei 8666/93 e aquelas disciplinadas pela lei do Pregão (lei nº 10.520/00). No primeiro caso, o art. 40, §2º, II da lei 8666/93 estabelece que devem constar do edital, como anexo, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários. O TCU sumulou entendimento:

*SÚMULA TCU Nº 258/2010*

*"As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia,* ***devem constar dos anexos do edital de licitação*** *e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas".*

*SÚMULA TCU Nº 259/2010*

*"Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor."*

Na lei do Pregão, por seu turno, não há regra expressa que determine a divulgação prévia do orçamento. O art. 3º, III da lei 10.520/00 determina que "dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I desse artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados". Como se vê, os preços máximos unitários e globais não são peças obrigatórias do edital, muito embora devam estar presente nos auto do procedimento licitatório.

Embora o objeto desse texto seja o RDC (o que nos distancia de uma análise mais detida do Pregão) cabe notar que os argumentos utilizados para legitimar o orçamento sigiloso nos dois procedimentos são semelhantes. No caso específico do Pregão, trata-se de um leilão holandês, ou seja, de lances descendentes. Nesse caso, o espírito da lei foi de omitir o preço de reserva com o fito de ensejar mais competitividade entre os participantes. Assim, embora a divulgação seja facultativa,

a regra deve ser omiti-lo e não divulgá-lo. Nesse tipo de leilão, se dá um equilíbrio bayseano porque os lances são sequenciais e os licitantes obtém informação das propostas parciais dos concorrentes. Saber *ex ante* se o orçamento sigiloso garantirá um menor preço contratado pela licitação é tarefa complexa. Isso dependerá de uma série de hipóteses como, se os valores são comuns, se os atores são racionais ou qual o grau de aversão ao risco.

Fica claro, portanto, que o RDC não inovou completamente. Ainda quanto à constitucionalidade do dispositivo, é importante notar que não há na Constituição Federal qualquer regra explícita que determine a divulgação prévia do orçamento por parte da Administração.

O caput do art. 6º da lei 12.462/12 observa que o orçamento será divulgado apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. O art. 28 dessa mesma lei estabelece que tão logo sejam exauridos os recursos administrativos, se dará o encerramento do procedimento licitório e o encaminhamento dos autos à autoridade superior. Nessa fase, antes mesmo da homologação e da adjudicação, deve se dar a divulgação do orçamento sigiloso. Assim, a administração deverá divulgar o mais rápido possível o valor do seu preço de reserva. Não há prazo para isso, tampouco sanção para a mora em fazê-lo. Certamente causará polêmica se o preço vencedor do certame apresentar um preço muito maior do que o preço de reserva, muito embora não haja obrigatoriedade da Administração contratar por esse valor. O mesmo se dá quanto ao preço inexequíveis, pelo que as regras da lei 8666/93 devem ser seguidas.

Cumpre lembrar que o artigo 6º veda a divulgação prematura do preço de reserva, muito embora os detalhes necessários para que os licitantes elaborem suas propostas devam ser revelados.

O art. 6º §§1º e 2º estabelecem exceções à não divulgação do orçamento por parte da Administração. Em primeiro momento, exceptualiza o caso das licitações que apresentarem como critério de julgamento o maior desconto. Esse critério de escolha da proposta mais vantajosa é uma inovação do RDC. Deve ser utilizado para hipóteses nas quais a Administração tem condições suficientes para definir com precisão o preço da obra. Nesse caso, ganharia o certame aquele que apresentasse o maior desconto em relação ao preço fixado no edital. Sendo assim, não faria mesmo sentido o preço ser sigiloso, por conta que o elemento balizador das propostas dos licitantes não será um orçamento elaborado pela Administração. No caso da licitação for do tipo de Melhor Técnica, deverá constar do instrumento convocatório o valor do prêmio ou da remuneração. Essa regra é óbvia, considerando que nesse tipo de licitação o preço não será o critério determinante, o que em nada ganhará a Administração em escondê-lo.

