

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO ESTIMADO

Por: Thamiris Cristina Pereira dos Anjos

Advogada. Formada em Direito na UNICURITIBA – Faculdade de Direito de Curitiba.

Por: Luciano Elias Reis

Advogado. Sócio do escritório "Reis, Corrêa & Lippmann Advogados Associados". Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Professor da Escola Superior de Advocacia, Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA e Professor da Pós-Graduação do UNICURITIBA. Autor dos livros "Convênio Administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado" (Editora Juruá, 2013) e "Licitações e Contratos: Um Guia da Jurisprudência" (Editora Negócios Públicos, 2013). Coordenador Técnico do I e do II Congresso Brasileiro de RDC (2013 e 2014). Palestrante de inúmeros cursos e congressos na área de licitações e contratos administrativos no Brasil.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Princípio da Publicidade e o RDC; 2.1 Nas Modalidades da Lei nº 8.666/93; 2.2 Na Modalidade Pregão; 3. O Caráter Sigiloso das Informações; 3.1 O Sigilo da Constituição Federal; 3.2 Direito de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11); 4. Justificativas à Divulgação do Orçamento Estimado ao Final da Licitação; 5. A Ponderação entre o Princípio da Publicidade e a Norma do art. 6º da Lei nº 12.462; 6. Considerações Finais.

RESUMO

A manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, pela constante reflexão e análise crítica acerca do ordenamento jurídico vigente, especialmente no que diz respeito ao âmbito do Direito Público. É partindo deste pressuposto que a questão da publicidade do orçamento estimado no Regime Diferenciado de Contratações (RDC) é posta em discussão. Desde o advento da Medida Provisória nº 527, posteriormente convertida na Lei nº 12.462, a regra que possibilita a divulgação do orçamento estimado apenas ao final do procedimento licitatório e permite a instauração do sigilo tem gerado grandes conflitos de opinião na doutrina, uma vez que há aparente mitigação do princípio da publicidade em face de outros princípios norteadores das contratações públicas, como a economicidade, a eficiência e a busca da proposta mais vantajosa. A defesa da transparência dos atos da administração pública e do acesso à informação por parte dos administrados são meios fundamentais ao exercício da democracia, o que confere caráter excepcional às situações de sigilo. Considerando ainda a previsão Constitucional de resguardo de informações de natureza pública, o ponto de convergência do debate será a existência ou não de justas razões à instauração do sigilo nas contratações realizadas por meio do

RDC. Como argumentos favoráveis ao sigilo figuram o combate ao conluio entre licitantes e o incentivo a uma maior concorrência.

Palavras-chave: Direito administrativo. Licitações públicas. Regime diferenciado de contratação. Publicidade. Sigilo.

ABSTRACT

The conservation of a true Democratic State necessarily goes through the constant reflection and critical analysis about the existing legal framework, specially concerning the Public Law. It is on this assumption that the disclosure of the estimated budget in the *Regime Diferenciado de Contratações* is discussed. Since the advent of the *Medida Provisória* n. 527, posteriorly transformed into the Law n. 12.462, the rule that allows the disclosure of the estimated budget only at the end of the public bidding, also allowing the establishment of secrecy, has created great opinion conflicts within the doctrine, since there is an apparent mitigation of the disclosure principle over others major principles of the public administration such as the economy, the efficiency and the pursuit of the highest bidder. The defense of the transparency of the public administration actions and of the access to information by the administered are fundamental ways of the exercise of democracy, which makes this situation of secrecy unusual. Also considering the Constitutional forethought of the safeguarding of public information, the converging point of the debate will be the existence, or lack thereof, of fair reasons to the implementation of secrecy in contracts made under the RDC. As arguments in favor of the secrecy are included in the battle between bidders and the incentive to a greater competition.

Keywords: administrative law. public bidding. *regime diferenciado de contratação*. disclosure. secrecy.

1. INTRODUÇÃO

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Lei nº 12.462, em 5 de agosto de 2011. Objetivando ser uma opção à Lei Geral das Licitações (LGL)¹, especificamente às licitações e contratos firmados para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 (art.1º, I); à Copa das Confederações Fifa 2013 e à Copa de Mundo Fifa 2014 (art.1º, II); como também, às obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais (art.1º, III).

Em momento posterior foi estendido às ações integrantes do PAC (art.1º, IV), às obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS (art.1º, V); às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, VI); às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (artigo 1º, § 3º)²; à

¹ Remeter-se-á à Lei nº 8.666/1993 quando fizer alusão no texto às expressões “Lei Geral das Licitações” ou “Lei Geral de Licitação”.

² Os incisos IV, V e VI não estavam contemplados no texto original da Lei nº 12.462, foram acrescentados no ano de 2012, por meio da Lei nº 12.688 e da Lei nº 12.722, respectivamente e pela Medida Provisória nº 630 em 2013. Já o § 3º do artigo 1º foi inserido pela Lei nº 12.722/2012.

modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos custeados pelos recursos do Fundo Nacional de Aviação Civil - FNAC - (§ 1º do art. 63-A da Lei nº 12.462/2011)³; à modernização, construção, ampliação ou reforma de armazéns destinados às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários – restrito à utilização pelo Banco do Brasil, nos termos de contrato a ser firmado entre o Banco e a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB - (arts. 1º e 2º da Lei 12.873/2013); às obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II⁴ (§ 4º do art. 54 da Lei 12.815/2013 - Lei dos Portos).

Dentre as várias inovações trazidas pelo RDC, grande debate doutrinário instaurou-se sobre o art. 6º que define o momento de divulgação do orçamento previamente estimado. Desde o período de produção legislativa a referida norma tem sido alvo de críticas, especulação e dúvidas, especialmente no que tange ao possível desrespeito ao princípio constitucional da publicidade.

É neste panorama que o presente artigo analisa as atuais discussões doutrinárias sobre a publicidade do orçamento previamente estimado no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e o seu cabimento no âmbito das licitações públicas brasileiras.

2. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E O RDC

O art.6º da lei que institui o RDC prevê em seu *caput* a regra geral aplicável ao momento de divulgação do orçamento previamente estimado, que define:

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.

No modelo de contratação instituído, a publicidade do orçamento estimado fica restrita ao encerramento da licitação. O Decreto nº 7.581, norma que regulamenta o RDC, determina a adjudicação do objeto licitado como a ocasião em que o orçamento se tornará público (art. 9º, *caput*).

A redação do art. 6º segue apresentando duas exceções à regra geral prevista. Dispostas nos parágrafos 1º e 2º, ambas dizem respeito a critérios de julgamento. Conforme o § 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”. E para o § 2º: “No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório”.

Uma terceira exceção é definida pelo Decreto nº 7.581, o qual prescreve que “o instrumento convocatório deverá conter o preço mínimo de arrematação, quando adotado o critério de julgamento por maior oferta” (art. 9º, §2º, III). Urge comentar que a estipulação de um preço mínimo de arrematação implica no uso de preço

Salienta-se que, em abril de 2014, houve a aprovação pela Câmara dos Deputados a fim de extrair a aplicabilidade do RDC para situações específicas ora comentadas e então espraiar a sua aplicação para qualquer caso, porém tal mudança não foi aprovada pelo Senado Federal.

³ Inserido pela Medida Provisória 600, de 28/12/2012

⁴ Poderão ser feitas por meio de licitações internacionais e utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

mínimo pela Administração Pública, o que per si gera um grande questionamento acerca de sua juridicidade ante o artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, o § 3º do artigo 6º da Lei nº 12.462 conclui a previsão legal pertinente à divulgação do orçamento prévio confirmando a regra geral imposta pelo *caput* do art. 6º e ressaltando que as informações contidas no documento serão de caráter sigiloso. A parte final do parágrafo ainda frisa que as informações serão disponibilizadas “estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo”.

Ou seja, de acordo com o art. 6º para as contratações realizadas por meio do RDC o orçamento previamente estimado só será disponibilizado aos interessados e participantes da licitação após a adjudicação do objeto licitado (término do procedimento) e, enquanto não divulgadas, as informações referentes ao orçamento terão caráter sigiloso exceto para os órgãos de controle. Tal norma comporta apenas três exceções nos termos acima indicados, porém repisa-se que em qualquer situação os órgãos de controle interno e externo terão acesso.

