

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Clarissa Aline Dantas Azevedo¹

Leonardo Medeiros Júnior²

RESUMO

O presente artigo científico objetiva analisar o Regime Diferenciado de Contratações – RDC no que tange o sigilo do orçamento estimado. Para tanto, partiu-se de um estudo geral da publicidade no procedimento licitatório, verificando o que diz a norma Constitucional e a Lei Geral de Licitações. Após, foi feito um estudo detalhado da Lei 12.462/11 onde se analisou o processo legislativo que culminou com a sua aprovação, as suas características e o seu âmbito de aplicação. Em seguida, se esmiuçou o novo mecanismo do sigilo dos orçamentos, bem como a sua suposta inconstitucionalidade a luz do princípio da publicidade, com base no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, foi feita uma coletânea do que foi e está sendo discutido pela doutrina e pela jurisprudência a respeito do assunto.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação. Publicidade. Regime Diferenciado de Contratação. Sigilo. Inconstitucionalidade.

THE (IN) CONSTITUTIONAL CONFIDENTIALITY OF ESTIMATED BUDGET INTO THE DIFFERENTIAL OF PUBLIC CONTRACTS

ABSTRACT

This research paper aims to analyze the unusual scheme Signings - DRC regarding the alleged unconstitutionality of secrecy it provides the estimated budget. To this end, broke a general study of advertising in the bidding procedure, checking what it says Constitutional and General Procurement Law norm. After a detailed study of the Law 12.462/11 which examined the legislative process that led to its approval, its characteristics and its scope was done. Then it broke in pieces the new mechanism of the confidentiality of budgets as well as its alleged unconstitutionality light of the principle of publicity, based on Brazilian law. Finally, there was a collection of what was and is being discussed by the doctrine and jurisprudence on the matter.

Keywords: Administrative Law. Bid. Advertising. Differentiated Contracting Regime. Secrecy. Unconstitutional.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. *E-mail:* clari_azevedo@hotmail.com.

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. *E-mail:* leonardomedeiros@tjrn.jus.br

1. INTRODUÇÃO

O artigo científico produzido versa sobre aspectos da Lei n.º 12.462/11, do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), aplicável às licitações e contratos relacionados com a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, com a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol (FIFA) 2013 e com a Copa do Mundo FIFA 2014, no que tange o seu sigilo orçamentário estimado de contratação que vem sendo motivo de polêmica e debates por gerar uma grande controvérsia na seara política e jurídica.

Sabe-se que por vários anos se discutiram reformas da legislação brasileira sobre contratações públicas, basicamente constituída pelas leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520. Tentou-se inicialmente estabelecer um regime específico de licitações pela Medida Provisória 489, de 12 de maio de 2010, a qual perdeu sua eficácia. Depois, adveio tentativa de inclusão do Regime Diferenciado de Contratações no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 521, de 2010, no qual não se logrou êxito, até que, por fim, veio a Medida Provisória 527, de 2011, que se converteu na Lei n.º 12.462/11, a qual estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, trazendo grandes inovações no regime das licitações no Brasil.

De início, cumpre brevemente ressaltar que a disciplina estabelecida pela Lei n.º 12.462, de agosto de 2011, envolve a não divulgação do orçamento estimado pela Administração Pública para o objetivo licitado, de forma que essa divulgação ocorre apenas após o encerramento da licitação como sendo a adjudicação do objeto licitado. Ou seja, o orçamento estimado para as contratações abrangidas pelo referido Regime Diferenciado de Contratações apresenta caráter sigiloso e não será previamente divulgado aos interessados, o que vai de encontro com o princípio da publicidade, positivado na Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, princípio basilar da Administração Pública que preza pela transparência dos atos administrativos, de tal forma que os atos devem ser públicos, não secretos, isto é, divulgados para que a sociedade possa exercer o controle da atuação do Estado.

Através deste artigo, portanto, pretende-se mostrar, de forma clara e coerente, a suposta (in) constitucionalidade do orçamento sigiloso, frisando a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio e, em especial, com o princípio constitucional da publicidade aplicado à Administração Pública.

A problemática se faz presente, precisamente, no texto do artigo 6º da Lei n.º 12.462/11 onde se prever que “o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação” de modo que a publicidade do certame é totalmente desconsiderada para que se possa alcançar uma contratação mais “célere” e “eficaz”, vindo a contrariar o que rege a própria Constituição Federal de 1988.

