



Universidade de Brasília

GABRIEL MIRANDA RIBEIRO

10/0011357

**A MITIGAÇÃO DA PUBLICIDADE EM LICITAÇÕES COMO MEIO DE
COMBATE A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS:**

Reflexões a partir de acórdãos do TCU sobre o orçamento sigiloso

Brasília/DF

2015

GABRIEL MIRANDA RIBEIRO

**PUBLICIDADE E CONCORRÊNCIA EM LICITAÇÕES:
Reflexões a partir de acórdãos do TCU sobre o orçamento sigiloso**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília –
UnB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão

Brasília, 01 de julho de 2015.

GABRIEL MIRANDA RIBEIRO

**PUBLICIDADE E CONCORRÊNCIA EM LICITAÇÕES:
Reflexões a partir de acórdãos do TCU sobre o orçamento sigiloso**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão.

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão
(Orientadora – Presidente)

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
(Membro)

Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
(Membro)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Eusébio e Gecíola, pelo exemplo e apoio em todos os momentos da minha graduação. Também aos meus irmãos, Daniel, Leonardo e Andréa, meus grandes e eternos companheiros.

À minha madrinha, Cristina, e meu padrinho, Hélio, meus maiores entusiastas.

À minha orientadora, Prof.^a Ana Frazão, com quem dei os meus primeiros passos na pesquisa e que me auxiliou de forma paciente e solícita na elaboração desse trabalho.

Aos meus amigos de longa data e aos que fiz nestes anos de UnB e de UC3M, que certamente fizeram essa jornada ainda mais agradável.

Em especial ao meu amigo Charlie e às minhas amigas Larissa, Luiza, Alana e Ana Paula, pela ajuda com livros e conselhos na elaboração da pesquisa.

À minha namorada, Marina, com quem tive o privilégio de passar grande parte da minha graduação, e que contribuiu ao resultado do trabalho não só com palavras amorosas e de apoio, mas concretamente me auxiliou nos mais diversos desafios que enfrentei.

Estendo os cumprimentos também à sua família, que me agraciou com momentos de extrema felicidade e conversas desafiadoras e construtivas em todos esses anos.

“A minha idéia, depois de tantas cabriolas, constituíra-se idéia fixa. Deus te livre, leitor, de uma idéia fixa; antes um argueiro, antes uma trave no olho. Vê o Cavour; foi a idéia fixa da unidade italiana que o matou. Verdade é que Bismarck não morreu; mas cumpre advertir que a natureza é uma grande caprichosa e a história uma eterna loureira.”

Memórias Póstumas de Brás Cubas
Machado de Assis

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de mitigação da ampla publicidade do regime de licitação como meio de combater atos e práticas anticompetitivas e de gerar um ambiente mais propício à obtenção da melhor oferta à Administração Pública. A pesquisa estudou o princípio da publicidade tanto em sua dimensão constitucional quanto em sua importância ao regime de licitações, destacando os possíveis efeitos gerados pela ampla divulgação de informações no ambiente competitivo. Com base em tais problemáticas, foram analisados diversos Acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre o caso específico do sigilo do orçamento, demonstrando como as questões constitucionais, legais e econômicas foram discutidas.

Palavras-chave: licitação, RDC, princípio da publicidade, princípio da competitividade, orçamento sigiloso.

ABSTRACT

This paper analyzes the mitigation of public procurement's transparency as a tool to undermine anti competitive practices and to develop a pro-competitive environment. The analysis studies the principle of publicity on its constitutional dimension and on its importance to public procurement, highlighting the impacts of government's transparency on the competitive environment. Based on that perspective, the paper assesses some judgments of TCU – the Federal Court of Accounts – about secret reserve price and shows how the Court discussed the constitutional, legal and economic issues.

Key-words: public procurement, RDC, principle of publicity, principle of competitive, secret reserve price.

SÚMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| CAPÍTULO I: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM LICITAÇÕES | 11 |
| 1.1 A publicidade como exigência democrática..... | 11 |
| 1.2 O princípio da publicidade na legislação brasileira e a possibilidade de sigilo | 15 |
| 1.3 A publicidade no regime de licitações | 19 |
| 1.3.1 Análise geral..... | 19 |
| 1.3.2 Os fins da licitação | 20 |
| 1.3.3 As funções da publicidade nos certames públicos | 22 |
| CAPÍTULO II: A COMPETITIVIDADE E A PUBLICIDADE | 26 |
| 2.1 A licitação como um procedimento competitivo | 26 |
| 2.2 A crítica ao conceito de competitividade no regime de licitações | 28 |
| 2.3. Os efeitos da publicidade no ambiente competitivo..... | 30 |
| 2.3.1. Aspectos gerais..... | 30 |
| 2.3.2 A importância da publicidade para a competitividade. | 33 |
| 2.3.3 O contraponto ao excesso de publicidade. | 36 |
| 2.4 O sigilo como saída? | 40 |
| CAPÍTULO III: A ANÁLISE DO TCU EM CASOS DE ORÇAMENTO SIGILOSO | 42 |
| 3.1 A mudança realizada pela lei do Regime Diferenciado de Contratação | 42 |
| 3.2 A decisão de adotá-lo | 46 |
| 3.2.1 Os argumentos utilizados no âmbito político | 46 |
| 3.2.2 A problemática das justificativas | 47 |
| 3.2.3 Os possíveis argumentos favoráveis..... | 48 |
| 3.3 Questões preliminares à análise dos acórdãos..... | 50 |
| 3.4 Análises dos casos | 54 |
| 3.4.1 O caso das licitações financiadas pelo Banco Mundial (010.095/2008-3)..... | 54 |
| 3.4.2 Caso do Pregão (020.792/2007-5)..... | 61 |
| 3.4.3 Caso da Petrobras (017.810/2006-5) | 65 |
| 3.4.4 O contexto pós-RDC e as análises específicas sobre o regime (017.603/2012-9 e 004.877/2014-4) | 67 |
| 3.5 O que os Acórdãos do TCU revelam sobre o sigilo no orçamento? | 72 |
| CONCLUSÃO..... | 76 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 79 |

INTRODUÇÃO

Nas primeiras semanas de aprovação do Regime Diferenciado de Contratação, o portal *G1* publicava: “Procurador-geral diz que é 'absurdo' sigilo sobre orçamentos da Copa”¹. No *Gazeta Online*, Gil Castello Branco, fundador da ONG Contas Abertas, declarava: “O modelo favorece o tráfico de influência e abre perspectiva de corrupção se o preço diferenciado vazar.”². Diversas entidades da sociedade civil manifestavam-se: “não há razão para reduzir a transparência e instituir o sigilo injustificável na gestão pública, cujo resultado não será outro senão o estabelecimento de um campo fértil para práticas de corrupção.”³

Por outro lado, a cartilha de Combate a Cartéis do Ministério da Justiça de 2008 aponta:

Licitações devem observar requisitos de publicidade, os quais podem facilitar a estruturação e o funcionamento de um cartel: a publicidade da identidade dos licitantes, do teor de suas propostas e do vencedor do certame pode criar condições propícias para que licitantes definam estratégia comum, monitorem o cumprimento de tal estratégia e identifiquem antecipadamente a entrada de novo competidor que possa desestabilizar o cartel (de forma a cooptá-lo ou ameaçá-lo)⁴

Afinal, qual deve ser a postura do Estado? Como compatibilizar a ampla transparência do regime e o combate a tais práticas? Quais os limites de um modelo que, em alguns casos, pode facilitar condutas tão graves?

A partir de tais reflexões, o presente trabalho busca analisar a possibilidade e os riscos da mitigação da publicidade como meio de combate a cartéis e a outras práticas anticompetitivas. A pesquisa tem como objetivo, em um primeiro momento, delinear as questões fundamentais sobre o tema para, depois, estudar como tais discussões foram encaminhadas pelo Tribunal de Contas da União em análises sobre o sigilo do orçamento. Busca-se, a partir disso, levantar reflexões sobre o tema geral.