Faz-se necessário ressaltar que não existem divergências quanto à necessidade de elaboração do “orçamento previamente estimado”; o dispositivo refere-se apenas ao momento da divulgação e em tempo algum pretende isentar a Administração Pública da elaboração do orçamento prévio. Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, também no RDC, o orçamento prévio trata-se de um documento de “precedência obrigatória ao desencadeamento da licitação”⁵ que deverá apresentar estimativa detalhada de custos referentes à obra ou serviço a ser licitado.

Os orçamentos pesquisados e buscados junto ao mercado fazem parte integrante da fase interna, ou também denominada de fase preparatória, da licitação e possuem um papel fundamental para o sucesso ou insucesso de um certame. Por tais razões, convém apontar que a pesquisa de mercado deverá ser feita de maneira criteriosa por pessoas qualificadas e com expertise no objeto a ser licitado para que se possa garantir uma pesquisa de mercado fidedigna, séria e efetiva.⁶

Marçal Justen Filho assevera que em situações excepcionais não será possível ou viável a realização de orçamento estimado como, por exemplo, na contratação integrada, outorga de prêmio e assemelhados ou nas situações de ausência de desembolso em favor do particular.⁷ Com todo o digno respeito, parece-nos que em tais suportes fáticos persiste a necessidade de, ao menos, estimar-se os itens que comporão unitariamente o projeto básico a ser apresentado pelos licitantes, estimativa de como se chegou ao valor do prêmio ou ainda quais são os valores satisfatórios ao interesse público para permitir o repasse ao particular, bem como será compreendida uma boa proposta em caso de remuneração variável.

⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 155.

⁶ Sobre pesquisa de mercado, vide artigo publicado por Luciano Elias Reis (REIS, Luciano Elias). O problema chamado pesquisa de mercado e a recente Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2014.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 107-108.

Tendo em vista a mudança instituída por este novo regime, cabe breve explicação sobre como o tema da publicidade do orçamento prévio é tratado nas modalidades de licitações existentes até o advento da Lei nº 12.462. Entendendo que a comparação desta com as outras duas principais leis que disciplinam as contratações públicas torna-se meio fundamental à compreensão das mudanças implementadas pelo RDC.

2.1 Nas Modalidades da Lei nº 8.666/93

São diversos os dispositivos da Lei nº 8.666/93 em que o legislador se preocupou em regulamentar as questões atinentes à publicidade dos documentos ao longo do procedimento licitatório. Em todos eles há exigência expressa de ampla divulgação de informações aos interessados na licitação, especialmente daquelas que dizem respeito ao orçamento estimado para obra ou serviço a ser contratado.

A partir da imprescindibilidade de que o projeto básico esteja devidamente instruído com o “orçamento detalhado e o custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados” (art. 6º, IX da LGL); da existência de “orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários” (art.7º, § 2º, II da LGL) como condição de admissibilidade e validade da licitação, bem como constitua parte integrante do edital o “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” (art. 40, § 2º, II, LGL), iniciam-se as obrigações de publicidade orçamentária estabelecidas pela LGL à Administração Pública.

Conforme a Lei nº 8.666, uma vez considerado documento anexo essencial ao projeto básico e ao edital, o orçamento previamente estimado será passível de divulgação obrigatória. A publicidade do edital e, conseqüentemente, do orçamento estimado está assegurada no § 1º do art. 40, segundo o qual “o original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraíndo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados”.

O § 2º do artigo 40 prescreve que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários é anexo compulsório do edital e, como anexo, integra o ato convocatório.

A lei ainda confirma seu ideal de ampla divulgação de informações de maneira inversa. Por meio da norma disposta no art. 7º, § 8º, estabelece que “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”, e assim, lembrar aos cidadãos sua possibilidade de ter voz ativa para exigir da Administração Pública a devida transparência. Na mesma senda, o artigo 63 outorga o direito de qualquer licitante ou interessado ter conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório.

Valioso alvitar também do art. 44 da LGL, o dispositivo reforça mais uma vez o princípio da publicidade ao estabelecer que “é vedada a utilização de quaisquer elementos, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes”.

Em casos práticos o entendimento do Tribunal de Contas da União também tem sido favorável à ampla divulgação, conforme decisão proferida no Acórdão nº 2.048/2006:

Cabe lembrar que a Lei nº 8.666/93 estabelece, de forma expressa, que tanto o projeto básico da licitação quanto o demonstrativo do orçamento estimado em planilhas de quantitativos de custos unitários devem constituir partes integrantes do edital (art. 40, §2º, incisos I e II). Por óbvio, não se trata de exigência meramente formal ou que não mereça observância. A ausência desses documentos, a par de ir de encontro às disposições legais, acarreta a impossibilidade de o concorrente ter noção da dimensão do serviço a ser licitado para aquilatar se poderá ou não participar o certame. 15. Nesse contexto, frustrada estará a norma se esses documentos não integrarem, de fato, o instrumento convocatório entregue aos interessados, como me parece ter acontecido no caso em exame. [...] 17. Data máxima vênua, de nenhuma relevância o fato de ser o rol do §2º taxativo ou exemplificativo. Uma vez mencionados na norma o orçamento básico e a planilha de quantitativos e preços unitários, não é facultado ao gestor deixar de incluir esses anexos ao edital.

Na mesma esteira, vide outras decisões da obra “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência”:⁸

“Determinação ao (omissis) para que, nas licitações, estabeleça nos atos convocatórios, no tocante ao disciplinamento do BDI (Bonificação e Despesas Indiretas), a criação de anexo próprio ao edital em que estejam discriminadas as parcelas que o compõem com os respectivos percentuais empregados, a fim de explicitar qual o referencial utilizado na planilha orçamentária estimativa de preços, que haverá de servir de base para a formulação das propostas pelos licitantes”.

(Tribunal de Contas da União, alínea “b.4.1”, item 1.5.1, TC-032.702/2011-6, Acórdão nº 273/2012-Segunda Câmara).

“O TCU deu ciência ao (omissis) de que a ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, no anexo do edital, contraria o § 2º, inc. II, do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, prejudicando a transparência na definição da composição do objeto, em vista a proporcionar melhores parâmetros de comparação de preços”.

(Tribunal de Contas da União, item 1.6.2, TC-005.157/2011-0, Acórdão nº 7.988/2011-Primeira Câmara).

“Determinação ao (omissis) para que, em licitações, explicitar, em anexo do edital, os itens que integram o BDI (Bonificação e Despesas Indiretas), seguindo a diretriz traçada pelo Acórdão nº 325/2007-P e os percentuais praticados, inserindo, ainda, no ato convocatório, exigência expressa do respectivo detalhamento nas propostas, com a previsão do percentual e a descrição de todos os seus componentes (composição analítica), sob pena de desclassificação da licitante, de forma a garantir maior transparência na execução das despesas e a evitar sobrepreço no orçamento pela inclusão indevida de parcelas”.

(Tribunal de Contas da União, item 9.3.8, TC-005.929/2011-3, Acórdão nº 1.948/2011-Plenário).

Assim, a posição do Tribunal de Contas da União enfatiza a norma expressa da LGL. Além de deixar claro que a divulgação do orçamento previamente estimado não é uma faculdade conferida ao agente público, mas sim um dever vinculante. Como afirma o autor Marçal Justen Filho, “não há discricionariedade para a Administração, o

⁸ REIS, Luciano Elias. **Licitações e Contratos**: Um guia da jurisprudência. Curitiba: Negócios Públicos, 2013. p. 527-529.

orçamento deve ser divulgado, sob pena de vício de procedimento licitatório e caracterização de desvio de poder”.⁹

Conclui-se, portanto, que o art. 6º do RDC em nada se aproxima aos comandos previstos pela Lei nº 8.666. Nesta, o sigilo é vedado e absolutamente injustificável, o que faz da publicidade dos documentos referentes à estimativa de orçamentos um compromisso e uma obrigação da Administração Pública para com todos os administrados, em qualquer das modalidades licitatórias a ser realizada sob este regime.¹⁰

2.2 Na Modalidade Pregão

A Lei nº 10.520 de 2002 ao instituir o pregão não teceu considerações a respeito da obrigatoriedade de divulgação do orçamento previamente estimado no edital de convocação. Tão pouco há previsão expressa sobre este tema em algum dos artigos dos Decretos nº 3.555 e nº 5.450, dispositivos que regulamentam a referida modalidade licitatória.