O Decreto nº 7581/12 que regulamenta o RDC parece, em primeira leitura, pouco dizer sobre as razões da não divulgação do orçamento por parte da administração. Observa que nas licitações de obras e serviços de engenharia, a economicidade da proposta será aferida com base nos custos unitários e globais. Tal medida, por óbvio, visa evitar o "jogo de planilha" tão comum nas licitações no pais.

As regras quanto ao orçamento sigiloso estão contidas no art. 42 do Decreto. O seu § 1° observa que o valor global da proposta não poderá superar o orçamento estimado pela Administração pública com base em parâmetros estabelecidos pela

legislação (§§ 3º, 4º ou 6º do art. 8º da Lei nº 12.462/2011). Esses parâmetros são os seguintes:

1) Em primeiro lugar (§3º, art. 8. da lei 12.462), o custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), no caso de obras e serviços rodoviários.

Há um parâmetro para os preços estabelecidos pelo Governo em seu orçamento, pressupondo-se que as bases sejam comparáveis. Nesse caso, não serão admitidos preços maiores do que a mediana dos valores encontratos nesses bancos de dados. O que temos , nesse caso, é que estamos – mais uma vez – embarcando no fetiche do menor preço e empurrando os licitantes para esse viés, aumentando o risco da seleção adversa e a probabilidade de pleitos administrativos e judiciais pelo Reequilíbrio econômico Financeiro do contrato.

Essa regra do uso da mediana dos valores encontrados nos bancos de dados não é nova. O SINAPI (Sistema de Custos da Caixa Econômica Federal), por exemplo, é utilizado como parâmetro de comparação para preços desde a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2003. Essa tabela, segundo BAETA[1], é mais aplicável para edificações e saneamento, ao passo que o Sistema de Custos Rodoviários do DNIT – Sicro-2 é mais útil para obras rodoviárias, sobremodo aquelas que possuam elevados serviços de pavimentação e de terraplanagem.

O critério estabelecido pela legislação é a mediana dos valores estabelecidos nos bancos de dados. A mediana representa a metade da amostra utilizada, ocupando a posição central numa distribuição de freqüência. A média, por sua vez, corresponde `a soma dos valores da amostra, dividido pelo número de elementos da amostra. A moda, por fim, aponta o numero mais frequente encontrado. O problema[2] é que o valor mais provável para compras aleatórias não representa a distribuição de compras em mercados reais. O trabalho elaborado por técnicos da Polícia Federal[3] mostra que a distribuição de compras de um determinado insumo apresenta moda inferior à média e isso se explica pelo fato dos compradores estabelecerem seus preços com base na cotação e barganha. Constataram os autores que ao serem realizadas pelo menos três cotações e escolhido o melhor preço, o valor mais provável pago mais se aproxima do primeiro quartil (determinando uma curso de valores assimetricamente negativa). Ainda segundo os autores, o impacto médio desse "critério de compra" para um grande número de obras, acaba por determinar um desconto aproximado de 5% a 8% do preço global, tendo por base os preços orçados pela mediana daqueles estabelecidos na tabela SINAPI. Isso parece intuir

[1] BAETA, Pachioni André. Auditoria de Obras Públicas. Módulo 2: Auditoria, Orçamento e Obras. Aula 1: Curva ]ABC de Serviços e de Insumos. Instituto Serzedello Correa. Tribunal de Contas da União, nov, 201

[2] LOPES, Alan; SILVA FILHO, Laércio; LIMA, Marcos e MACIEL, Rafael Gonçalves. Perguntas e Respostas da Audiência Pública do MPF Sobre Novos Modelos de Orçamento de Obras Públicas. Brasília, 28/03/2011. Disponível no endereço eletrônico http://5ccr.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/eventos/audiencia-publica/perguntas_respostas_peritos.pdf

[3] LIMA, Marcos Cavalcanti. COMPARAÇÃO DE CUSTOS REFERENCIAIS DO DNIT E LICITAÇÕES BEM SUCEDIDAS. 2010. Disponível no endereço eletrônico (http://www.ibraop.org.br/site/media/sinaop/13_sinaop/artigos/comparacao_custos_referenciais_dnit_e_licitacoes_bem_sucedidas.pdf);

que o uso da mediana estabelece um preço acima do valor de mercado, considerando que a barganha no curso do procedimento licitatório acabaria por colocar o valor abaixo da mediana estabelecida.