¹ SANTOS, Débora. Procurador-geral diz que é ‘absurdo’ sigilo sobre orçamentos da Copa. **G1**, Brasília, 16 de jun. de 2011. Disponível em < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/procurador-diz-que-e-absurdo-sigilo-sobre-orcamentos-da-copa.html>>. Acesso em: 16 de junho de 2015.

² BRANCO, Gil Castello. **Obras da Copa, Sigilo pra quê?**. [S.l.]: Gazeta Online, 18 de julho de 2011. Depoimento concedido a A Gazeta. Disponível em <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/07/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/906752-obras-da-copa-sigilo-pra-que.html>; Acesso em: 16 de jun. de 2015;

³ INSTITUTO ETHOS et al. Posicionamento sobre regime diferenciado de contratação. Recuperado em 16 de junho de 2015. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-728POSICIONAMENTO%20RDC_2062011%5B1%5D.pdf>

⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Cartilha de combate a cartéis em licitação: Guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação**. Publicação Oficial: Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito, 2008 Disponível em < http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf > Acesso em 16 de junho de 2015;

O caso específico foi escolhido diante das diversas controvérsias sobre a questão no ambiente político e nos círculos sociais. Tendo em vista as várias formas em que o caso poderia ser analisado, escolheu-se a ótica do TCU diante da constatação de que o tribunal há anos trabalha com o tema e tem importantes precedentes sobre o sigilo do orçamento em suas outras ocorrências na prática do Estado. Assim, não se analisará apenas os precedentes de licitações sob o regime do RDC, como também outros que o admitam, ainda que de forma distinta.

Nesse sentido, o Primeiro Capítulo analisará os fundamentos e finalidades da publicidade no regime de licitações, destacando sua importância para a Democracia e para os certames públicos. O Segundo Capítulo discutirá a relação entre tal princípio e a competitividade, buscando, ao final, delinear os possíveis efeitos da ampla divulgação de informações do Estado. O Terceiro Capítulo analisará como todas as questões delineadas pelos capítulos anteriores foram tratadas pelo TCU no caso do sigilo do orçamento. Nesta parte, será exposto o modelo do RDC, seus fundamentos políticos e justificativas econômicas e, posteriormente, o estudo sobre as decisões do TCU. Por fim, a partir de todo exposto, serão levantadas reflexões sobre o tema.

CAPÍTULO I: O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM LICITAÇÕES

1.1 A publicidade como exigência democrática

A necessidade de publicidade dos atos estatais, antes de uma exigência legal, decorre do próprio regime democrático, que se encontra exposto na Constituição de 1988 como um dos valores fundantes da República Federativa do Brasil⁵.

Segundo Norberto Bobbio, a democracia tem em sua essência a ideia de ser um "poder visível", ou ainda nas palavras do autor, um "governo do poder público em público", em que o primeiro adjetivo refere-se à noção de um poder exercido em nome da coletividade; e o segundo à ideia de publicidade⁶.

Bobbio, no entanto, afirma que tal ideal é primeiramente visto no modelo de democracia direta, representada na forma da ágora grega, em que os cidadãos reuniam-se em praça pública para tomar as principais decisões políticas. Tal visão, no entanto, foi ressignificada nos modelos representativos, que continuaram a afirmar a necessidade de dar publicidade ao poder⁷.

Enquanto no modelo grego a publicidade estaria relacionada à participação do cidadão nas decisões do Estado; no representativo ela decorre da própria literalidade do instituto, que expressa diretamente a ideia de "fazer presente, de tornar visível o que de outra maneira restaria oculto"⁸. A representação exige a publicidade dos atos estatais, pois o povo, ao expressar sua soberania por meio de determinados indivíduos, deve ter conhecimento das decisões por eles tomadas.⁹

A relação entre publicidade e democracia, no entanto, é revelada em sua totalidade ao ser interpretada enquanto elemento de um princípio maior, a transparência. Não por outro

⁵O ideal democrático encontra-se exposto no Art. 1º da CF: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:"

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 11ª edição, São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 98.

