



## A verdade sobre o sigilo do orçamento para a Copa e as Olimpíadas

Um dos assuntos hoje mais abordados nas rodas de conversas (não necessariamente jurídicas) em nosso país é a tentativa de implantação de regime diferenciado de contratações (RDC) de obras e serviços relacionados à Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016.

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 RDC no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 521, de 2010, no qual não se logrou êxito e, por fim, intenta-se implementar essa novel metodologia de contratação por meio do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 527, de 2011.

A maior polêmica da sistemática, pelo menos nestes dias, é a proposta de se omitir temporariamente a publicidade do orçamento estimado da contratação, permitindo sua divulgação após o término do certame. Jornalistas, juristas, magistrados, órgãos jurídicos, congressistas, elevadas autoridades do Poder Executivo e até a Exma. Sra. presidenta da República teceram considerações sobre a medida, muitos questionando-a, outros defendendo-a com ardor.

Contudo, infere-se, pelo teor de algumas manifestações, que muitos críticos não conhecem efetivamente o teor do comando normativo ora em discussão no Poder Legislativo, mercê de comentários manifestamente dissonantes da literalidade e da amplitude do preceito. Olvida-se, também, que metodologias similares de postergação da publicidade de determinadas fases licitatórias já são aplicáveis à saciedade em certames ocorridos em nosso país e, o mais importante, gozam de prestígio por órgãos de controle, a exemplo do Tribunal de Contas da União.

Firmadas, portanto, tais considerações, o escopo da presente manifestação é explicitar, de forma clara, o desígnio e a amplitude da medida ora tão comentada e evidenciar ainda a sua compatibilidade com o Ordenamento Jurídico pátrio.

### **Teor da proposta normativa**

O artigo 6º do Projeto de Lei de Conversão à Medida Provisória 527, de 2011, dispõe o seguinte:

*Art. 6º O orçamento previamente estimado para a contratação será fornecido somente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.*

*§1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.*

*§2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.*



*§3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no **caput** deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estritamente a órgãos de controle interno.*

Eis a síntese de tal preceito:

(i) em regra, o instrumento convocatório, sem embargo da obrigatória divulgação do detalhamento dos quantitativos e demais especificações necessárias para a elaboração das propostas, não possuirá informação sobre o orçamento estimado da contratação, sendo que este dado será sigiloso, inclusive para os licitantes, só podendo ser conhecido após o término do certame licitatório;

(ii) contudo, os órgãos de controle interno e externo sempre terão acesso a tal informação;

(iii) excepcionalmente, essa informação constará em editais licitatórios cujo julgamento seja pelo maior desconto, bem como nos casos de julgamento por melhor técnica — em tais casos, não haveria o sigilo acerca do orçamento estimado.

Pela simples leitura do preceito, observa-se que, ao contrário do que se comenta atualmente<sup>[1]</sup>:

(i) o preceito, por si só, não implementará sigilo sobre o nome do licitante que eventualmente obtenha êxito na disputa que aplique a indigitada regra<sup>[2]</sup>;

(ii) inexistirá qualquer segredo acerca do valor da efetiva contratação e, por conseguinte, do montante do dispêndio público referente ao objeto contratual — afinal, como a licitação, por si só, não será sigilosa, obviamente será conhecida por todos a proposta considerada vencedora do certame, estando certo que, como o orçamento estimado será público após a fase da adjudicação, a sociedade poderá avaliar se o preço ofertado pelo licitante vencedor é ou não superior ao montante referencial estabelecido pela Administração;

(iii) não haverá qualquer óbice à fiscalização pelos órgãos de controle — inexistente condicionante na propositura legal, de sorte que estes sempre poderão ter conhecimento do orçamento estimado;

(iv) não possui qualquer pertinência com sigilo quanto ao conteúdo das propostas. Na verdade, ponderações sobre o sigilo do teor das ofertas existem expressamente na legislação brasileira desde 1986<sup>[3]</sup>. Inclusive, tutela ao sigilo de determinadas informações repassadas por licitantes é comando observado nas mais diversas legislações estrangeiras, a exemplo da normatização espanhola<sup>[4]</sup> e inglesa<sup>[5]</sup>;

(v) não tem qualquer pertinência com eventuais aditamentos sem limites em contratos.

Com efeito, a razão subjacente do comando é a de que, inexistindo conhecimento prévio, pelos licitantes, do valor referencial do objeto contratual, estes tenderiam a ofertar um preço menor, mais consentâneo com o praticado efetivamente no mercado.