A esse respeito, é importante observar Decisão do TCU[4] que apreciou o relatório de auditoria realizada nas obras de construção do edifício-sede do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – TRT/ES, cujo objeto era o exame de contratos e processos licitatórios, dentre eles a Concorrência n.º 1/2009. O TCU emitiu Acórdão (n.º 896/2010-Plenário), formulando determinações àquele órgão, que foi objeto de pedido de reexame. O argumento principal apresentado nas contra razões dos responsáveis do TRT/ES referia-se à determinação para que fosse alterada "a planilha orçamentária de forma a utilizar os menores preços, e não os preços medianos para os diversos insumos cotados no mercado".

Determinados insumos não teriam cotação no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal, razão pela qual os gestores utilizaram como referência **os preços medianos**, quando havia pelo menos três propostas, e o menor preço nos demais casos. Nesse diapasão, as unidades técnicas do TCU concluíram pela adequabilidade da determinação anterior e sugerindo que se mantivesse a utilização da menor cotação dos preços na orçamentação da obra, em detrimento da mediana utilizada pelo TRT/ES.

O relator do processo – Ministro Benjamin Zymler - divergiu da proposta apresentada, argumentando em seu voto que a Lei n.º 8.666/1993 "*não prescreve como deve ser realizado este orçamento*". Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) "*não prevê a forma pela qual será realizada a cotação de preços quando ausente o insumo no SINAPI e inexistente a tabela de referência formalmente aprovada por órgão ou entidade da administração pública federal*". Assim, segundo o relator, não seria razoável "*a exigência de que a orçamentação, nestes casos, deva sempre considerar o menor preço cotado no mercado*". Desse modo, entendeu que "*a utilização de preços médios ou da mediana, além de bem refletir os preços praticados no mercado, não implica ofensa à Lei de Licitações, à LDO/2009 ou aos princípios gerais da Administração Pública*." E conclui que "o preço de mercado é mais bem representado pela média ou mediana uma vez que constituem medidas de tendência central e, dessa forma, representam de uma forma mais robusta os preços praticados no mercado".

Esse acórdão mostra que para a Corte de Contas a mediana também é conceito válido para estabelecimento dos preços do orçamento. Muito embora, repetimos, seja um número estimado que não reflete totalmente os valores que dos bens. Em todo caso, é esse elemento que deve ser considerado quando do estabelecimento pelo Governo do preço de referência.

Ainda quanto aos valores utilizados como referência, BAETA lembra que dificilmente todas as obras e serviços são encontrados nos bancos de dados especificados, pelo que a Administração pode utilizar outras referências de preços.

[4] ***Acórdão n.º 3068/2010-Plenário, TC-024.376/2008-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 17.11.2010.***

Outro ponto importante é que se o Governo já estabelece parâmetros claros para a elaboração do orçamento sigiloso, o orçamento deixa de ser sigiloso. Todos os licitantes já terão uma clara idéia do preço estimado.

Cumpre lembrar, no entanto, que a extração dos preços dos bancos de dados relacionados é a primeira opção da Administração. Se esses dados forem válidos, assim prioritariamente deverá ser feito.

2) Caso a extração dos dados desses bancos de dados específicos não seja possível (§4º, art. 8°. da lei 12.462), a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

3) Além dessas regras gerais, determina a lei (§6º, art. 8. da lei 12.462) que caso as contratações sejam realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos Tribunais de Contas.