Destarte, o cerne da questão versa sobre o sigilo orçamentário e a necessidade da publicidade no certame licitatório, por ser medida que deve sempre ser prestigiada, conforme ordenamento jurídico pátrio. De forma que pretende-se resolver as seguintes questões: Como procede o sigilo do orçamento estimado no RDC? Quais as justificativas para a existência do sigilo do orçamento? Qual a extensão do sigilo? O sigilo é constitucional? Qual o posicionamento do Tribunal de Contas da União?

Insta destacar, por fim, que o tema a ser desenvolvido foi escolhido durante leituras de artigos, revistas e jornais, bem como durante vários debates nas aulas ministradas de Direito Administrativo. O assunto se tornou ainda mais atraente posto que estamos no ano de 2014 vivenciado no Brasil a era “Copa do Mundo” e, juntamente com esse evento mundial, grandes mudanças no regime das licitações no nosso país. Por fim, chama-se atenção ver um tema tão atual, prático e de relevante interesse público causando tantas controvérsias.

2. A PUBLICIDADE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A Administração Pública atua com o fim de atender ao interesse dos seus administrados, obedecendo, assim, aos princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público³.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 87):

Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral

³ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, 2011, p. 67): “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”.

será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.⁴
(grifo nosso)

Ou seja, na sua atuação, a Administração deve sempre respeitar o interesse público e em razão disso, quando precisa contratar, com o fim de realizar obras e serviços, necessariamente irá exercer um procedimento seletivo prévio e instituído em lei chamado de licitação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 483), licitação é:

[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com ela travar determinada relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõe assumir.⁵ (grifo nosso)

No Brasil, a realização de licitação para a seleção de fornecedores e contratação por parte do Estado possui matriz constitucional. O art. 37, XXI, da Constituição Federal, define que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A licitação, como forma de escolher tanto pessoas físicas como jurídicas a serem contratadas pela Administração, constitui ferramenta hábil a executar os princípios constitucionais que regem o Direito Administrativo, sejam eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois concretiza a atividade dos entes públicos, impondo aos seus agentes a adoção de certas condutas que venham a proteger os interesses dos administrados.

Neste contexto, a Lei Geral de Licitações, n.º 8.666/93, para cumprir com a sua finalidade, procura criar instrumentos capazes de efetivar os referidos princípios constitucionais de tal forma que estabelece obrigações específicas para todas as

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 87.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 483.

modalidades licitatórias. Dessa forma, no que tange, especificamente, o princípio da publicidade, a Lei n.º 8.666/93 impõe a publicação de todos os atos e, conseqüentemente, a proibição do sigilo.

O princípio da publicidade define que todos os atos da administração serão públicos, ou seja, a administração atuará de maneira transparente, não secreta, e todo e qualquer interessado terá acesso aos seus atos, exercendo, assim, fiscalização na atuação do Estado. A vista disso, encontramos diversos dispositivos na Lei n.º 8.666/93 que traduzem a efetivação deste princípio.

O §3º do seu art. 3º, estatui que: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura”.

O artigo 6º, IX, f, determina que o projeto básico deverá conter “orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”.

Por sua vez, o artigo 7º, §2º, II, reza que “as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando [...] existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”, bem como o §8º do mesmo dispositivo estabelece que “qualquer cidadão poderá requerer à Administração Pública os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada”.

Nesse mesmo entendimento, o artigo 40, §2º, II, define: Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: “[...] – orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”.

O disposto no artigo 44º da Lei n.º 8.666/93 exige, da mesma forma, a divulgação do orçamento estimativo, juntamente com o edital da licitação. O dado dispositivo estabelece que “no julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.” O §1º do citado dispositivo veda expressamente “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”.

Dessa forma, na medida em que o §1º, do art. 44, da Lei n.º 8.666/93 veda a utilização de critérios de julgamento sigilosos ou secretos, confirmam-se as regras que obrigam a divulgação do orçamento estimativo pela Administração no regime da referida

Lei, sendo esse o entendimento consagrado pelo Tribunal de Contas da União ao proferir o Acórdão n.º 1.178/2008⁶.

Assim sendo, conclui-se que o regime da Lei n.º 8.666/93 está perfeitamente de acordo com a Constituição Federal, visto que, fazendo jus ao princípio da publicidade, é obrigatória a ampla divulgação do orçamento estimado para determinada contratação, qualquer que seja a modalidade de licitação ou a forma de contratação a ser realizada.