Afinal, como é dispositivo expresso do Projeto de Lei de conversão (artigo 24, inciso III) que as



propostas as quais permaneçam acima do valor estimado da contratação, inclusive na hipótese ora avaliada, devam ser desclassificadas, um concorrente teria receio de que, mesmo ganhando a disputa, o objeto não lhe seja adjudicado.

Dessarte, a medida inibiria o licitante de tentar limitar seu preço ao estimado na pesquisa que deu ensejo ao valor estimado da contratação, possibilitando, desse modo, a propositura de ofertas mais vantajosas pelo concorrente.

### **Constitucionalidade da medida**

Pelo que se vê no histórico da legislação contratual pública brasileira, há uma tendência em se diminuir as cautelas de publicidade no itinerário procedimental. Isso, contudo, não conduz à ilação de que recentes medidas (mormente a tentativa legislativa avaliada nesta sede) sejam taxadas de inconstitucionais.

No tocante especificamente à divulgação do orçamento estimado da contratação, a Lei 8.666, de 1993, obriga que conste, como item da fase interna da licitação e sem maiores sigilos, *orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários* (artigo 7º, parágrafo 2º, inciso II), sendo que tal estimativa deve constar como anexo obrigatório do edital (artigo 40, parágrafo 2º, inciso II).

Já a posterior Lei do Pregão (Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, especificamente a combinação dos artigos 3º, inciso I, e 4º, inciso III) não estipula como obrigatória a publicação do orçamento-base como anexo do edital. Em face disso, o Tribunal de Contas da União orienta que essa publicação é facultativa, “ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal termo de referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los” (trecho do Acórdão nº 531/2007 – Plenário).

Percebe-se, pois, que o legislador promoveu um abrandamento da publicidade na modalidade licitatória do pregão, não obrigando que o orçamento estimado seja publicado junto com o instrumento convocatório. Esse empreender teve decerto fulcro no caráter desburocratizante daquela modalidade licitatória, a qual, vale a pena citar, é a forma de competição mais elogiada pelos órgãos administrativos e pelos próprios órgãos de controle.

De outra banda, como delineado outrora, o RDC intenta postergar a publicidade do orçamento estimado da contratação para o término do certame, tendo como embasamento o norte de tornar a disputa licitatória mais eficaz e vantajosa, consoante linhas de conveniência tratadas acima.

Pelo que se verá, tal atitude não configura ofensa ao princípio da publicidade.

Como bem delineado pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello nos autos do Mandado de Injunção 284:

*A exigência de publicidade dos atos que se formam no âmbito do aparelho do Estado traduz um princípio essencial, a que a nova ordem jurídico-constitucional não permaneceu*



*indiferente.*

*O novo estatuto político brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para as situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais.*

Com efeito, 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 administrativas, mormente quando atingem as esferas jurídicas destes.

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 cediço, são passíveis de desvios e ofensas a valores morais.

Desse modo, a publicidade no certame licitatório é medida que deve sempre ser prestigiada. Segundo o jurista argentino Roberto Dromi<sup>[6]</sup>, a publicidade na licitação possuiria basicamente dois escopos: (i) incrementar a participação de competidores, com consequências diretas na concorrência e na obtenção de proposta mais vantajosa; e (ii) ser um elemento de fiscalização e controle das atitudes administrativas.

Com efeito, o artigo 6º do Projeto de Lei de Conversão não tem o condão de limitar a plena participação de particulares em certames licitatórios, pelo simples fato de não ostentar qualquer cláusula restritiva de competitividade. Por sua vez, o âmago da norma é exatamente o de aprimorar a finalidade concorrencial da disputa, intentando aplicar uma sistemática que obtenha uma proposta pecuniária mais satisfatória à Administração.

Outrossim, a fiscalização do certame licitatório e, principalmente, das despesas derivadas da adjudicação do contratual, não fica prejudicada pelo procedimento em comento, visto que: (i) a informação sobre o valor do orçamento estimado sempre estará passível de avaliação por parte de órgãos de controle e; (ii) ao fim do itinerário licitatório, todas as informações então sigilosas serão divulgadas, inclusive para se saber se a oferta vencedora estará adequada em termos de economicidade e de vantagem ao Erário.

Vê-se, portanto, que a proposta de se omitir temporariamente a publicidade do orçamento estimado da contratação, divulgando-a após o término do certame, não desqualifica o núcleo essencial do princípio da publicidade, porquanto não desprestigia os motivos subjacentes à sua observância no rito licitatório, ao passo que pode tornar-se um elemento de fomento à eficiência administrativa (também princípio constitucional previsto no artigo 37, *caput*), configurando assim um verdadeiro exemplo de aplicabilidade do postulado hermenêutico da concordância prática.<sup>[7]</sup>

Por outro lado, vale trazer à baila, neste instante, a chamada *regra de confidencialidade*, prevista nas Diretrizes de Aquisição do Banco Mundial, metodologia similar a esta avaliada nesta sede.