É óbvio que os preços mínimos tem que se adequar às peculiaridades locais mas abre-se um conflito quando não houver banco de dados locais sistematizados e legitimados pelos TCEs. Como agir? Nesse caso a Administração poderá utilizar parâmetros locais para os seus preços mínimos, sob ulterior ratificação do Tribunal de Contas, desde que nos autos do procedimentos licitatório faça justificativa pormenorizada deles.

Essas são as regras gerais que devem ser utilizadas para a confecção dos orçamentos por partes dos Governos. A par delas, o Decreto que regulamenta a matérias as explicita.

O art. 42, §2º do Decreto 7581/12 estabelece a diretriz que no caso de adoção do regime de empreitada por preço unitário ou de contratação por tarefa, os custos unitários dos itens materialmente relevantes das propostas não podem exceder os custos unitários estabelecidos no orçamento estimado pela administração pública.

Entende-se por “materialmente relevantes”, em primeiro momento, os custos que representem pelo menos oitenta por cento (80%) do valor total do orçamento estimado ou sejam considerados essenciais à funcionalidade da obra ou do serviço de engenharia. Nesse caso, agiu corretamente a regulamentação ao dispensar a Administração de um sem número de estimativas de preços mínimos, estabelendo um trabalho desnecessário e elevando em demazia os custos de transação dos sistema. O valor limite de materialidade é de 80% e ai fica fácil definir por esse fator objetivo. O critério utilizado é o da curva ABC, bastante conhecida no universo da orçamentação, que divide a amostra em três grupos ou faixas. A primeira delas (faixa A) corresponde a 20% do total dos itens do orçamento, representando 80% do valor total. A faixa B, apresenta 30% dos itens e 15% do valor total, ao passo que a

última faixa (C) que alberga mais ou menos 50% dos itens mas representa apenas 5% do valor total.

O problema é o segundo critério utilizado que é a "essencialidade ou funcionalidade da obra ou serviço de engenharia". Fica , portanto, à discricionariedade da Administração definir os bens ou serviços que devem ser pautadas por preços mínimos, conforme a sua relevância.

No inciso II do §2º do art. 42 do Decreto 7581/12 há dispositivo que diz que a Administração pública poderá aceitar custos unitários superiores àqueles constantes do orçamento estimado em relação aos itens materialmente relevantes, admitindo para tanto justificativas devidamente comprovadas pelo licitante em relatório técnico circunstanciado.

Nesse caso, a regulamentação do RDC determina que o preço mínimo poderia ser apenas referencial e não vinculante para a própria administração. Essa regra é boa porque deixa a possibilidade de se aceitar preços mais elevados para os itens relevantes desde que isso seja devidamente justificado. Esse ponto coaduna-se com a idéia que o orçamento sigiloso é apenas um referencial, uma base para a administração tentar conseguir a melhor proposta. Mais importante do que o preço "em si" é a informação que foi sonegada aos licitantes. Essa informação (ou falta dela) é que poderá gerar incentivos para alcançar preços mais adequados para administração. Logo, mais importante do que o preço, é o sigilo do preço.

Cumpre lembrar que se os argumentos do licitante sobre a viabilidade dos seus preços acima dos valores mínimos utilizados pela Administração não forem convincentes o suficiente, a Administração poderá revogar a licitação ou convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Veja que nesse caso - como o orçamento é sigiloso - há incentivo para o licitante "mergulhar no preço" sob pena de não ser contratado se ficar acima do valor máximo estabelecido pela Administração. Há grande chance de termos a "maldição do vencedor" (Winner's curse), ou seja, o licitante acabará sendo penalizado porque colocou um preço muito baixo. Abre-se, portanto, grande chance para problemas de seleção adversa. Aliás, o orçamento sigiloso vai exacerbar o problema da Seleção Adversa e pressionará a fase da execução contratual para uma rediscussão dos parâmetros de Reequilíbrio Econômico Financeiro.