⁷Ibid, p. 98-100

⁸Ibid ,p. 100

⁹A questão da publicidade, no ponto, também se relaciona à ideia de República, conforme expresso no voto do Ministro Ayres Brito na análise da Suspensão de Segurança nº 3.902/SP: "De um lado, faz-se presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (caput do art. 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da 'coisa pública' (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência."(STF, SS 3902, Relator Min. Ayres Britto, DJe de 30/09/2011)

motivo, diversos autores diferenciam tais conceitos, ainda que, ao final, tratem o tema de forma conjunta e orquestrada, sempre em referência à legitimação democrática do regime.¹⁰

Em interessante análise do princípio da transparência, Luís Felipe Colaço Antunes afirma que o termo surgiu em momento de crise do antigo modelo administrativo, que via no sigilo a possibilidade de realização da atividade estatal sem a interferência das pressões populares.¹¹ A distância entre a população e o poder, no entanto, acabou por gerar uma lacuna de legitimidade do regime, cujo segredo e rigidez comprometiam a eficiência e a moralidade das decisões do Estado.¹²

A este modelo – destituído de caráter democrático –, contrapôs-se um regime que possibilitaria ressignificar a relação entre Estado e sociedade por meio da transparência, creditando sua legitimidade à efetiva participação dos cidadãos.¹³ A transparência, no entanto, antes de se traduzir em um conceito preciso, revela um ideal, um parâmetro, que expressa uma nova forma de conduzir os negócios do Estado¹⁴.

Segundo Colaço Antunes, ela possui uma carga simbólica, que, comparando os dois modelos de gestão estatal, expressa a saída de um ambiente de mistério, do desconhecido, para um em que impera a explicação, a possibilidade de vigilância.¹⁵ É, nas palavras do autor, “o apaziguamento da angústia provocada pelo contacto com o que é desconhecido, inacessível, impenetrável”.¹⁶

A ideia de transparência seria, nesse contexto, um desejo de explicação, de revelação, que contém em si a própria busca de legitimidade democrática do Estado. Essa dimensão simbólica, no entanto, poderia influenciar e mudar a própria realidade, como “um motor da modernização administrativa”, capaz de reorganizar toda a estrutura estatal em busca de conferir legitimidade às decisões do governo.¹⁷

Wallace Paiva Martins Júnior, em igual sentido, explica que, diante da crise do regime anterior, a transparência figurava-se como possibilidade de garantir maior ativismo à

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: DE MORAES, Alexandre(Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 202; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Pulo: Saraiva, 2004, p. 16-26;

¹¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Mito e realidade da transparência administrativa. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró**, n. nesp., vol. 2, 1993, p. 6-8

¹² MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 20-23

¹³ ANTUNES, op. cit., p. 7

¹⁴ Ibid., p. 2-3

¹⁵ Ibid., p. 4-5

¹⁶ Ibid., p. 5

¹⁷ Ibid., p. 5-7

população, que não queria mais ser mera espectadora, mas sujeito ativo na administração do Estado.¹⁸ Assim, a busca por esse ideal revelou a insuficiência de uma democracia meramente formal, sendo imperativa a realização de mudanças sensíveis na estrutura de gestão:

Num modelo de Estado em que a intervenção estatal é crescente, a opacidade administrativa compromete a eficiência e a moralidade de suas decisões. O crescimento da atuação estatal recebeu, em contrapartida, maior demanda social de transparência para que, além dos níveis formais de representação e controle do poder, a população pudesse conhecer a atividade administrativa e seu processo, as razões por esta ou por aquela opção e, a final, partilhasse o processo decisório para diminuição do espaço entre a Administração Pública e os administrados, aumentando proporcionalmente o nível de efetiva satisfação do interesse dos últimos¹⁹