3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A escolha do nosso país para sediar os jogos da Copa do Mundo FIFA 2014 coagiu o Estado brasileiro a promover aperfeiçoamentos em sua infraestrutura em um prazo determinado, objetivando atender as necessidades do evento mundial.

Em razão do implacável esgotamento dos prazos de fixação da eficiência das contratações feitas pela administração e, em contra partida, a Lei Geral de Licitações trazer um procedimento mais lento e burocrático, durante a tramitação da Medida Provisória n.º 527/2011, que fomentava mudanças na organização administrativa do Poder Executivo, foi proposto Projeto de Lei de Conversão n.º 17/2011 que acrescentava no texto da referida MP um capítulo dedicado à criação do Regime Diferenciado de Contratações, com vistas a proporcionar infraestrutura legal que permitiria um processo de contratação mais ágil e adequado às tecnologias que surgiram após a edição da referida Lei Geral de Licitações.

Por fim, o projeto foi aprovado pelas duas casas legislativas e sancionado pelo Presidente da República, e, por fim, transformado na Lei n.º 12.462/11, regulamentada pelo Decreto 7.581.

Urge destacar que inicialmente a Lei n.º 12.462/11 não se propôs a modificar a

⁶[...] a simples publicação da estimativa de preços não traz nenhum prejuízo à licitação. Ao contrário, propicia a todos os interessados conhecer, antecipadamente, o limite máximo que a administração em tese, pretende pagar. Nesse sentido, afasta, de imediato, empresas que não possuem um estrutura de custo compatível com os preços estimados. Fixado o parâmetro, as licitantes apresentarão suas propostas não com base no preço estimado, mas nas suas reais condições de estrutura de custo e de acordo com a rentabilidade que pretendem obter. 15. Entendo, além disso, que a divulgação do preço antecipado só traz benefício, pois, poderá ser, de imediato, impugnado por inexecutável. Não descarto a possibilidade de se discutir a existência de sobrepreço antes mesmo da abertura da licitação. (TCU. Acórdão n.º 1.178/2008, Plenário. Processo 020.792/2007. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Sessão: 18.6.2008. DOU, 24 jun. 2008)

Lei Geral de Licitações. Segundo Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso (2013, p. 31):

[...] o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) constitui disciplina cuja aplicação foi inicialmente apresentada como opção excepcional e transitória para as licitações e para os contratos celebrados no âmbito da Administração Pública brasileira.⁷ (grifo nosso)

Assim, podia-se dizer que o RDC trazia uma nova modalidade de licitação e contratação, procedimental autônoma, que somente poderia ser adotada em determinados casos previstos na própria Lei n.º 12.462/11. Todavia, a questão da aplicabilidade do novo regime se mostra bastante divergente no ordenamento jurídico atual. Primeiramente, determinou a referida lei:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

- I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
- II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.
- IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) [\(Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012\)](#)
- V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. [\(Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012\)](#)
- VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

.....

.....

§ 3º Além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31

O mesmo diploma previu, ainda:

Art. 64. O Poder Executivo federal regulamentará o disposto no Capítulo I desta Lei.

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Contudo, em 24 de dezembro de 2013, foi apresentada a Medida Provisória n.º 630, que promoveu alterações nos artigos 1º, 4º e 9º da Lei n.º 12.462, de 2011. No que se refere ao art. 1º em comento, a Medida Provisória estendeu a aplicação do RDC a obras e serviços de engenharia destinados à construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

Nesse contexto, em comissão especial do Congresso para analisar o texto da MP n.º 630, a senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) decidiu incluir em seu relatório a ampliação do regime, com o intuito que não houvesse mais qualquer restrição para a sua aplicabilidade e, no dia 09 de abril de 2014, a referida MP que estende o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para todos os tipos de licitações e contratos – tanto de obras quanto de serviços – de União, estados, Distrito Federal e municípios, foi aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados, onde seguiu, e se encontra atualmente, para análise no plenário do Senado.

No mais, é sabido que a Lei n.º 12.462, de agosto de 2011, introduziu relevantes inovações para conformar o que denomina Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Nessa perspectiva, no seu âmbito de incidência, o RDC abarca as seleções e as contratações necessárias à obtenção do bem ou serviço exigido pela Administração Pública, de modo que o princípio da eficiência permeia todo o regime na medida em que ele direciona-se especialmente à viabilização de eventos cuja complexidade e grandeza se contrapõem ao exíguo tempo de que se dispõe para a sua preparação⁸.