Diz ainda o Dec. 7581 (art. 62) que se o licitante segundo colocado não aceitar celebrar o contrato pelo preço do licitante vencedor, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados, nos termos do instrumento convocatório.

Essa regra merece atenção. Caso um determinado licitante vença o certamente com o determinado preço abaixo do valor de referência sigiloso e por qualquer circunstância acaba por não assinar o contrato, o segundo colocado é convocado

para fazê-lo nas mesmas condições do venceder e declina. Ai então poderá a administração convocar os demais licitantes habilitados para assinarem o contrato com os preços estipulados por eles próprios desde que o valor estabelecido no orçamento sigiloso não seja ultrapassado.

Há então incentivo para os licitantes não serem muito ousados e não colocarem preços muito baixos. Eles tentarão coletar informações dos seus concorrentes e do mercado para elaborar a proposta com o mínimo de desvio padrão em relação ao orçamento sigiloso. Nesse caso, os dados utilizados em outras licitações e os bancos de dados funcionarão como provedores dessas informações.

Outro ponto importante a destacar é o comando do art. 24, III da lei do RDC que é reproduzido no art. 40, III do Decreto e confirmada pelo art. 26, parágrafo único da lei do RDC que diz que a "negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificada por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado"

- **Negotiauction.**

Um ponto de destaque do RDC é o disposto no art 43, §1º do Decreto 7.581 que determina que " quando a proposta do primeiro colocado estiver acima do orçamento estimado, a comissão de licitação poderá negociar com o licitante condições mais vantajosas". Muito embora a presença de uma fase negocial seja um elemento importante do RDC, ela não é inédita. A lei do Pregão já a consignava. Com o RDC, no entanto, o tema ganha maior relevo pelos vultosos valores envolvidos e pela complexidade dos objetos.

Nesse caso, estaremos diante de um dispositivo que confere um cárater híbrido às compras processadas mediante do estatuto do RDC. Até cá, toda a análise teve por referencial a teoria dos leilões que serve de supedâneo teórico para a construção dos certames licitatórios. Essa teoria baseia-se na idéia de leilões puros que são modelados com o fito de garantir para a Administração a escolha da proposta mais vantajosa. Assim, no caso do RDC estamos diante de um leilão de primeiro preço selado com valores comuns. Isso confere uma certa dinâmica ao desenrolar do procedimento, dinâmica essa importante para conferir a liberação de informações para os proponentes e a Administração.

Ocorre, no entanto, que cada vez mais as regras de leilão são complementadas com mecanismos que ensejam a negociação entre o vencedor do certame e a própria Administração. Isso dá à licitação um caráter híbrido e pouco estudado. Daí, não se tratar apenas de um tipo puro de leilão (auction), tampouco de um mecanismo puramente negocial. Extrai-se (ou pelo menos tenta-se) obter vantagens dos dois métodos.

No caso em comento, seria desarazoado e custoso que a Administração enveredasse por um processo de negociação com uma dezena de proponentes. Da mesma forma, um "clássico" mecanismo de leilão ainda carece de todos os

componentes para garantir uma melhor proposta para a Administração. Uma boa idéia então seria cooptar aspectos positivos dos dois mecanismos.

A ideia é determinar um caráter híbrido ao certames licitatórios, conferindo um misto de leilão puro e negociação. Isso faz com que toda uma nova dinâmica surja para analisar o dispositivo e o conceito de *negociaction*[5] parecer ser interessante. Esse ponto foi originalmente desenvolvido no Programa de Negociação da Harvard Business School e surgiu com base na análise de uma série de casos reais que, na verdade, não se adequavam a nenhum dos tipos puros.

SUBRAMANIAN observa que na prática poucos são os mecanismos utilizados pelas empresas na forma de leilões ou negociações puras. No caso do RDC, isso parece óbvio. Primeiramente é estabelecido todo o mecanismo de leilão para escolher – ou melhor – para afastar as propostas que não atendem os interesses da Administração. Da proposta remanescente, há uma fase negocial na qual outros incentivos de barganha estarão envolvidos.