O artigo 42, parágrafo 5º, da Lei Geral de Licitações permite que licitações nacionais que utilizem



recursos financeiros de organismos internacionais apliquem as normas procedimentais estabelecidas por tais entidades.

Assim, muitos certames ocorridos no Brasil seguem os ditames das Diretrizes de Contratações do Banco Mundial, sendo que, dentre várias peculiaridades deste regime de disputa, encontra-se a chamada *regra de confidencialidade* [8], que impõe o sigilo do procedimento licitatório desde a abertura das propostas até a adjudicação contratual.

O Tribunal de Contas da União sustentava a inconstitucionalidade da medida, até que, mediante recurso promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aquela Corte de Contas evoluiu no entendimento e sufragou a higidez desse sigilo temporário de informações. Convém transcrever trecho de manifestação exarada pelo corpo técnico do TCU, contida no relatório do Acórdão nº 1312/2009 – Plenário [9]:

(...)

*A "cláusula de confidencialidade" representa, na prática, uma condição essencial imposta pelo BIRD para a liberação dos recursos e está prevista no parágrafo 2.47 das Diretrizes para Aquisições no âmbito de empréstimos do BIRD e créditos da AID, nos termos seguintes:*

*"2.47 Após a abertura das propostas, qualquer informação relativa a exame, esclarecimento, e avaliação de propostas, bem como informação relativa a recomendações de outorga do contrato só serão fornecidas aos licitantes e a terceiros não envolvidos oficialmente nesse processo de avaliação das propostas, após a publicação da outorga do contrato" (grifamos).*

*Já o Apêndice 3 dessas Diretrizes para Aquisição, além de fornecer orientação a potenciais licitantes interessados em participar de licitações financiadas pelo BIRD, deixa assente o escopo da cláusula de confidencialidade prevista no parágrafo 10, cujo teor é o seguinte:*

*"10. Consoante prescrito no parágrafo 2.47 das Diretrizes, o processo de avaliação de propostas será confidencial até a publicação da outorga do contrato, de modo a evitar que os revisores do Mutuário e do Banco venham a sofrer qualquer interferência indevida. Informações adicionais do licitante, durante essa etapa, dirigidas ao Mutuário, ao Banco ou a ambos, deverão ser feitas por escrito".*

*Ocorre que, em uma primeira análise, a nomenclatura utilizada pelas Diretrizes (confidencialidade) deixa dúvidas quanto ao seu real alcance. Na ótica do BIRD, a referida cláusula tem por objetivo coibir a interferência dos demais licitantes e de agentes externos na análise das propostas apresentadas.*



*Dessa forma, a cláusula de confidencialidade apenas posterga a publicidade do processo de avaliação das propostas até um determinado momento que considera oportuno, qual seja, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor (outorga do contrato), mas, como observou a PGFN, não impede a publicidade após esse ato. (...)*

O TCU acabou asseverando o entendimento de que seria constitucional norma licitatória que qualificasse um determinado instante como momento idôneo para publicidade de específica fase da licitação, a fim de prestigiar um juízo de conveniência normativo que promovesse uma maior eficácia no escopo maior da licitação, que é o da obtenção da proposta mais vantajosa. O Corpo Técnico daquele Órgão de Controle, quiçá vaticinando o que poderia ocorrer no futuro, registrou ainda no mesmo Acórdão que:

*Aliás, a própria Lei nº 8.666/93 prevê momentos em que os envelopes encontram-se lacrados, apenas porque o legislador ordinário definiu não ser apropriado conferir publicidade àqueles documentos em certa etapa do procedimento licitatório. Dessa forma, a publicidade desses documentos é postergada e, somente após esse ato, é garantido o contraditório e a ampla defesa.*

*Essa regra de procedimento não é imutável. Basta o legislador ordinário definir ser outro o momento apropriado para conferir publicidade a um determinado assunto ou documento no processo licitatório para a respectiva norma ser alterada, sem violação da Constituição Federal. Esse mesmo raciocínio é aplicável à "cláusula de confidencialidade" do Banco Mundial. (grifou-se).*

Assim, conclui-se que a postergação da publicidade do orçamento estimado da contratação para depois do término do certame licitatório, prevista no artigo 6º do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória no 527, de 2011, é medida constitucional, encontrando ainda consonante com entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas da União sobre assunto similar.