O art. 3º da Lei nº 10.520 em seu inciso III apenas faz referência à divulgação do orçamento no sentido de que este constará “dos autos do procedimento”¹¹. Portanto, nesta modalidade, as informações referentes ao orçamento estimado não constituem elemento essencial do edital, como é previsto para as modalidades da LGL. Entendimento que tem sido firmado pelas decisões do Tribunal de Contas da União, a exemplo tem-se o Acórdão nº 392/2011:

34. Diferente é a situação da divulgação do valor de referência e do preço máximo, quando este for obviamente fixado. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra está contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, tem que haver necessariamente a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários - e, se for o caso, os preços máximos unitários e global - não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos - e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação - no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

Além de não estar atrelada à LGL, apresentando contornos e características próprias, o pregão também se afasta da norma de publicidade descrita na legislação atinente ao RDC, visto que, diferente do art. 6º da Lei nº 12.462, a Lei nº 10.520 em momento algum confere caráter sigiloso às informações relativas ao orçamento.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009. p.529.

¹⁰ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**: comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109 . p. 77.

¹¹Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...) III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste 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; (...)

É entendimento pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o fato de as normas que regulamentam o pregão não estipularem a obrigatoriedade de inclusão das planilhas de custos estimados no edital não se traduz na desnecessidade de que tais orçamentos prévios sejam elaborados pela Administração Pública e, tão pouco, na impossibilidade de acesso ao conteúdo destes por parte dos interessados na licitação, já que estarão nos autos do processo licitatório.¹²

Como explicam em artigo, Daniel Ferreira e José Anacleto Abduch, com base em uma simples interpretação constitucional - pautada no art. 5º, XXXIII da CF - é possível concluir que na modalidade Pregão "qualquer licitante ou interessado pode requerer e deve obter vista do processo administrativo licitatório, sendo permitido, inclusive, obter cópia dos orçamentos estimativos, a qualquer tempo após a publicação do edital".¹³

Para as licitações realizadas por meio da modalidade do pregão, portanto, a divulgação do orçamento previamente estimado junto do edital de convocação é prática facultativa. Podendo o agente público agir com discricionariedade, sob os critérios de oportunidade e conveniência, visando à economicidade na contratação. Está obrigado a elaborar orçamento prévio o qual deverá estar no processo administrativo licitatório, não compulsoriamente no edital, e, além disso, jamais poderá impedir o acesso a este quando solicitado por qualquer cidadão.

3. O CARÁTER SIGILOSO DAS INFORMAÇÕES

Ao diferenciar, no tocante à publicidade do orçamento estimado, a prática dos procedimentos licitatórios realizados até então, uma série de questionamentos doutrinários recaem sobre a norma disposta do art. 6º da Lei nº 12.462. Ainda que o RDC contemple em seu art. 3º o respeito ao princípio da publicidade, a regra do art. 6º teria apenas alterado o regime de divulgação do orçamento estimado e não a obrigação de elaboração deste pela Administração¹⁴ e também que o dispositivo preveria a ampla disponibilização das planilhas orçamentárias ao final do certame.

As críticas pautam-se na imagem de que uma norma ao propor o sigilo é aparentemente estranha ao ordenamento jurídico, isto porque a norma geral que norteia os atos da Administração é a da ampla publicidade. Mais ainda, porque a concepção de publicidade como princípio fundamental da Administração se faz intrínseca a compreensão do Estado Democrático de Direito.

Carmen Lúcia Rocha é enfática ao afirmar que, em decorrência do princípio republicano, não há de se cogitar uma Administração Pública sem publicidade.¹⁵ A

¹² FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas – Comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p.171-83, fev.2012. p. 178.

¹³ FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas – Comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11**. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p.171-83, fev.2012. p. 178.

¹⁴ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *in* JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109. p.75.

¹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 239.

autora ilustra tal afirmação com as palavras de Norberto Bobbio que trata o tema de forma facilmente compreensível ao apresentar percepção muito simples sobre a relação entre publicidade e democracia:

A democracia, observa Bobbio, é uma forma de governo que busca integrar as duas acepções, pressupondo que o que é de interesse público deve ser do conhecimento coletivo. Por isso, tem como ‘regra do jogo’ o exercício público do poder comum. Daí a importância, numa democracia, do tema da transparência do poder. A Constituição Brasileira de 1988 consagra esta ‘regra do jogo’ ao elencar, em seu art. 37, o princípio de publicidade entre aqueles dos quais a administração pública no Brasil, em todos os níveis e modalidades, deve obedecer.¹⁶

Sendo assim, o princípio da publicidade traz em sua essência as bases da Democracia, pois propicia ao cidadão garantias e meios para que este exerça seus poderes políticos, especialmente no que diz respeito à fiscalização e ao controle dos atos praticados pelos agentes públicos.¹⁷ Neste sentido Carmen Lúcia também afirma que “a publicidade é, pois, fundamental para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão possam ser mais que letra de norma jurídica, mas tenham efetividade jurídica e social”. Continua, no que tange à história da República Federativa do Brasil após a Constituição de 1988, “há que se concluir que o princípio da publicidade adquire, então, valor superior ao quanto antes constatado na história, pois não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado”.¹⁸ Assim, seja pautada na própria concepção de Estado Democrático ou na expressa previsão Constitucional do princípio, certo é que transparência deve permear toda a Administração.

Contudo, é imprescindível recordar que também é prerrogativa da democracia a possibilidade de que uma regra comporte exceções. Neste sentido, aplicado aos atos estatais o resguardo do sigilo figura como clara exceção que, seguindo a mesma lógica atinente à natureza da publicidade, só será juridicamente aceito em hipóteses nas quais “o motivo de interesse público comprovado exija o resguardo de informações sobre a prática administrativa”.¹⁹

Logo, o princípio da publicidade das ações da Administração Pública não é absoluto. Ao contrário, encontra certos limites que consistem em perímetros conferidos à regra geral, legitimados pelo texto da Constituição da República e pela legislação infraconstitucional que preferencialmente dizem respeito ao sigilo de informações com a finalidade de garantir outros direitos fundamentais essenciais à ideia de democracia.

A título de exemplo pode-se ressaltar a válida ponderação da publicidade em face do resguardo da intimidade, como também, da defesa do interesse social e da manutenção da segurança nacional.

¹⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 242.

¹⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 241.

¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 241.

¹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 242.

Aceitando a presença de exceções à regra da publicidade, Antônio Carlos Cintra do Amaral confere ao tema um olhar prático e realista. O autor reforça a impossibilidade de uma aplicação estrita do princípio, ao destacar que a plena transparência é meta inalcançável em qualquer tipo de gestão pública, afirmando que “é ingênua, porém, a afirmação de que a Administração deve ser uma “casa de vidro” totalmente translúcida.”. Segundo o seu entendimento, “o que nos cabe é que a relativa opacidade de seus atos respeite os limites impostos pela Constituição e pelas leis, em estrita obediência à estrutura escalonada das normas jurídicas.”²⁰

Assim, o verdadeiro ponto de debate referente à publicidade do orçamento estimado no RDC consiste no questionamento se a exceção à regra da ampla publicidade dos atos da Administração poderia ser aplicada a situação específica regulada pelo art. 6º da Lei nº 12.462. Ou seja, se existem justificativas suficientes para que as informações referentes ao orçamento previamente estimado de uma contratação sejam consideradas sigilosas até o término do procedimento licitatório.²¹

Neste contexto, com o objetivo de instruir a almejada análise crítica sobre o tema, são válidas breves considerações a respeito hipóteses em que o sigilo é permitido e regulado na Constituição Federal, como também sobre o princípio da publicidade e a Lei de Direito ao Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011).