É nesse contexto que se passa a defender a possibilidade de consultas e audiências públicas, em que os cidadãos – informados das decisões do Estado por meio da publicidade – poderiam diretamente participar do processo decisório.²⁰ Além disso, a simples publicidade igualmente não se revelava suficiente, sendo necessária a exposição dos motivos e razões das decisões estatais.²¹ A transparência, em tal parâmetro, representaria um objetivo maior a ser realizado por meio da publicidade, da motivação e de mecanismos de participação popular.²²

O autor explica que a interpretação conjunta de tais princípios, sob o enfoque da transparência, formaria um “circulo virtuoso”: a publicidade permitiria o acesso e o conhecimento da população de todos os fatos concernentes aos negócios públicos; a motivação, as razões das decisões dos governantes e servidores; a participação, meios de controle, consulta e deliberação, que canalizariam a movimentação gerada pela divulgação dos atos do Estado.²³

Colaço Antunes, de igual maneira, afirma que a transparência poderia ser entendida a partir da comunhão de diversos instrumentos:

“a transparência da actividade administrativa surge como resultado, para o qual concorrem diversos instrumentos: da possibilidade do destinatário ou de outros sujeitos acompanharem a execução do acto e de participarem do procedimento, às modalidades de desenvolvimento da colegialidade dos órgãos, à cognoscibilidade dos actos através da configuração de um direito de acesso às várias formas de publicidade; assume ainda importância a motivação do acto administrativo, como instrumento para conhecer os objectos e as razões da actuação dos sujeitos públicos, com o escopo de melhor tutelar os interessados e o controlo pelos cidadãos da actividade administrativa”²⁴

¹⁸ MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 20

¹⁹ Ibid., p. 20

²⁰ Ibid. p. 20

²¹ Ibid., p. 24

²² Ibid., p. 22

²³ Ibid., p. 22

²⁴ ANTUNES, 1993, p.2

A publicidade, nesse contexto, somente representaria um dos elementos essenciais à transparência – e, portanto, à legitimidade democrática. Segundo Martins Júnior, ela, apesar de ser considerada um primeiro estágio da transparência, deve ser tratada como um mecanismo que, em conjunto com a motivação e com o estabelecimento de meios de participação popular, possibilitaria uma real aproximação entre Estado e Sociedade.²⁵

Ademais, a publicidade, conforme expõe Bobbio, é de extrema relevância para a formação da opinião pública.²⁶ O autor pontua que a reação da sociedade aos atos do Estado já era destacada por Kant como um critério para definir a legitimidade ou não destes: os atos do soberano passíveis de serem publicados à sociedade seriam justos; os que não poderiam, dado os seus efeitos na esfera pública, não seriam legítimos.²⁷

A publicidade, portanto, é fundamental à movimentação crítica da sociedade em relação aos atos estatais, podendo manifestar-se a favor ou não de uma referida decisão, ou até mesmo engajar-se diretamente com a causa, por meio dos espaços criados pelo Estado. O reflexo na esfera pública, nesse sentido, representa tanto uma forma de controle da atuação dos próprios servidores do Estado e dos políticos, que agora poderiam ter suas decisões analisadas por toda a população, quanto um instrumento para o protagonismo dos particulares na condução dos negócios estatais.

Não por outro motivo, Wallace Paiva Martins Júnior, ainda que durante a explicação do princípio da transparência, relaciona a maior divulgação dos atos do Estado com a possibilidade de fiscalização, inibindo condutas imorais e corruptas dos servidores; e também com a própria participação popular na gestão governamental, que seria essencial à satisfação do interesse público.²⁸

Nesse sentido, é importante perceber que a ideia de publicidade do poder, como um dos elementos da transparência, está intimamente ligada à legitimação da democracia, que não apenas exige um regime de representação, como também preza pelo debate público e pela articulação da sociedade civil. Nos dois casos, a publicidade possui um claro caráter instrumental, operativo, que permite mecanismos de controle popular da administração pública e o engajamento social direto.