Para Hely Lopes Meirelles:

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

[...] a eficiência é o dever que impõe a todo agente público realizar suas obrigações com presteza, perfeição e rendimento funcional. Exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁹ (grifo nosso)

Neste sentido, a eficiência se reproduz na busca pela prestação do serviço público de forma mais benéfica ao interesse público, pois se instaura um processo mais célere, razoável e de menor custo.

3.1. O sigilo do orçamento estimado no RDC

Como anteriormente citado, O RDC trouxe novas práticas objetivando possibilitar a construção de obras necessárias a realização dos eventos esportivos, entre tais merece destaque a do sigilo no orçamento estimado pela Administração Pública. Na redação final da Lei n.º 12.462, o art. 6º estabelece:

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.

Insta destacar que o Decreto n.º 7.581 refere-se à “adjudicação do objeto” o momento a partir do qual o orçamento será tornado público¹⁰.

Sem maiores delongas, importa notar que a disciplina convencionada pela Lei n.º 12.462 envolve a não divulgação do orçamento estimado pela Administração para o objeto licitado e a divulgação somente após o encerramento da licitação.

Vale salientar que os parágrafos 1º e 2º da Lei estabelecem duas únicas exceções à esta regra, relacionadas aos critérios de julgamento a serem utilizados nas licitações. O §1º define que “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

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989. p. 86.

¹⁰ Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

convocatório” e §2º, por sua vez, determina que “no caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório”.

Além dessas duas exceções, o Decreto n.º 7.581 inclui a hipótese de adoção do critério de julgamento por maior oferta, quando o preço mínimo de arrematação deverá ser igualmente divulgado pelo edital.

Entretanto, no que pese a regra geral, o §3º do art. 6º designou que “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**”.

Ou seja, nos termos do art. 6º da Lei n.º 12.462, o orçamento estimado para as contratações abarcadas pelo referido Regime Diferenciado de Contratações Públicas apresenta caráter sigiloso e não será previamente divulgado a sociedade, apenas será disponibilizado permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

3.2. Justificativas para a existência do sigilo do orçamento

Pode-se afirmar que o principal objetivo do novel regime é contribuir para o cumprimento dos prazos pactuados junto às entidades internacionais responsáveis pela organização dos eventos, de forma mais rápida, eficiente, e simplificada, assim, nota-se que há uma busca pela diminuição na duração da licitação.

Os defensores do “caráter sigiloso” do orçamento estimado alegam que a partir do momento em que há restrição de informações o procedimento licitatório “anda” mais rápido. Aduzem também, que quando não se divulga o orçamento aos concorrentes há aumento da competitividade, e, conseqüentemente, a licitação se torna mais benéfica para o ente que o promove.

Nesse desiderato, argumentam, ainda, que há incentivo à redução de preços, uma vez que são desclassificadas as propostas com valores superiores ao limite estabelecido pela Administração. Conforme indicado durante as discussões para a aprovação do texto da MP n.º 527 (e apreciação das emendas parlamentares) e confirmado pelas informações prestadas pelo Presidente da República no âmbito das ADI em trâmite no STF, objetivou-se com a referida regra “a proteção do erário, assegurando que as propostas dos licitantes correspondam a um valor pelo qual estejam dispostos a executar a obra, sem que os preços converjam artificialmente para patamares próximos ao orçamento anunciado, quando poderiam ser mais baixos”. Segundo alegado nas informações, “quando os licitantes

desconhecem o orçamento estimado, a tendência é que apresentem propostas mais atrativas para a Administração, atendendo ao princípio da eficiência e da economicidade”.¹¹

Enfim, a não divulgação se justifica pelo fato de gerar efeitos que contribui para a agilidade do procedimento, bem como para o incentivo a comportamentos competitivos pelos licitantes por meio da supressão de determinadas informações ao início da fase de disputa, conduzindo potencialmente à obtenção de propostas mais vantajosas.

3.3. A extensão do sigilo

Outro questionamento que pode ser levantado, relaciona-se com o dado momento em que o orçamento estimado poderá ser divulgado pela Administração Pública.

O art. 6º da Lei n.º 12.462 institui que ele “será tornado público **apenas e imediatamente após o encerramento da licitação**”. Importa destacar que, com base no que define o artigo 28 do mesmo dispositivo, o término da licitação se dá somente após o esgotamento dos recursos administrativos, ou seja, uma vez julgados os recursos interpostos, considera-se findada a licitação (momento antes da adjudicação do objeto e da homologação do resultado).