3.1 O sigilo na Constituição Federal

Em uma perspectiva histórica, a prerrogativa da publicidade como elemento essencial à Administração Pública é bastante recente. Foi durante a segunda metade do século XX, projetado pelo fim da maioria dos governos ditatoriais ocidentais, que o anseio popular em haver maior clareza e publicidade nos atos da gestão pública surgiu.²² Nas palavras de Roberto Dias e João Paulo Ferreira, este foi o momento em que “o cidadão percebeu que mesmo o sistema representativo não exime o Estado transparente” e então os primeiros debates contra a cultura do sigilo começaram a prosperar.²³

O início da transformação do sigilo em exceção e da publicidade como regra no contexto da Administração Pública brasileira se deu com a Constituição Federal de 1988. Carlos Pinto Coelho Motta explica que foram dois os primeiros passos em direção à defesa do princípio da publicidade: (1) a não recepção pela nova CF do art. 89 do Decreto Lei nº 200/67 que em seu texto determinava que “a movimentação de créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais será feita

²⁰ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da Publicidade no Direito Administrativo**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº23, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodeestado.com>>. Acesso em: 30 maio 2013.

²¹ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º e 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.39.

²² DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.47-59. p. 51.

²³ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.47-59. p. 51.

sigilosamente” e (2) a inclusão do princípio da publicidade no rol do art. 37 como princípio a ser observado pela Administração.²⁴

Por conseguinte, com o advento da nova Constituição as hipóteses de sigilo passaram a se encerrar às situações estritas de proteção ao direito fundamental à privacidade (art.5º, XII e XIV) e de garantia da segurança da sociedade ou do Estado (art. 5º, XXXIII).

As considerações de Tercio Sampaio Ferraz Junior são imprescindíveis ao estudo do sigilo constitucionalmente previsto. O autor esclarece que o “sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental”, por sua vez, o sigilo será sempre uma faculdade – da sociedade ou do Estado - de manter silêncio ou de resguardar uma informação com o intuito de assegurar um direito fundamental ou de garantir a segurança do Estado.²⁵

Sem desconsiderar as hipóteses de sigilo constitucionalmente previstas para o resguardo de direitos pessoais, dispostas nos incisos XII e XIV, relevante são as considerações sobre o sigilo na garantia de interesses coletivos, previsto pelo art. 5º inciso XXXIII:

Art. 5º, XXXIII Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas **cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**; (grifamos)

Eis a materialização do princípio da publicidade previsto no art. 37 da Carta Magna. Ao estabelecer o direito de receber informações dos órgãos públicos a Constituição impõe a Administração Pública o dever de informar, obrigação que só poderá ser descumprida em favor da segurança da sociedade e do Estado.

O sigilo é a exceção. Só será juridicamente válido quando se configurar meio de proteção à segurança coletiva. A delimitação do objeto, isto é, a classificação da situação de risco à segurança da sociedade e do Estado pode ensejar dúvidas. Para José Afonso da Silva, o termo *segurança do Estado* refere-se à inviolabilidade de informações em face de outros países, já a *segurança da sociedade* diz respeito a questões internas:

A segurança do estado é a garantia de sua inviolabilidade especialmente em face de Estados estrangeiros: questões militares, questões de relação exteriores que envolvem interesses externos e o bom relacionamento do Brasil com outros Povos, por exemplo. A segurança da sociedade está compreendida na segurança do Estado, mas especificamente se trata de questões internas que assegurem a ausência de conflitos que ponham em risco a ordem pública. Aí se envolvem as questões de segurança pública, o interesse na apuração de delitos, o interesse da defesa civil e da solução de conflitos sociais.²⁶

O autor completa seu entendimento expondo que a existência de afronta à segurança e o conseqüente sigilo terão que ser ponderados em cada caso concreto.

²⁴ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC**: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 99.

²⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados**: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 25/08/2013.

²⁶ SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.129.

Indica como ponto de partida para tal juízo os artigos 1º e 3º da Constituição Federal, pois se pode dizer que o sigilo se impõe quando há ofensa aos fundamentos e objetivos da República.²⁷

Outra hipótese de ressalva à ampla publicidade diz respeito aos atos processuais e é estabelecida pelo art. 5º, LX:

Art. 5º, LX A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Novamente a regra é relaxada em face do direito pessoal à privacidade ou em garantia de direitos coletivos. O meio de restrição das informações estabelecido pelas leis processuais é a decretação do segredo de justiça.

Por fim, a Constituição Federal ainda trata do sigilo das votações na instituição do tribunal do júri (art. 5º, XXXVIII) e na limitação da regra dos julgamentos públicos que poderão ser restringidos à presença das partes “em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (art. 93, IX).

Avaliando tais disposições constitucionais, conclui-se que a inviolabilidade do sigilo no Estado Democrático de Direito é exceção que sempre será aferida em face dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado. Para alguns casos a própria Constituição já fixou os limites necessários, porém, restam situações abertas em que haverá a necessidade de ponderação entre o princípio da publicidade e o bem a ser tutelado com a imposição do sigilo.²⁸

Abordadas estas hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal e colocando-as em paralelo com a regra do art. 6º da Lei 12.462, Cammarosano afirma que esta não se confunde com aquelas. Considera o sigilo do orçamento previamente estimado como uma situação de “sigilos outros”, ocasiões que por um mínimo espaço de tempo é necessário reservar uma informação de determinado processo ou procedimento administrativo como garantia de cumprimento da finalidade do ato.²⁹

Entretanto, ainda que o sigilo previsto no RDC não se confunda com o sigilo constitucional, o sopesamento necessário à instauração do sigilo é muito próximo em ambos os casos, uma vez que o próprio autor afirma que a legitimidade da instauração do caráter sigiloso do art. 6º, §3º do RDC deve ser avaliada segundo “as razões e finalidades almejadas, de sorte que se possa demonstrar, justificadamente, à imprescindibilidade do sigilo nos termos em que legalmente admitido”.³⁰

²⁷ SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129.

²⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 25/08/2013.

²⁹ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 38.

³⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

3.2 Direito de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)

Sancionada em 18 de novembro de 2011 - meses após o RDC -, a Lei nº 12.527 surge em resposta ao anseio popular para ter fácil acesso a dados referentes aos atos da Administração Pública. Tornando-se uma clara materialização do princípio da publicidade e, por sua vez, da democracia e transparência estatal.

Esta relação entre publicidade, transparência e acesso à informação é sintetizada nas palavras de Gustavo Terra Elias ao aduzir que a transparência pode ser entendida “como qualidade, atributo da publicidade, que consiste em promover a divulgação da informação de forma otimizada, com boa-fé, autenticidade, clareza e inteligibilidade, atualidade e integralidade”.³¹

A essência da Lei de Acesso à Informação está nas cinco diretrizes estabelecidas à matéria. Dispostas do art. 3º, o inciso primeiro refere-se ao ponto central da presente pesquisa, uma vez que define a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”; o conceito de sigilo e informação sigilosa é delimitado em artigos subsequentes. Em seguida, os incisos II e III exigem do Estado pro-atividade e eficiência na divulgação de suas informações ao prescrever a “divulgação de informações de interesse público independentemente de solicitações” e a “utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”. Ensejando promover uma profunda mudança cultural, os incisos IV e V preveem o “fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública” e o “desenvolvimento do controle social da administração pública”.

No tocante ao sigilo, tem-se como ponto de partida o art. 4º, III, que conceitua como informação sigilosa “aquela submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado”. Mais adiante, o art. 23 materializa o conceito, através de um rol com as possíveis situações de exceção à plena publicidade o dispositivo dá corpo ao requisito da imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado:

- Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
- I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
 - II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
 - III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
 - IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
 - V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas;
 - VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
 - VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
 - VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

³¹ ELIAS, Gustavo Terra. **Da publicidade à transparência: o percurso para reafirmação da democracia participativa.** Fórum administrativo, v. 12, n. 141, p. 27- 40, nov. 2012.

Na sequência, o art. 24 complementa o conceito ao classificar três níveis de informação sigilosa: ultrassecreta, secreta e reservada. Para cada um dos níveis são estipulados os prazos de restrição de 25, 15 e 5 anos respectivamente. O § 3º do mesmo artigo ainda define que alternativamente aos prazos previstos poderá ser estabelecido como termo final do sigilo a ocorrência de determinado evento, desde que este ocorra antes do transcurso do prazo máximo de classificação; o § 4º conclui afirmando que transcorrido o prazo de classificação ou consumado o evento que defina o seu termo final, a informação tornar-se-á, automaticamente, de acesso público.