Para cumprir tal função, no entanto, necessário se faz não somente o acesso e divulgação dos atos do Estado, mas também que a decisão contenha os motivos e razões

²⁵MARTINS JÚNIOR, op. cit., p. 19

²⁶BOBBIO, 2009, p. 102

²⁷Ibid., p. 102-104

²⁸MARTINS JÚNIOR, 2004, p. 29-32

utilizados como seu fundamento, bem como que a Administração Pública preveja mecanismos de controle e participação popular.

1.2 O princípio da publicidade na legislação brasileira e a possibilidade de sigilo

Em decorrência do próprio regime democrático brasileiro, o princípio da publicidade encontra-se expresso na Constituição de 1988, conforme seu Art. 5º, XXXIII e Art. 37 *caput* e §3º, inciso II:

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;

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:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

Após anos de ditadura militar, cuja doutrina converteu o sigilo em “práxis governamental institucionalizada”, os preceitos citados representam efetiva mudança no panorama constitucional brasileiro, conforme atesta o Ministro Celso de Mello no julgamento do Mandado de Injunção nº 284/DF:

O novo estatuto político – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o, com expressa ressalva para situações de interesse público, entre os direitos e garantias fundamentais²⁹

Tal voto demonstra como a publicidade é encarada constitucionalmente não apenas como um valor a ser respeitado pela Administração Pública, mas como verdadeira liberdade fundamental, concretizada pelo direito de acesso à informação. A este, somente algumas situação excepcionais podem se opor, configurando-se como a regra no sistema constitucional brasileiro.

O sigilo, assim, somente é possível quando existem restrições constitucionais ao dever de publicidade, sendo vedada à lei a criação de novas hipóteses.³⁰ Atualmente elas estão

²⁹STF, MI 284, Relator Min. Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Min. Celso de Mello, DJ de 26/06/1992

³⁰DI PIETRO, 2009, p. 204

previstas nos incisos X e XXXIII do Art. 5º, notadamente as hipóteses em que a divulgação pode implicar em violações à vida privada ou em riscos à segurança da sociedade e do Estado³¹.

De fato, a possibilidade de restrição ao direito de informação deve ser tratada com seriedade no atual sistema constitucional, especialmente quando se analisa os impactos negativos à própria Democracia e a outros direitos constitucionalmente protegidos. É sintomática, no ponto, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que interpretou a negativa de acesso a dados estatais como uma violação à liberdade de pensamento e expressão.³²

A conexão dela com os direitos individuais é patente, tornando-se ainda mais relevante quando igualmente exige não apenas o acesso puro e simples aos atos do Estado, mas os próprios motivos das decisões de governantes e servidores. Não sem razão, Rafael Carvalho Rezende Oliveira defende que o princípio da motivação decorre do princípio da publicidade, funcionando como meio de combate a decisões arbitrárias e de mecanismos fundamental ao controle judicial³³. Assim, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição, o princípio encontra-se consagrado na legislação nacional na Lei 9.784/99, Artigo 50³⁴.

De igual maneira, a questão também se revela fundamental à proteção dos interesses da própria coletividade. Ademais, como bem destaca Norberto Bobbio, “ como poderia [o governo] ser controlado se estivesse escondido?”.³⁵ O princípio, neste caminhar, revela-se importante à operacionalidade de diversos institutos jurídicos que buscam promover o engajamento social, como é o caso do direito de petição³⁶, da ação popular³⁷ e do mandado de segurança coletivo³⁸; institutos estes que visam à tutela de interesses coletivos e difusos.

³¹ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³² Tal entendimento foi acolhido no caso “Marcel Claude Reyes e outros v. Chile”, que assim asseverou sobre o tema: “En este sentido, la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende 'no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informacione e ideas de toda la índole’”(Corte IDH. Caso Marcel Claude e outros v. Chile. Sentença de 19 de setembro de 2006)

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 105-106

³⁴ A previsão do princípio da motivação encontra-se no Art. 50 da Lei 9.784/99: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:”

³⁵ BOBBIO, 2009, p. 100-101

³⁶ O direito de petição encontra-se consagrado na Constituição de 1988 em seu art. 5º, XXXIV, “a”: Art. 5º XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

³⁷ Assim prevê a CF sobre a Ação Popular: “Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à