Outrossim, diferentemente do que diz a Lei, o art. 9º do Decreto n.º 7.581 definiu que o orçamento estimado “será tornado público **apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto**”.

No que pese as divergências descritas, entende André Guskow Cardoso (2013, p. 107):

[...] não há qualquer prejuízo em que a divulgação do orçamento estimado ocorra logo após o encerramento da disputa. Afinal, a finalidade da postergação da publicidade do orçamento é precisamente influir no comportamento dos licitantes no momento da formulação de suas propostas e lances (quando for o caso) e também no momento da negociação com o licitante melhor classificado, fomentando a competitividade.¹² (grifo nosso)

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 107.

Importa destacar, portanto, que, uma vez encerrada a disputa, não há motivo para se manter o sigilo do orçamento, visto que a finalidade para a qual a regra foi instituída já terá sido alcançada.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO DO ORÇAMENTO PREVISTO NA LEI Nº 12.462/11

O exame da compatibilidade da regra do sigilo do orçamento estimado estabelecido pelo art. 6º da Lei n.º 12.462 com a Constituição passa necessariamente por uma leitura do regime constitucional das licitações públicas e da própria atuação da Administração.

Em qualquer caso, sabe-se que a Constituição estabelece que o processo licitatório está sujeito à observância de diversos princípios, como já estudado anteriormente, dentre eles o princípio da publicidade.¹³

O cerne da questão versa sobre a característica sigilosa que é dada ao orçamento estimado pela Administração no referido regime, orçamente este que será disponibilizado apenas aos órgãos de controle externo e interno e será divulgado somente após o encerramento do procedimento licitatório, e o princípio constitucional da publicidade que de acordo com Adilson Dallari (apud Marçal Justen Filho, 2010, p. 76) é princípio que “visa a garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos de licitação”.

De início, cumpre ressaltar que a publicidade desempenha funções extremamente importantes, a de permitir o amplo acesso dos interessados ao certame, isto é, à universidade da participação no processo licitatório e a de orientar a faculdade a verificação da regularidade dos atos praticados.

A corrente que acredita na constitucionalidade do orçamento sigiloso alega não ferir o princípio da publicidade por não ser de natureza absoluta, por ser necessária a ponderação¹⁴ dos princípios consagrados pela Constituição Federal, bem como por existir limites à exigência de transparência.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

¹⁴ A cerca da ponderação entre os princípios afirma Marçal Justen Filho: A compatibilização entre os diversos princípios envolve uma técnica de proporcionalidade e de razoabilidade. Toda atividade administrativa está submetida ao princípio da proporcionalidade, o qual comporta uma dimensão ampla e

Dessa forma, entende Marçal Justen Filho (apud André Guskow Cardoso, 2013, p. 90):

“[...] a disciplina constitucional da publicidade dos atos administrativos não exclui o cabimento de que certas informações pertinentes a processos administrativos em curso sejam mantidas em sigilo, quando tal for determinado como necessário para o atingimento de certos fins, nos termos da lei”.¹⁵ (grifo nosso)

Entretanto, a proporcionalidade pode também ser interpretada de uma forma restrita, aplicável especialmente em razão do exercício do poder do Estado, como ensina Michael Kohl (apud Marçal Justen Filho, 2010, p. 63):

“[...] 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 ou 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 desproporcionadas ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade *stricto sensu*)”. (grifo do autor)

Não faz sentido que o princípio da publicidade, no caso em tela, seja amplamente ponderado, e sim restritamente, posto que ele é apropriado e necessário para que se atinja o objetivo buscado, bem como as suas restrições não são desproporcionais ao objeto buscado.

Quanto a isso, o art. 5º, XXXIII, instituiu a publicidade como verdadeira garantia fundamental, definindo que:

Todos tem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Dessa forma, a atuação do Estado deve se dar do modo mais transparente possível, deve haver ampla possibilidade de conhecimento de cada ação a ser adotada pelo Estado.

uma restrita. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. ed. 14. Dialética. São Paulo, 2010. p. 63).

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 90.

A publicidade do processo licitatório abarca tanto a divulgação do aviso de sua abertura, como o conhecimento do edital e os seus anexos, bem como o exame da documentação e das propostas pelos interessados, o fornecimento de certidões, pareceres e decisões correlacionados com a licitação, desde que solicitados em forma legal e por quem tenha legitimidade para pedi-los.