Visto isto, ao ponderar acerca da aplicabilidade das diretrizes e conceitos previstos na Lei nº 12.527 ao sigilo do orçamento estimado das contratações realizadas por meio do RDC, nota-se que a informação seria classificada apenas como reservada e teria o encerramento da licitação como termo final pré-determinado.³²

Sob esta ótica, autores como Carlos Pinto Coelho Motta³³ definem o sigilo previsto no RDC como parcial, uma vez que “a informação será sempre acessível aos órgãos de controle”. No mesmo sentido, Egon Moreira e Fernando Vernalha Guimarães são ainda mais flexíveis afirmando que a vedação de acesso ao orçamento nem sequer pode ser tratada como sigilo ou confidencialidade, por ser uma mera restrição subjetiva e temporal:

É que não há na hipótese do RDC, propriamente subtração da publicidade do orçamento, uma vez que ele será amplamente divulgado imediatamente depois da disputa. Trata-se, portanto, de impor apenas a restrição subjetiva e temporal à veiculação do orçamento, não se podendo falar em sigilo ou confidencialidade das informações. Ademais – e como dito acima –, a contratação não se consumará sem que haja sua plena disponibilização.³⁴

Entendimento contrário têm os autores Roberto Dias e João Paulo Ferreira que defendem não existir fundamentos suficientes capazes de enquadrar o sigilo de que trata o art. 6º, § 3º da Lei nº 12.462/11 em uma das hipóteses legais previstas pela Constituição ou pela Lei nº 12.527/11, “razão pela qual viola frontalmente o princípio da publicidade dos atos administrativos”.³⁵

Segundo este último entendimento, em não sendo reconhecidas como hipóteses de autorizada mitigação da publicidade por tempo determinado, as informações relativas ao orçamento previamente estimado nas licitações realizadas por meio do RDC estariam sujeitas a ampla divulgação e ao livre acesso, assegurados por dispositivos como o art. 7º, VI da Lei 12.527/11.

Entretanto, Marçal Justen Filho é enfático ao refutar tal conclusão ponderando que “não se poderia invocar a Lei nº 12.527, que apresenta idêntico nível

³² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.104.

³³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.104.

³⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC.** São Paulo: Malheiros, 2012. p. 160.

³⁵ DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.47-59. p.59.

hierárquico à Lei do RDC”. O autor explica seu juízo fundamentando-o na existência de harmonia entre as referidas leis ordinárias:

Os dispositivos da Lei nº 12.527 aplicam-se ao âmbito de licitações e contratações administrativas. Mas o sigilo relativamente ao valor do orçamento estimado não é incompatível com o desenvolvimento da atividade licitatória transparente. A Lei de Acesso à Informação se aplica no âmbito da atividade licitatória, mas não impede a manutenção do sigilo temporário relativamente a soluções reputadas como indispensáveis para a identificação da alternativa mais satisfatória para os interesses coletivos, em procedimentos competitivos.³⁶

Nesta esteira, outro comando da Lei nº 12.527 que pode ser invocado como pertinente à regra de sigilo previsto no RDC é o art. 28, que versa sobre as formalidades necessárias à classificação de uma informação como sigilosa:

Art. 28. A classificação de informação em qualquer grau de sigilo deverá ser formalizada em decisão que conterà, no mínimo, os seguintes elementos:

I - assunto sobre o qual versa a informação;

II - fundamento da classificação, observados os critérios estabelecidos no art. 24;

III - indicação do prazo de sigilo, contado em anos, meses ou dias, ou do evento que defina o seu termo final, conforme limites previstos no art. 24; e

IV - identificação da autoridade que a classificou.

Parágrafo único. A decisão referida no caput será mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada.

Carlos Motta³⁷ considera a aplicabilidade deste dispositivo ao sigilo tratado pelo § 3º do art. 6º do RDC, uma vez que versa sobre pontos pertinentes à decisão de omitir as informações referentes ao orçamento.

Em análise à norma disposta neste artigo, é possível vislumbrar que ao estabelecer critérios formais e considerar imprescindível a existência de causa justificante os incisos reforçam o caráter excepcional à instauração do sigilo. Com isso adentra-se em outro ponto controvertido, o das justificativas que a omissão do orçamento estimado se embasa. A doutrina favorável à regra tem se pautado em princípios como os da economicidade, concorrência e busca pela proposta mais vantajosa para aceitar o resguardo dos orçamentos.

4. JUSTIFICATIVAS À DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO AO FINAL DA LICITAÇÃO

Ainda que refutada por muitos doutrinadores e aprovada sob alvo de diversas críticas, a decisão de abrir “a possibilidade de que a divulgação do orçamento com estimativa do valor da contratação seja feita após o encerramento da licitação, possuindo caráter sigiloso durante o certame” não foi discricionária.³⁸ Tal alteração procedimental que inovou a prática corrente foi amplamente debatida e tem seus fundamentos em dois aspectos, (a) pauta-se no combate à corrupção, uma vez que a não divulgação do orçamento dificultaria e inibiria o conluio entre os licitantes; e (b)

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 117.

³⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC**: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.104.

³⁸ BRASIL. Parecer do Plenário do Senado Federal sobre o PLV nº17, de 2011, proveniente da MP nº 527, de 18.03.2011, de autoria do relator-revisor, Senador Inácio Arruda. FONTE: Senado Federal.

visa à obtenção de vantagens de ordem econômica, pois considerando que os licitantes “diante da ausência de certeza a respeito do valor estimado do objeto licitado, são obrigados a reduzir seus preços”³⁹, conclui-se que haveria maior concorrência entre os participantes da licitação e, conseqüentemente, preços mais favoráveis à Administração Pública.

A primeira bandeira em favor da regra do art. 6º do RDC foi fortemente defendida pelo Senado Federal à época do exame do Projeto de Lei de Conversão (PLV) da Medida Provisória nº 527 em lei. O parecer redigido pelo Senador Inácio Arruda, em 18/03/2011, elencou o sigilo do orçamento prévio como uma das medidas ao combate dos cartéis no decorrer dos certames licitatórios.

Em sua fundamentação, Arruda afirmou que a prática de combinar condutas é comum entre os participantes de tais procedimentos de contratação e que, não raras vezes, todos licitantes já sabem de antemão qual será o agente econômico vencedor do certame. Explicou que este comportamento resulta na possibilidade de o futuro vencedor ter plena liberdade para oferecer preços de margem muito próxima ao valor indicado pelo Poder Público em sua estimativa orçamentária. Assim, mesmo que possua condições de proporcionar preço menor, o cartel sempre está atrelado ao valor que a Administração já declarou – por meio do orçamento apresentado - estar disposta a pagar.⁴⁰

Sob tal perspectiva, portanto, a não divulgação do orçamento no instrumento convocatório ou acessível no processo administrativo da licitação asseguraria a competição honesta entre os licitantes que passariam a “disputar diretamente o objeto do certame, como seria mister, apresentando preços que lhes fossem realmente factíveis em razão de seus próprios cálculos e empenho em vencer a licitação”.⁴¹ A publicidade do orçamento seria temporariamente suprimida em nome do princípio da competitividade econômica.⁴²

Em amparo a esta tese, de não divulgação do orçamento como meio de afastar práticas desleais, são invocadas as “Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas”, documento feito pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE que tem sido modelo ao método de contratação pública nos EUA e em países da Europa. Dentre diversas outras medidas, a OCDE orienta que os processos de contratação sejam elaborados de forma a reduzir a comunicação entre os licitantes, apontando técnicas como a que foi positivada pelo art. 6º da Lei nº 12.462:

- Considerar cuidadosamente que tipo de informação deve ser disponibilizado aos concorrentes no momento do ato ou sessão pública de abertura das propostas;

³⁹ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *in* JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109. p.85.