Não por outro motivo, fala-se atualmente na necessidade não apenas de permitir o livre acesso aos documentos do Estado, mas também a publicação, como meio de dar conhecimento amplo e geral. É nesse contexto que surge, por exemplo, a obrigação dos entes federativos em manterem sítios na internet com informações disponíveis à população.³⁹ Segundo o Juliano Heinen, em algumas hipóteses, o princípio da publicidade implicaria em definir uma forma de tornar aquela informação pública, definindo o modo como a Administração deve realizá-la.⁴⁰ No caso, a desobediência à lei poderia, segundo o autor, configurar uma mácula ao princípio da publicidade.⁴¹

A publicidade, portanto, é extremamente relevante para a operacionalidade de diversos instrumentos previstos na Constituição, que buscam a tutela de inúmeros direitos coletivos e difusos. Vale lembrar que a própria CF estabeleceu meios de proteção ao direito de informação, alguns a ele diretamente relacionado - como o Habeas Data⁴² e o Direito de Certidão⁴³ - e outros que igualmente o abarcam, como é o caso do Mandado de Segurança.

Na legislação esparsa, a Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 -, que disciplinou regras procedimentais à divulgação de atos e dados do Estado, afirmou que “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direito fundamentais”(Art. 20)

No entanto, os artigos constitucionais citados e a própria Lei de Acesso à Informação igualmente permitem o contrário: o sigilo. Tal previsão, vale dizer, não deve ser interpretada como uma ofensa ao regime democrático, que não pode converter-se na recusa a todo e qualquer tipo de segredo.⁴⁴ Segundo Colaço Antunes, o sigilo, assim como a publicidade,

moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

³⁸ A Constituição prevê o Mandado de Segurança coletivo no Art. 5º, LXIX.

³⁹ No caso, a própria Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 – determina hipóteses em que se deve facilitar o acesso às informações administrativas, como, por exemplo, encontra-se expresso no Art. 8º, que determina a criação de sítios na internet como meio de atender ao dever de publicidade dos atos administrativos. Além disso, é importante destacar que a publicação seria uma das formas de concretizar o princípio da publicidade, conforme atesta Juliano Heinen(HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação: Lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 31-41).

⁴⁰ HEINEN, 2014, p. 41

⁴¹ Ibid, p. 41

⁴² Tal garantia encontra-se expressa na CF: “Art. 5ºLXXII - conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;”

⁴³ O Direito de Certidão está previsto na Constituição enquanto uma garantia fundamental: “Art. 5º XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

⁴⁴ ANTUNES, 1993, p. 16

deve ser utilizado de modo a servir “de instrumento de desenvolvimento da função administrativa e de defesa dos espaços de autonomia e privacidade”.⁴⁵

É evidente, no entanto, que a atribuição de sigilo ou a divulgação de determinado dado devem ser devidamente sopesadas, analisando, com base no princípio da proporcionalidade, os interesses – individuais e coletivos – envolvidos.⁴⁶ Foi o que aconteceu, por exemplo, no caso julgado pelo STF sobre a divulgação dos vencimentos de funcionários públicos na internet, em que o tribunal entendeu pela inexistência de violação à intimidade, bem como pela necessidade de publicidade, que, como afirmado no acórdão, é “com o que os indivíduos melhor se defendem das arremetidas eventualmente ilícitas do Estado”⁴⁷.

O mesmo entendimento foi utilizado na decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no mesmo processo:

À semelhança da legislação federal existente sobre o tema, a legislação municipal (fls. 122-126), em princípio, abriu margem para a concretização da política de gestão transparente da Administração Pública, possibilitando maior eficiência e ampliação do controle social e oficial dos gastos municipais.