Excepcionalmente, será admitida a ausência de publicidade quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos, o inciso LX do art. 5º da Constituição Federal determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Nos termos da Lei 8.159/91 e pelo Decreto n.º 2.134/97, só se admite o sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso.

Assim, conclui a referida ADI 4645:

[...] de acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição que venha em sentido oposto. (grifo nosso)

A exigência de transparência na atuação estatal também deriva do princípio republicano¹⁶, igualmente consagrado pela Constituição Federal. A forma republicana do Estado pressupõe que o seu funcionamento seja acompanhado e fiscalizado por qualquer cidadão. É uma decorrência direta das noções de representatividade e responsabilidade dos agentes públicos, que exercem o *múnus público*, destinados a atenderem ao interesse de toda a coletividade.

Assim, a consagração de um Estado republicano também impõe que o seu funcionamento se dê da forma mais transparente possível. O cidadão deve ter condições permanentes de acompanhar, de forma ampla, a gestão estatal pelos governantes eleitos e outros agentes públicos.

¹⁶ A licitação envolve a prática de uma série ordenada de atos jurídicos (procedimento) que permita aos particulares interessados apresentarem-se perante a Administração, competindo entre si, em condições de igualdade. O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via de licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade, pagando o menor preço. Rigorosamente, trata-se de desdobramento do princípio mais básico e fundamental que orienta a atividade administrativa do Estado: o princípio da República. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. ed. 14. Dialética. São Paulo, 2010. p. 65).

Ressalta-se que não podem ser desconsiderados os riscos associados ao sigilo do orçamento estimado nas licitações submetidas ao regime da Lei n.º 12.462. O fato de apenas os órgãos de controle interno e externo terem acesso ao orçamento durante o procedimento representa um risco no que versa a possível desnaturação do sigilo e no fornecimento de informações a respeito do orçamento estimado pelo agente público a apenas um licitante que seria beneficiado com a informação não disponibilizada aos demais. Dessa forma, afirma André Guscow Cardoso (2013, p. 109):

Deve-se, contudo, adotar a máxima cautela com relação ao risco de desnaturação do sigilo, envolvendo o fornecimento de informações a respeito do orçamento estimado por agente público a apenas um determinado licitante que, com isso, seria beneficiado, com informação não disponibilizada aos demais. A despeito de tal risco não conduzir à invalidade da disciplina dada à publicidade do orçamento estimado pela Lei n.º 12.462, é necessário rigor absoluto na prevenção de sua ocorrência, bem como na apuração de situações que possam conduzir a esse resultado e na punição dos responsáveis.¹⁷ (grifo nosso)

Pode-se dizer ainda que a escolha pelo sigilo trás, inclusive, risco ao descumprimento dos princípios da moralidade e da impessoalidade, posto que abre margem para a corrupção e para a improbidade administrativa onde os agentes públicas estariam atuando em desconformidade com os princípios éticos que para Celso Antônio Bandeira de Melo (2008, p. 119) “violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação”¹⁸.

Outro risco corresponde à elaboração pela Administração Pública de estimativas dissociadas da realidade do mercado. A estimativa feita pode ser bastante reduzida, o que implicará no afastamento de todos os licitantes que tenham formulado propostas de preços compatíveis com o mercado. Podendo ser também mais elevada do que os valores do mercado, prejudicando o interesse na busca da proposta mais vantajosa. Nada impede, ainda, que haja, inclusive suposta manipulação da estimativa de custo, para “fundamentar” eventual acolhida de proposta.

Nesse sentido, afirma Marçal Justen Filho (2012, p. 640-641):

[...] a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 109.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

antes da Lei n.º 8.666. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo à cerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe. (grifo nosso)

Nesse mesmo contexto, coerentemente, Renato Monteiro de Rezende, em análise ao RDC, diz que a mudança proposta com o fim de coibir a corrupção acaba por incentivá-la. Em primeiro lugar, defende que esta prática facilita a corrupção dos servidores que tiverem acesso às informações sigilosas. Da mesma forma, os ofertantes podem se recusar a baixar os preços de suas propostas, mantendo-as acima do orçamento estimado, o que obriga a Administração a realizar novos processos licitatórios, nos termos do art. 24, III, da Lei n.º 12.462/11, até que o preço por ele oferecido se equipare ao constante no orçamento.¹⁹

De resto, uma vez encerrada a licitação, a publicidade do orçamento perdeu sentido como parâmetro de avaliação da adequação das propostas, já que é através da publicidade dos atos que a sociedade exerce o seu poder de fiscalização perante o Estado, sem falar do bloqueio no direito subjetivo dos licitantes de acompanhar a seleção do procedimento licitatório.