⁴⁰ BRASIL. Parecer do Plenário do Senado Federal sobre o PLV nº17, de 2011, proveniente da MP nº 527, de 18.03.2011, de autoria do relator-revisor, Senador Inácio Arruda. FONTE: Senado Federal.

⁴¹ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

⁴² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

(...)

- Recorrer à utilização de preços máximos de aquisição apenas quando estes se baseiam numa cuidadosa pesquisa de mercado e se as entidades adjudicantes estiverem convencidas de que se tratam de preços muito competitivos. *Esses preços máximos não devem ser publicados, antes devem ser mantidos confidenciais durante o processo ou depositados noutra autoridade pública.*

(...) (grifamos) (OCDE, 2009)

Perseguindo este mesmo ideal de aprimoramento da concorrência, Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães vão além, demonstrando que o sigilo ultrapassa a proteção contra conluios, mas garante a obtenção de propostas mais vantajosas também em um procedimento incorrupto. Pois, mesmo sem prévia coordenação entre os concorrentes, não há interesse por parte dos participantes em “evitar a prática de alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração”. Os autores explicam:

A veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, eis que os interessados têm incentivos para oferecer preços mais aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação. Afinal, o reconhecimento acerca de certo orçamento para a contratação presume a disposição da Administração em praticá-lo; mais que isso, instala a certeza quanto à existência de recursos necessários à sua execução. Portanto, no caso da publicidade prévia não há qualquer estímulo a que os interessados ofereçam valores significativamente mais baixos que o orçamento (o que significa dizer que a Administração está destinada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de eficiência do contrato).⁴³

Salvaguardada em tais argumentos, a doutrina favorável ao sigilo proclama que o desconhecimento do orçamento estimado para a contratação não é só uma blindagem contra a corrupção, mas um propulsor à competitividade que em consequência atende aos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência.⁴⁴

Ao relembrar o conceito de licitação, definido por Hely Lopes Meirelles⁴⁵ como “o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”, fica claro que o elemento competitividade está na essência da licitação⁴⁶, uma vez que constitui meio para o alcance da melhor contratação.

Para Luiz Alberto Blanchet⁴⁷, mesmo nos procedimentos geridos pela Lei nº 8.666/93, a publicação do orçamento estimado conflita frontalmente com a finalidade de busca da proposta mais vantajosa. Muito antes da promulgação do RDC o autor já afiançava que a não divulgação dos orçamentos geraria maior variação de preços e consequente vantagem para o interesse público.

Destarte, segundo os autores que defendem tal técnica, a lógica das contratações públicas não deve ser regida apenas por conceitos jurídicos, mas também

⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC. São Paulo: Malheiros, 2012. p.158.

⁴⁴ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. in JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC)**: comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109. p. 85.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 290.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p.548.

⁴⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p.58.

precisa abranger critérios da ciência econômica. O sigilo do orçamento previamente estimado estaria, portanto, amplamente justificado, porque confere “maior densidade à responsabilidade do proponente quanto ao valor da proposta a ser construída, negociada e contratada com a Administração Pública” e permite ao Poder Público promover “contratações comerciais em condições efetivamente compatíveis com as do setor privado”.⁴⁸

Entretanto, a doutrina contrária afirma que nenhuma das justificativas apresentadas em defesa ao sigilo do orçamento estimado em licitações realizadas por meio do RDC pauta-se em demonstrações científicas objetivas. São teses guiadas apenas pela aplicação de teorias econômicas⁴⁹ e experiências internacionais isoladas, premissa que lhes conferem certa fragilidade.

Apontam que primeiramente é necessário avaliar que as contratações feitas pelo Estado não podem ser equiparadas às realizadas por empresas privadas. Como é sabido, as compras feitas pela Administração se regem por elementos que perpassam a economicidade, pois estão vinculadas a observância de uma série de outros critérios como a impessoalidade, a isonomia, a legalidade, o interesse público e a publicidade.⁵⁰

Em segundo lugar, o autor Marçal Justen Filho contesta os argumentos de Egon Bockmann Moreira e Luiz Alberto Blanchet ao afirmar que “a existência de um parâmetro estabelecido pela Administração não afeta a formulação da proposta precisamente porque os diversos licitantes buscarão a vitória por meio do oferecimento da maior vantagem possível ao poder público”.⁵¹

Entende-se, deste modo, que o incentivo à oferta de valores inferiores ao previamente estimado pela Administração está no desejo do participante em ser o vencedor da disputa, considerando que não se sabe qual será o preço ofertado pelos demais concorrentes. Justen Filho complementa seu raciocínio acrescentando que “somente seria imaginável que o valor do orçamento apresentaria um efeito de limitação da competição na medida em que existisse um acordo antijurídico entre os licitantes” e em situações de acordo ilegal entre os participantes o valor do orçamento não é relevante, pois o ato já está viciado.⁵²

No tocante ao conluio, a doutrina contrária ao sigilo acredita que a não divulgação do orçamento ao início da licitação não garante uma disputa honesta. Nas palavras de Motta, os autores opostos ao sigilo acreditam que “seja por mero descuido ou inadvertência dos agentes da Administração responsáveis, seja por deliberado e delituoso conluio de algum deles com o licitante”.⁵³ Assim, como defende

⁴⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.98.

⁴⁹ CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *in* JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109. p.85.

⁵⁰ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. **O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas.** Radar: tecnologia, produção e comércio exterior. n. 19, p.7-20, abr. 2012. p.7-40.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11.** São Paulo: Dialética, 2013. p.115.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11.** São Paulo: Dialética, 2013. p.115.

⁵³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97.

Cammarosano⁵⁴, o risco de quebra do sigilo por parte de algum integrante dos órgãos responsáveis por resguardar a informação sigilosa sempre existirá.

Quanto às justificativas pautadas nas orientações fornecidas pela OCDE, justifica-se que em breve leitura do documento é possível perceber que os comandos relacionados ao resguardo de informações compõem parte mínima das diretrizes propostas pela OCDE para o combate ao conluio entre os participantes das licitações públicas.

Para além do sigilo de certas informações, o documento da organização propõe estratégias em 6 linhas de ação: (1) obter informações antes de estruturar o edital; (2) estruturar a contratação pública de forma a maximizar a participação de candidatos que genuinamente concorram entre si; (3) definir claramente os requisitos e evitar a previsibilidade; (4) elaborar o processo de contratação de forma a reduzir eficazmente a comunicação entre concorrentes; (5) selecionar cuidadosamente os critérios de avaliação de adjudicação das propostas e (6) aumentar a consciência dos funcionários públicos quanto aos riscos de conluio.⁵⁵

Logo, a densidade de conteúdo oferecida pelo documento da OCDE transluz que o combate às práticas de corrupção nas licitações públicas envolve uma série de ações coordenadas que perpassam a divulgação do orçamento estimado ao final do procedimento de contratação.

Postas tais considerações, verifica-se que a divergência doutrinária a respeito da admissibilidade da regra que impõe o sigilo ao orçamento estimado das contratações feitas por meio do RDC tem seu ponto de atrito na consistência das justificativas dadas à instauração do sigilo.

Em discussões promovidas sobre do assunto, forte têm sido as fundamentações das teses que acreditam que o combate ao conluio, a promoção da concorrência e a obtenção de contratações mais econômicas são motivações simplórias e penderes de comprovação científica para serem arguidas em face do direito de acesso - amplo e irrestrito - a informações referentes a um certame licitatório.

Porém, a corrente favorável ao sigilo também tem ganhado respaldo para suas teses, à medida que a técnica é aplicada e os resultados começam a tornarem-se palpáveis à medida que a teoria se transforma em prática implementada aos poucos pelas Administrações Públicas de diferentes países.

5. A PONDERAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A NORMA DO ART. 6º DA LEI Nº 12.462

Recordando o caminho percorrido pelo presente estudo, por ora resta demonstrado que a publicidade é princípio fundamental que rege os atos da

⁵⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.39.

⁵⁵ OCDE. **Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas**. Disponível em: <<http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf>> Acesso em: 01/10/2013.