Embora ainda não tenhamos dados para avaliar, o mecanismo estabelecido pelo RDC pode ser engenhoso porque inicialmente estabelece regras clássicas de licitações nos quais as informações serão reveladas. Quando essa fase se encerrar, a Administração (e o licitante primeiro colocado também) terá um rol de informação ao seu dispor que dará um caráter mais competitivo ao procedimento.

Essa regras são interessantes porque mexem como os incentivos do sistema. Vejam que (ao contrário do que diz a lei 8666/93) o licitante que colocar um preço acima do orçamento estimado não será automaticamente desclassificado. Antes disso, será convocado pela Administração para negociar a diminuição do valor proposto até, pelo menos, o montante do orçamento secreto. Nesse caso, o licitante vencedor poderá ser mais cauteloso e não dar um preço tão baixo sob pena de incorrer na “maldição do vencedor” ou , aceitando o preço, gerar forte seleção adversa.

A questão fundamental é que, em sabendo que haverá uma fase negocial, como os licitantes se comportarão? É bem verdade que o orçamento sigiloso não é tanto assim misterioso porque, como base nas tabelas de referência, os licitantes tem alguma idéia dos preços. Além do mais, quando for para a fase negocial, o licitante vencedor já terá tido conhecimento dos preços dos outros licitantes, tendo coletado informação para saber como se comportar na composição do preço final. Suponha , por exemplo, que o orçamento do vencedor esteja muito próximo do preço de reserva mas muito longe dos demais classificados. Nesse caso, há forte chance de, ao baixar ainda mais seus custos, ocorra a seleção adversa.

Outro elemento importante, conforme assinala CARDOSO[6], é que a lei do RDC, no seu art. 24, III determina que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do

[5] SUBRAMANIAN, Guhan. The New Strategy of Negotiauctions. W.W. Norton & Company, New York, 2010.
[6] CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In. JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); Comentários à lei n. 12.462 e ao Decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, pag 73-99.

orçamento estimado para a contratação. Nesse caso, o orçamento secreto funcionaria como "teto" para a Administração contratar. Isso refoge ao entendimento do sistema da lei 8666/93 que estabelece o orçamento estimado como apenas uma referência, não determinando um limite para a administração contratar.

O dispositivo legal é claro ao definir a expressão "permaneçam acima do orçamento estimado". Isso ocorre porque, como vimos, haverá uma fase final de negociação entre a Administração e o licitante vencedor caso seu preço final esteja acima do estipulado no orçamento de referência. Se esse licitante não anuir com as novas condições estabelecidas, somente resta desclassificá-lo e promover outro certame.

Cabe nesse ponto indagar se ,de fato, o orçamento sigiloso levará a escolha de uma proposta mais vantajosa para a Administração. A resposta é – repetimos – depende!

Em primeiro momento um argumento intuitivo. Suponha que você deseja construir uma casa e pretende fazer uma seleção de possível empreiteiros. Para tanto, já diz a todos que o seu limite de gastos será de 500 mil reais. Parece óbvio, portanto, que todas as propostas tenderão a orbitar esse valor. Caso o orçamento-base elaborado pelo Governo não seja conhecido pelos licitantes, haverá uma boa chance de que o desvio padrão em relação ao preço base seja maior. Essa é a idéia central.

A questão fundamental é saber se o orçamento sigiloso poderia garantir uma melhor contratação por parte da administração.

SILVA[7], utilizando inicialmente o argumento com base em leilões de primeiro preço selado, conclui que quando menor o preço do reserva, mas favorável será o uso de preço de reserva secreto, proporcionando maior receita esperada do que quando orçamento for previamente divulgado. Alega que o uso do preço de reserva secreto provoca tamanha incerteza nos participantes que ele acabarão por ofertar lances mais elevados.