A informação sobre o orçamento de uma contratação pública não pode ter caráter sigiloso. Não faz sentido transformar o orçamento estimado em documento sigiloso, por revelar uma atitude retrógrada de autoritarismo estatal, incompatível com o princípio da publicidade, que a Constituição Federal impõe aos atos da Administração.

Isto é, não se pode haver licitação secreta, porque é da essência desse procedimento a divulgação de todos os seus atos, a possibilidade do conhecimento de todas as propostas abertas e de seu julgamento, pois somente assim os cidadãos poderá aferir a correção da ação administrativa.

Ademais, que motivo justifica subtrair da sociedade o pleno conhecimento de todos os dados, informações e atos de uma licitação?

É princípio basilar de um Estado democrático a plena difusão das atitudes internas perpetradas pela Administração. Não soa mais adequado, em nossa realidade, que os componentes do órgão estatal ajam indiscriminadamente sob o manto da obscuridade, sem maiores preocupações acerca do pleno conhecimento, por terceiros, das decisões

¹⁹ REZENDE, Renato Monteiro de. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei n.º 12.462, de 2011*. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, 2011.

administrativas, mormente quando atingem as esferas jurídicas destes.

Vale salientar ainda que a necessidade de divulgação da vontade administrativa fica mais manifesta quando se trata de atos que possuam especial foco de atenção pela sociedade, como se trata dos procedimentos licitatórios, ritos que, como visto, são passíveis de desvios e ofensas a valores morais.

Portanto, a publicidade no certame licitatório é medida que deve sempre ser prestigiada.

5. A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DA JURISPRUDÊNCIA

O Tribunal de Contas da União recentemente examinou a questão atinente à derrogação da publicidade prévia do orçamento estimado da Lei n.º 12.462, de agosto de 2011. Não houve questionamento relativo à validade ou constitucionalidade do diferimento da publicidade do orçamento.

As últimas decisões proferidas pelo TCU deram aplicação às regras previstas na Lei n.º 12.462, entretanto, não houve ressalva quanto à norma atinente ao sigilo do orçamento.

Inclusive, restou-se demonstrando recentemente nas licitações do tipo menor preço que a manutenção do sigilo do orçamento, durante a fase de negociação com o primeiro colocado, mostrou-se ineficiente. Em alguns casos, o órgão licitante e a empresa se prolongaram no desate da referida etapa, delimitando um embate em torno dos descontos, até que chegassem à um valor igual ou inferior ao orçado, “quase um jogo de quente e frio”, nas palavras do Ministro Valmir Campelo.

O assunto foi tratado no Acórdão 306/13²⁰, Plenário, do TCU. No âmbito da auditoria realizada em obras no Aeroporto Internacional de Salvador/BA, a equipe técnica do TCU, encarregada da instrução do processo, apontou suposta quebra de sigilo do orçamento na fase de negociação realizada após a definição da melhor proposta da fase de lances. Tal negociação ocorreu pois o menor lance foi significativamente maior que o valor orçado. Como o preço final negociado representou um desconto de apenas 0,023% comparado ao valor estimado pela Administração, poderia, portanto, apontar para quebra do sigilo do orçamento em benefício da empresa licitante e em prejuízo à obtenção de

²⁰ Acórdão 306/2013-Plenário, TC 039.089/2012-6, relator Ministro Valmir Campelo, 27.2.2013.

proposta mais vantajosa. O relator considerou não haver elementos materiais mínimos para corroborar a ocorrência da irregularidade. Considerou também que, não obstante o momento da publicação do orçamento estar previsto na Lei 12.462/2011 (imediatamente após o encerramento da licitação) e no Decreto 7.581/2011 (imediatamente após a adjudicação do objeto), “a questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória”, pois “existem situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação”.

Após apresentar situações hipotéticas para corroborar seu entendimento, concluiu: para se “fazer valer a real possibilidade de negociar, desde que em ato público e devidamente justificado, não vejo, em princípio, reprovabilidade em abrir o sigilo na fase de negociação”. O Tribunal, então, endossou o entendimento do relator quanto a essa questão.