Administração Pública, conforme previsão constitucional do artigo 5º, XXXIII e do artigo 37, entretantes é regra que comporta exceções. Abrange ressalvas tanto de origem constitucional, como a contida do próprio inciso XXXIII do art. 5º, quanto de origem infraconstitucional, como a regulamentação do sigilo apresentada em dispositivos da Lei nº 12.527 e até mesmo a reserva do dispositivo em comento, o § 3º do art. 6º da Lei 12.462.

As exceções de origem infraconstitucional detêm sua validade consagrada, uma vez que “a disciplina constitucional da publicidade dos atos administrativos não exclui o cabimento de certas informações pertinentes a processos administrativos em curso que sejam mantidas em sigilo, (...), nos termos da lei”.⁵⁶ Desta forma, entende-se que a restrição à publicidade de um ato administrativo será válida quando oriunda de previsão legislativa, o que é o caso do sigilo instituído no RDC.⁵⁷

Devido ao seu caráter excepcional, o sigilo sempre deverá estar confirmado em justas razões que o legitimem. Segundo Justen Filho, “a autorização legal para o sigilo apenas será válida quando se evidenciar o vínculo de causalidade com a obtenção de um resultado compatível com a Constituição”.⁵⁸

Em se tratando das informações tuteladas pelo art. 5º, XXXIII da CF, o trâmite e as exigências à instauração do sigilo podem ser vislumbrados no artigo 28 da Lei nº 12.527, dando-se destaque ao inciso II que impõe a necessidade de motivação da decisão que classificar uma informação como sigilosa.

Aplicando esta lógica à informação sigilosa prevista no RDC, a não publicação do orçamento estimado de uma contratação pública deveria sempre estar justificada em uma decisão previamente emitida pelo órgão promotor da licitação. Decisão em que constassem os motivos e fundamentos da instauração do sigilo em determinado certame.

Tais conclusões corroboram com o novo ponto de interpretação ao texto da norma disposta no art. 6º da Lei nº 12.462. Atualmente parte da doutrina passou a entender que a “disciplina do art. 6º não significa que o sigilo do orçamento é uma solução necessária, a ser adotada compulsoriamente”, isto porque, o § 3º inicia o comando referente ao caráter sigiloso das informações com a premissa “se não constar do instrumento convocatório...”.⁵⁹

Portanto, a não disponibilização do orçamento não seria uma regra a ser seguida em todas as contratações realizadas por meio do RDC, mas uma faculdade dada à Administração Pública que decidirá entre divulgar ou não o valor do orçamento e, então, apenas quando não divulgada tal informação deverá ser sigilosa. Conforme expõe Camila Cotovicz Ferreira:

Assim, a Administração poderá, sopesados a necessidade a ser satisfeita e o interesse público envolvido na contratação, avaliar a conveniência da divulgação ou não do preço estimado nas licitações do tipo menor preço disciplinadas pelo RDC. Por outro lado, será necessária a

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p.116.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p.116.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p.117.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p.117.

publicidade dessa informação nos certames que adotem como critério de julgamento o maior desconto ou no caso de julgamento por melhor técnica.⁶⁰

Com isso, a instauração do sigilo no RDC estará sujeita a necessidade de ampla motivação por parte da Administração Pública, conduta que já é esperada de todo e qualquer ato administrativo.

A exigência de motivação do ato para esta circunstância específica também se pauta no fato de que o sigilo pode ser considerado uma medida restritiva do direito a ampla publicidade, situação que segundo Shirlei Silmara de Freitas Mello reivindica indispensável motivação por parte do agente público:

O administrador público recebeu da lei a prerrogativa de tomar decisões úteis e necessárias, desde que exista determinada situação de fato e/ou de direito, ou ainda, desde que ocorram certos eventos. Isso acontece de modo mais pronunciado no tocante às medidas restritivas de direitos, que somente devem ser adotadas na intensidade estritamente indispensável à preservação dos interesses públicos relacionados.⁶¹

Conforme reforça Wallace Paiva Martins Junior, “o sigilo não é nem pode ser atribuído por mero capricho ou pela arbitrariedade do administrador público, exigindo submissão a mais complexa legalidade, afinidade com os fins da transparência e motivação suficiente reveladora da imprescindibilidade”.⁶²

Aludindo às controvérsias apresentadas em tópico anterior, a Administração Pública deverá motivar amplamente a sua decisão de decretar o sigilo ao orçamento estimado da contratação ao sopesar os princípios da economicidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e da concorrência em conjunto com o princípio da publicidade.

Uma vez considerado “o inter-relacionamento entre princípios, de modo que não se interpreta e aplica um único princípio isoladamente”⁶³, o autor Michael Kohl propõe os passos a serem seguidos neste tipo de atividade valorativa:

A proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um teste de três estágios: 1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade e adequação); 2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade); 3) as restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionais ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade *stricto sensu*).⁶⁴

Assim, nas contratações realizadas por meio do RDC, a validade do estabelecimento do sigilo condiciona-se a motivação da Administração Pública que, segundo Justen Filho, deverá elaborar um juízo de proporcionalidade e adequação que seja suficiente à instauração do sigilo do orçamento previamente estimado.⁶⁵

⁶⁰ FERREIRA, Camila Cotovicz. **A divulgação do orçamento estimado no RDC**. Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/a-divulgacao-do-orcamento-estimado-no-rdc>>. Acesso em: 09/2013.

⁶¹ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Motivação, publicidade e controle: algumas reflexões. In MARRARA, Thiago. (org.) **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301-323. p. 307.

⁶² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Publicidade. In MARRARA, Thiago. (org.) **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p.233-79. p. 251-252.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p.58.

⁶⁴ Apud JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 61.

⁶⁵ Não se pode esquecer também do risco de corrupção que o sigilo do orçamento poderá provocar no seio da Administração Pública. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho alerta “a solução adotada na Lei do RDC envolve benefícios questionáveis para a

A autorização legal para ao sigilo apenas será válida quando se evidenciar um vínculo de causalidade com a obtenção de um resultado compatível com a Constituição. Trata-se de uma manifestação de proporcionalidade-adequação. Admite-se como constitucional o sigilo no tocante ao valor do orçamento estimado quando a ausência de divulgação da informação for apta a promover a ampliação da competição e a obtenção de propostas mais vantajosas.⁶⁶

Este também tem sido o entendimento do Tribunal de Contas da União, como é possível vislumbrar no Acórdão nº 3.011/2012 de lavra do Ministro Relator Valmir Campelo:

(...) O orçamento fechado, no RDC, foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluíus. Ao saber, de antemão, o valor máximo admitido pela Administração como critério de classificação das propostas, facilita-se a prévia combinação de valores ofertados. Nesse caso, em termos do princípio fundamental licitatório - o da obtenção da melhor proposta -, a isonomia e a competitividade compensariam possível perda de transparência, no que se refere à publicação dos preços estimativos.

Essa dualidade de princípios é perfeitamente visualizada nas compras, o que já era experimentado nos pregões realizados pela Administração Pública sob a luz da Lei 10.520/2002, visto que a descrição do objeto permite um perfeito delineamento do que será oferecido.

As obras públicas possuem um caráter peculiar. Haja vista a necessidade de apresentar os serviços a serem executados - acompanhados de suas quantidades - e tendo em vista o que dispõe a LDO (e a própria Lei 12.462/2011), tais encargos devem ser referenciados pelo Sinapi/Sicro; e isso é público. O licitante cuidadoso, portanto, tem meios de investigar tais referências de modo a "prever" o preço base da Administração. Ainda mais quando a reserva orçamentária das LOAs também são públicas.

Quanto mais os serviços tenham previsão direta nesses sistemas referenciais, maior a previsibilidade do preço paradigma editalício. Obras rodoviárias, por exemplo, possuem, tradicionalmente, mais serviços referenciados pelo Sicro. São menos encargos possíveis e maior a previsibilidade do preço-base.

Obras portuárias e aeroportuárias, ao contrário, têm a característica de possuírem, via de regra, serviços relevantes - e complexos - não passíveis de parametrização direta com o Sinapi. A Administração, então, promove adaptações aos serviços similares, ou motiva estudos e pesquisas próprias, para estimar o valor razoável daquele item orçamentário. Da mesma maneira, na ausência de composição referencial, cada licitante promoverá mesma avaliação. Estaria, nesse caso, em tese, melhor justificado o sigilo do orçamento.