No entanto, ainda segundo SILVA, ao passo que o preço de reserva aumenta, divulgá-lo previamente passa a ser vantajoso por conta que a divulgação assegura que os participantes de maior tipo ofertem maiores lances. Também concluiu que o aumento do valor pode ser conseguido com o incremento da competitividade com a presença de um número maior de participantes o que acaba, nesse caso , gerando pouca influência da divulgação, ou não , do preço de reserva.

Parece intuitivo que o resultado para o caso das licitações promovidas pelo RDC (que também são espécies de leilões de primeiro preço fechado) seja o mesmo, somente com sinal trocado. Assim, a estipulação de um orçamento secreto faria com que a Administração conseguisse menores preços para os objetos licitados.

Antes de cravar essa conclusão, cabe lembrar que em termos de grau de informação poderemos estar diante de duas situações: licitação com valores

[7] SILVA, Ângelo Henrique Lopes. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. XVI Prêmio Tesouro Nacional 2011. Área Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível no endereço eletrônico www.stn.fazenda.gov.br

privados e com valores comuns. No primeiro caso, os concorrentes não conhecem os valores estabelecidos pelos demais licitantes e esses não influenciarão em sua própria valoração. Esse não é o caso do procedimento pelo RDC.

Trata-se, portanto, de um leilão de valores comuns no qual há influência de fatores externos à valoração dos licitantes. No caso do RDC, a presença de um preço de mercado para os bens. Assim, os preços tendem a convergir para esse preço e tal fato é robustecido pelo fato do orçamento não ser tão secreto assim, considerando que uma das bases para sua estipulação são as tabelas de insumos amplamente conhecidas pelo setor. SILVA elenca dois aspectos adicionais: a dependência estatistica entre os sinais dos jogadores e composição funcional desses sinais para a formação do valor.

Vários autores tentaram encontrar evidências da utilização desse preço de reserva secreto. RILEY e SAMUELSON[8], adotando como hipóteses a indivisibilidade dos bens; a simetria entre os participantes neutros ao risco e as valorações independentes, concluíram que em um leilão, o vendedor maximizaria sua receita colocando um preço de reserva maior do que sua própria valoração. Isso no nosso caso significaria um orçamento secreto abaixo do valor que a própria Administração achasse que o bem ou serviço valesse.

Já MILGRON e WEBER observaram que divulgar o preço de reserva sempre será melhor. Assim concluem, utilizando a modelagem de afiliação para os leiloes analisados. Nessas circurnstâncias, as altas estimativas de valor por um participante de leilão, elevaria a probabilidade das estimativas dos demais participantes serem também altas. No mesmo diapasão, ELYAKIME observa que divulgar o valor será melhor do que não fazê-lo. Nesse caso, o autor também utilizou as hipóteses para leilao de primeiro preço selado como os participantes possuírem valores privados independentes e forem risco neutros.

Em sentido contrário, Vicent (1995) observou que em leilões de valor comum no qual o leiloeiro possui informação privada sobre o valor do bem, a divulgação do valor de reserva evitaria a "maldição do vencedor". No entanto, ao considerar um leilão como um jogo bayesiano, concluiu que estabelecer um preço sigiloso, desde que os valores sejam comuns, levaria a um aumento da receita final. Brisset (2006), por sua vez, considerando os participantes aversos ao risco e com valores privados e independentes, mostrou que desde que a aversao ao risco fosse relativamente alta e o Governo se comprometesse com o valor do preço de reserva, manter o preço de reserva seria uma boa estratégia a aumentaria a receita final.

SILVA também cita os trabalhos de CASTRO que generalizou as relações de dependência entre os jogadores, dando maior abrangência ao modelo analítico, comparado com aquele desenvolvido por Milgron e Weber (1982) que utilizou o método de afiliação. CASTRO propos um modelo chamado "distribuição em malha" no qual é possível generalizar a relação de dependência entre os jogadores e sempre apresentaria equilíbrio em estratégias puras.