Por fim, analisando o caso, o Ministro Valmir Campelo apreciou que:

[...] 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. (...) 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. (grifo nosso).

Assim, em consonância com o entendimento já consolidado no Acórdão 3011/12, o Ministro Relator decidiu que: o orçamento fechado previsto no §3º do art. 6º da Lei 12.462/11, não impositivo, cabendo ao gestor agir com discricionariedade, isto é, avaliar a conveniência e oportunidade de sua publicidade; e desde que por ato público devidamente motivado, não haja prejuízo em abrir o sigilo do orçamento na fase de negociação, levando em consideração os ideais de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade do certame.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licitação é um instrumento que tem como escopo moralizar as contratações dos entes pertencentes à Administração Pública direta e indireta. Possui natureza jurídica de procedimento administrativo, que deve obedecer a legislação e as normas pré-estabelecidas pela própria Administração na fase preparatória e na criação do ato convocatório. Objetiva, por fim, criar um ambiente competitivo entre os licitantes, de

modo a obter proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Tal procedimento deverá, como visto, obedecer princípios, que irão proporcionar a sua fiel compreensão, de forma a definir a proposta do sistema normativo que o estabelece. Sendo assim, de forma a efetivar tais princípios, a referida Lei n.º 8.666/93, estabeleceu um procedimento próprio, que terá formas diversas de acordo com objeto a ser contratado.

Diante da escolha do Brasil para sediar o referidos megaeventos esportivos mundiais, considerando as deficiências do país quanto à infraestrutura essencial e necessária para as realizações dos mesmos, bem como a demora das contratações pública com base na Lei Geral de Licitações, seria imprescindível que houvesse uma reforma ao modo como acontecem as contratações, com o fim de torna-las mais céleres e econômicas, adaptadas ao contexto histórico atual.

Dessa forma, o Poder Executivo Federal inseriu na MP n.º 527/2011 o novo regime de contratações. O RDC trouxe mudanças qualitativas, entre elas o orçamento estimado sigiloso. As licitações realizadas de acordo com o novel regime deverão obedecer aos mesmos princípios do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, havendo, ainda, o acréscimo da eficiência e da economicidade.

Estes princípios devem, inclusive, serem instrumentalizados através dos novos institutos que foram inseridos no RDC. Institutos estes que devem possibilitar a Administração prestar um serviço de qualidade, eficiente, dentro de um determinado prazo, permitindo a conclusão da construção de obras públicas que têm por fim realizar as melhorias na infraestrutura brasileira e a realização dos eventos esportivos.

Contudo, a opção por esse caminho mais célere e mais cômodo de instituir normas sobre licitações é conflituosa, pois gera muitas discussões acerca de sua constitucionalidade, relevância, urgência ou mesmo sobre a discricionariedade (oportunidade e conveniência). Nos termos do art. 6º da Lei n.º 12.462, o orçamento estimado para as contratações públicas abarcadas pelo RDC apresenta caráter sigiloso e, como regra geral, não será previamente divulgado aos interessados, sendo disponibilizado permanentemente apenas aos órgãos de controle externo e interno.

Muito se discute à cerca da constitucionalidade do instituto do sigilo do orçamento estimado, por entrar, diretamente, em conflito com o princípio da publicidade previsto da CF de 88. Sabe-se que os princípios constitucionais não são absolutos e deverão ser aplicados de forma ponderada, devendo ser atendida a regra da proporcionalidade, entretanto, pode-se concluir sobre essa discussão, que não há qualquer necessidade do

sigilo orçamentário, pois nada justifica retirar da sociedade o direito de ter acesso à dados e informações de seu relevante interesse, e o que seria uma ferramenta para efetivação da eficiência e da economicidade, acaba sendo um mecanismo de atraso e risco, que abre margem para a improbidade.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Decreto n.º 7.581/11, de 11 de outubro de 2011. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

Lei n.º 12.462/11, de 04 de agosto de 2011. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>

Medida Provisória n.º 527, de 18 de março de 2011. *Planalto*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Mpv/527.htm>

Medida Provisória n.º 630, de dezembro de 2013. *Planalto*. Disponível em <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/112289975/medida-provisoria-630-13>>

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. Atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. Atualizada por Eurico de Andrade e Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Projeto de Lei de Conversão n.º 17, de 2011. *Câmara dos Deputados*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100923>

TCU. Acórdão n.º 1.178/2008, Plenário. Processo 020.792/2007. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Sessão: 18.6.2008. DOU, 24 jun. 2008.