Existe um contraponto. Esses estudos podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital; e isso é tão mais verdade, quanto mais complexo e mais oneroso for o serviço. Se o mercado entender como maiores aqueles encargos, existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma. Muitas vezes, a licitação é "salva" por um argumento pertinente oferecido por um dos interessados; inclusive no que se refere à viabilidade do preço estimado.

Concluo, então, que, **como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento.**

Administração. Talvez propicie a redução de preços ofertados; no entanto, produz uma situação nociva indubitável, consistente em ampliar a oportunidade para práticas de corrupção." (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 120).

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013. p. 116.

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. **Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha.** O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas. (grifamos)

Repisando o mesmo raciocínio, o Tribunal de Contas da União manifestou-se no Acórdão nº 306/2013 de lavra também do Ministro Relator Valmir Campelo:

“Entendo o orçamento fechado como uma possibilidade - talvez uma preferência - mas não uma meta compulsória. Tal conclusão é a que mais se aproxima do espírito geral do Regime. Novamente, em se tratando das múltiplas possibilidades para definir o que vem a ser a melhor proposta, **basta motivar o caminho de maior conveniência, dentro dos novos regimentos e dos ideais de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.**”
(voto condutor do Acórdão 306/2013 – Plenário)

Vale destacar que, neste Acórdão supra, o Tribunal de Contas da União anuiu com a possibilidade de abrir o orçamento “fechado” durante o certame, desde que fique demonstrada a vantajosidade desta medida pela Comissão de Licitação. No caso concreto analisado pela Corte de Contas, a abertura aconteceu no momento da negociação da fase de proposta para evitar o fracasso do processo licitatório.

Externando a influência das decisões do Tribunal de Contas da União no aprimoramento do RDC e da sua própria legislação, houve a edição do Decreto Federal n. 8.080 (20 de agosto de 2013) para alterar em alguns pontos o Decreto Federal n. 7.581/2011. Nesse compasso, o Decreto Federal nº 8.080/2013 assentou normativamente a factibilidade (e não obrigatoriedade) de divulgar os custos dos itens ou das etapas para auxiliar a reelaboração da planilha pelos licitantes de acordo com o caso concreto.⁶⁷

Por tais razões, assim como nas hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal, no Regime Diferenciado de Contratações o princípio da publicidade é a regra e o sigilo uma exceção. Há possibilidade de se esconder temporariamente as informações referentes ao orçamento estimado nos certames realizados por meio do RDC, entretanto tal ato deverá estar amplamente motivado pela autoridade Administrativa que o determinar.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelas observações tracejadas anteriormente, a transferência do momento da divulgação do orçamento estimado para o encerramento da licitação nas contratações

⁶⁷ “Encerrada a etapa competitiva, poderão 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.

(§ 3 do art. 43 do Decreto 7.581/2011, com a redação dada pelo Decreto 8.080/2013)

realizadas sob o Regime Diferenciado de Contratação encontra respaldo na legislação brasileira vigente, como também em atuais interpretações sobre o tema.

Se entendida como uma exceção, tal mudança no processo licitatório não fere o princípio constitucional da publicidade, isto porque reconhece-se que a Constituição Federal ao mesmo tempo que consagra a publicidade dos atos praticados pela Administração como regra geral, também prevê hipóteses de sigilo ou resguardo temporário de informações em situações de exceção.

Acompanhando tal premissa, novo olhar é atribuído à redação expressa pelo § 3º do art. 6º do RDC no sentido de que tal dispositivo não estabeleceu um dever de sigilo a toda contratação realizada por meio do RDC, mas conferiu uma faculdade aos agentes públicos em optar ou não pelo afastamento de divulgação do orçamento ao início do certame licitatório, devendo a informação ser classificada sigilosa apenas nos casos de escolha pela não divulgação.

O exercício de tal faculdade não poderá ser discricionário, imotivado ou arbitrário. Assim como é exigido de todos os atos praticados pela Administração Pública, a decisão pelo resguardo do orçamento previamente estimado deverá pautar-se em todos os princípios básicos atinentes a boa atuação da função pública, especialmente no princípio da ampla motivação. A instauração do sigilo também será regida pelas regras previstas na Lei nº 12.527/2011.

Por certo que a inserção desta e de algumas outras normas oriundas do RDC à prática das contratações públicas tem tido natureza experimental e muito há de ser aperfeiçoado. Entrementes, como apresentado pelas posições doutrinárias durante a elaboração deste estudo, as mudanças vêm sendo justificadas em aspectos que também detém origem constitucional, como a economicidade, a eficiência e a consequente busca pela proposta mais vantajosa.

A regra que prevê o sigilo das informações referente ao orçamento previamente estimado e a possibilidade de divulgação do orçamento apenas ao final do procedimento licitatório, portanto, é válida e não ferirá o princípio da publicidade caso aplicada em consonância com os demais princípios e objetivos perseguidos pela Constituição Federal. Caberá aos órgãos de controle a incumbência de acompanhar e regular tal prática Administrativa em cada caso concreto, recordado o caráter excepcional que o comando do art. 6º da Lei nº 12.462 possui.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **O princípio da Publicidade no Direito**

Administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº23, jul./set. 2010. Disponível em:
<<http://www.direitodeestado.com>>. Acesso em: 30 maio 2013.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Roteiro prático das licitações**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Parecer do Plenário do Senado Federal sobre o PLV nº17, de 2011, proveniente da MP nº 527, de 18.03.2011, de autoria do relator-revisor, Senador Inácio Arruda.

FONTE: Senado Federal.

- BRASIL. TCU. Acórdão nº 2.048/2006, Plenário. Processo 021.228/2006-3. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão: 8.11.2006. DOU, 13 nov. 2006.
- BRASIL. TCU. Acórdão nº 392/2011, Plenário. Processo 033.876/2010-0. Rel. Min. José Jorge. Sessão: 16.02.2011. DOU, 23 fev. 2011.
- BRASIL. TCU. Acórdão nº 3.011/2012, Plenário. Processo 017.603/2012-9. Rel. Min. Valmir Campelo. Sessão 08/11/2012. DOU, vide data do DOU na ATA 45.
- CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º s 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *in* JUSTEN FILHO, Marçal e PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord). **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à Lei nº 12.462 e ao decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.73-109.
- DIAS, Roberto; FERREIRA, João Paulo. A publicidade no regime Diferenciado de Contratações Públicas: algumas considerações críticas. *In*: CAMMAROSANO, Márcio; DEL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (coord). **Regime diferenciado de contratações públicas - RDC** (Lei nº 12.462/2011; decreto nº 7.581/2011): aspectos fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.47-59.
- ELIAS, Gustavo Terra. **Da publicidade à transparência:** o percurso para reafirmação da democracia participativa. Fórum administrativo, v. 12, n. 141, p. 27- 40, nov. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Sigilo de dados:** o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 25/08/2013.
- FERREIRA, Camila Cotovicz. **A divulgação do orçamento estimado no RDC.** Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/a-divulgacao-do-orcamento-estimado-no-rdc>>. Acesso em: 09/2013.
- FERREIRA, Daniel; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas – Comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11.** Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 216, p.171-83, fev.2012.
- FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. **O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas.** Radar : tecnologia, produção e comércio exterior. n. 19, p.7-20, abr. 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- _____. **Curso de direito administrativo.** 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- _____. **Pregão:** comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2009.
- _____. **Comentários ao RDC:** Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013.

- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da Publicidade. *In* MARRARA, Thiago. (org.) **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p.233-79.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. Motivação, publicidade e controle: algumas reflexões. *In* MARRARA, Thiago. (org.) **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 301-323.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública: a Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC: contratações para as copas e jogos olímpicos: lei nº 12.462/2011, decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- OCDE. **Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas**. Disponível em: <http://www.cadterc.sp.gov.br/usr/share/documents/Diretrizes-OCDE.pdf> Acesso em: 01/10/2013.
- REIS, Luciano Elias. **Licitações e Contratos: Um guia da jurisprudência**. Curitiba: Negócios Públicos, 2013.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, José Antônio da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. **Comentário contextual à constituição**. 7.ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.