Utilizando essa modelagem, SILVA conclui que a incerteza gerada pela não divulgação do preço de reserva acabará levando, em geral, a maiores lances por

[8] Apud Silva pag 13

parte dos participantes. Diz também que essa vantagem se esvai à medida em que o preço de reserva sobe (no caso das licitações pelo RDC, diminuem). A partir de determinado ponto, no entanto, a relação se inverte e a estipulação de um preço de reserva secreto pode levar até a um pior resultado quando comparado com a divulgação do preço.

Dessa forma, ainda segundo SILVA, nas licitações promovidas pelo RDC, quanto maior o preço de referência, maior a probabilidade de menores custos serem obtidos com um orçamento secreto. Isso ocorre porque a Administração não conhece tão bem o mercado como os licitantes e ai tenderia a colocar um preço de reserva mais conservador, ou seja, mais alto. Logo, Silva recomenda o uso do orçamento secreto com o fito de garantir um melhor resultado final para a Administração, qual seja, a aquisição do bem com o preço mais baixo.

Na verdade as conclusões a que os estudos acima chegaram são resultados, por óbvio, das hipóteses que cada um assumiu. Se os licitantes possuiriam valores independentes ou valores **comums**; se o certame seria realizado no formato de primeiro preço ou de segundo preço selado; qual a probabilidade da informação ser absorvida pelos outros licitantes, ou seja, se seria utilizado o método de afiliação ou de malha, entre tantas outras.

A questão fundamental é que o orçamento secreto, da forma como estabelecida na lei do RDC apresenta algumas particularidas que fragilizam os achados teóricos realizados sobre o impacto do sigilo no resultado afinal alcançado. Isso é verdade porque o orçamento secreto tem por base as tabelas de preços de insumos amplamente conhecidas pelo mercado e mesmo que essas tabelas não seja usadas, os preços de mercado são razoavelmente conhecidos pelos licitantes. Além disso, como a Administração ainda deverá negociar como licitante vencedor, o certame ganha uma característica híbrida, ou seja, parte um tipo de leilão, parte negociação direta.

Com todos esses argumentos, não há como saber se o orçamento sigiloso será positivo ou não. Somente estudos empíricos poderão dar algum norte nos debates, o resto é especulação. Acho, no entanto, que os eventuais ganhos do RDC se darão por outros fatores consignados na lei e o orçamento secreto terá apenas uma importância marginal.

**- Bibliografia.**

BAETA, Pachioni André. Auditoria de Obras Públicas. Módulo 2: Auditoria, Orçamento e Obras. Aula 1: Curva ABC de Serviços e de Insumos. Instituto Serzedello Correa. Tribunal de Contas da União, nov, 2011.

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In. JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); Comentários à lei n. 12.462 e ao Decreto n. 7.581. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, pag 73-99.

LIMA, Marcos Cavalcanti. Comparação de Custos Referenciais do DNIT e Licitações Bem Sucedidas. 2010. Disponível no endereço eletrônico http://www.ibraop.org.br/site/media/sinaop/13_sinaop/artigos/comparacao_custos_referenciais_dnit_e_licitacoes_bem_sucedidas.pdf)

LOPES, Alan; SILVA FILHO, Laércio; LIMA, Marcos e MACIEL, Rafael Gonçalves. Perguntas e Respostas da Audiência Pública do MPF Sobre Novos Modelos de Orçamento de Obras Públicas. Brasília, 28/03/2011. Disponível no endereço eletrônico http://5ccr.pgr.mpf.gov.br/publicacoes/eventos/audiencia-ublica/perguntas_respostas_peritos.pdf

SILVA, Ângelo Henrique Lopes. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. XVI Prêmio Tesouro Nacional 2011. Área Economia e Contabilidade do Setor Público. Disponível no endereço eletrônico www.stn.fazenda.gov.br

SUBRAMANIAN, Guhan. The New Strategy of Negotiauctions. W.W. Norton & Company, New York, 2010.

**Referência Bibliográfica deste Trabalho:**

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

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 na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.