[1] O autor fez uma pesquisa via internet acerca dos comentários exarados sobre o assunto. Não cita as fontes por questões éticas.

[2] Isso só poderia ocorrer, talvez, com base no art. 15 da proposta normativa, que infirma a publicidade de dado cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do estado. Tal preceito não possui qualquer correlação com a matéria objeto deste artigo, nem configura uma premissa para aplicabilidade do art. 6º do Projeto de Lei de Conversão e, por isso, não será avaliado nesta sede.

[3] Vide, por exemplo, o art. 3º do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, reiterado pelo art. 3º, §3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[4] Art. 124 da Ley 30, de 30 de octubre de 2007:

*Art. 124. Confidencialidad*



1. Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas.

**Tradução livre:** 1. Sem prejuízo das disposições da presente lei relativas à publicidade da adjudicação e à informação que deve se dar aos candidatos e aos licitantes, os órgãos contratantes não podem divulgar informação facilitada pelos empresários que estes tenham designado como confidencial; este caráter afeta, em particular, os segredos técnicos ou comerciais e os aspectos confidenciais das ofertas.

[5] Item 43 do *The Public Contracts Regulations 2006*:

**43 (1)** Subject to the provisions of these Regulations, a contracting authority shall not disclose information forwarded to it by an economic operator which the economic operator has reasonably designated as confidential.

**Tradução livre:** 43 (1) Sem prejuízo do disposto nos presentes regulamentos, a autoridade contratante não deve divulgar informações que lhe foi transmitida por operador econômico que tenha razoavelmente designado como confidenciais.

[6] Dromi, Roberto. **Licitación Pública**. 4ª Edição. Buenos Aires: Hispania Libros, 2010, p. 104. Eis o texto no original:

*“8.3. **Publicidad.** La publicidad, como principio general de procedimiento administrativo, se manifiesta en un doble sentido en la licitación pública, procedimiento administrativo especial. Desde el llamado a licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia. Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorio son abiertos al público en general, y a los licitadores en particular, v.gr. apertura de las ofertas. Ello permite un control procedimental de la actividad económico-financiera de la Administración: por la sociedad, por los oferentes y por los órganos de control aun los de la propia Administración (...)”*

**Tradução livre:** "8.3. Publicidade. Publicidade, como princípio geral do procedimento administrativo, se manifesta de duas maneiras na licitação pública, processo administrativo especial. A partir da solicitação, a publicidade significa a possibilidade de que o maior número de interessados tomem conhecimento do pedido de ofertas de Administração, expandindo sua concorrência e competitividade. Durante o processo, o anúncio implica que a licitação deve ser realizada de forma pública. Neste sentido, grande parte dos atos e fatos do processo de licitação está aberta ao público em geral e em particular aos licitantes, como, por exemplo, a abertura das propostas. Isto permite o controle do procedimento da atividade econômico-financeira da Administração: pela sociedade, pelos licitantes e pelos órgãos de controle ainda que da própria administração (...)"



[7] A Concordância Prática (*praktische Konkordanz*) objetiva a harmonização dos princípios constitucionais em choque no caso concreto, a fim de que, na interpretação a ser empreendida pelo jurista, o alcance normativo dos referidos princípios não sejam totalmente afastados. Como sintetiza J.J. Gomes Canotilho, *a especificidade própria de cada princípio não exige o sacrifício unilateral de cada princípio em relação aos outros, antes aponta para uma tarefa de harmonização, de forma a obter-se a máxima efetividade de todos eles* (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1187).

[8] Eis o item 2.47 – *Guidelines*

#### Confidentiality

2.47 After the public opening of bids, information relating to the examination, clarification, and evaluation of bids and recommendations concerning awards shall not be disclosed to bidders or other persons not officially concerned with this process until the publication of contract award.

**Tradução livre:** Confidencialidade 2.47 Após a abertura pública das propostas, qualquer informação relativa ao exame, esclarecimento e avaliação de propostas, bem como as recomendações de outorga, não deverão ser fornecidas aos licitantes ou a terceiros, não envolvidos oficialmente com esse processo, até a publicação da outorga do contrato.

[9] Interessante que naquela sede também foi discutida e determinada a publicação, como anexo do edital, do orçamento-base em certames licitatórios que seguissem as diretrizes do Banco Mundial. A discussão naquela seara deu-se basicamente com base na suposta omissão desta matéria nas *Guidelines*. De qualquer modo, o entendimento sufragado naquela *decisum* neste ponto foi reformulado (vide Acórdãos TCU Plenários 1718/2009 e 3239/2010).

#### Date Created

22/06/2011