Nesse sentido, as ações judiciais que suspendem divulgação de partes das informações disponíveis no sítio eletrônico da municipalidade, com a manutenção de dados de apenas alguns servidores em detrimento de outros, acabam por tornar inócua a finalidade, o controle e a exatidão das informações prestadas⁴⁸

Pelo teor das decisões, contata-se que a apreciação de tais casos pelo Supremo Tribunal Federal tem como norte o embate entre os motivos para a instituição do sigilo – no caso, para não a divulgação – e a importância do princípio da publicidade para o regime democrático. Trata-se, como destacado por Juliano Heinen, de necessária análise hermenêutica do caso.⁴⁹ Isso, vale dizer, é exigido tanto no caso de sigilo criado por lei quanto na criação de novas hipóteses constitucionais, uma vez que a restrição ao acesso à informação pode esbarrar na vedação do Art. 60, §4º, IV⁵⁰, que impede emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais.

Assim - sem a intenção de criar qualquer tipo de critério ou fórmula para delimitar a possibilidade de sigilo -, é importante destacar que ele existe e, assim como a publicidade,

⁴⁵Ibid., p. 16

⁴⁶DI PIETRO, 2009, P. 204-206; HEINEN, 2014, p. 187; CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 187

⁴⁷STF, SS 3902, Relator Min. Ayres Britto, DJe de 30/09/2011

⁴⁸STF, SS 3902, Relator Min. Cezar Peluso, Decisão Proferida pelo Min. Gilmar Mendes, DJe de 04/08/2009

⁴⁹HEINEN, 2014, p. 187

⁵⁰CF, Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

possui justificativas dentro de um regime democrático. Ademais, diversas normas, constitucionais e legais, preveem a possibilidade de dotar uma informação de sigilo, como o ocorre no caso das propostas nas licitações.⁵¹

Apesar da expressiva quantidade de casos, Juliano Heinen afirma que

O importante é notar que as restrições somente serão admitidas quando razoáveis, oportunas e indispensáveis. Enfim, devem estar aptas a satisfazer um interesse público imperativo, sendo restringido o direito de acesso na menor escala possível. Assim, as limitações devem ser vistas diante de um plano coletivo e ser o menos intensa possível⁵²

É fundamental perceber que cada uma das hipóteses existentes na Constituição e em leis específicas possui determinadas finalidades, sejam elas referentes a interesses públicos ou a direitos individuais. Não obstante a dificuldade em ponderá-los frente ao princípio da publicidade, Juliano Heinen destaca que a restrição ao conhecimento de uma informação pública nem sempre implica em sigilo total, podendo perfeitamente atender aos múltiplos interesses em jogo por meio de soluções que postergam o acesso ao particular.⁵³ Neste caso, o sigilo faz-se necessário apenas por um determinado momento. Tão logo este passe, o livre acesso às informações retorna à sua normalidade.

Nesse sentido, pode-se concluir que o sistema constitucional brasileiro, apesar de adotar como regra a publicidade dos atos do Estado, igualmente permite que razões extraordinárias de interesse público e privado possam restringi-lo. A prática brasileira, no entanto, demonstra que nem sempre se está diante de um efetivo embate ou grave restrição à publicidade, especialmente quando situações conciliadoras, tais como a divulgação em data posterior, atendem perfeitamente às finalidades da publicidade e do sigilo.

Em todo o caso, é fundamental a análise da publicidade também em uma dimensão instrumental. Todas as restrições a ela devem, portanto, igualmente ter em conta tal premissa.

Postas as linhas fundamentais do tratamento constitucional dado ao tema, importante, no momento, a análise do princípio da publicidade no âmbito das licitações públicas.

1.3 A publicidade no regime de licitações

1.3.1 Análise geral

⁵¹ HEINEN, op. cit, p. 33

⁵² Ibid., p. 205

⁵³ HEINEN, 2014, p. 199

A licitação, como um procedimento administrativo, deve obedecer ao princípio da publicidade, previsto constitucionalmente no *caput* do art. 37. Por tal motivo, a própria Lei 8.666/93 o prevê enquanto um dos princípios da licitação em seu artigo 3º.⁵⁴ O legislador, no entanto, não permaneceu no plano principiológico, destacando, no parágrafo 3º do mesmo artigo, que todos os atos relativos à licitação serão de acesso público, prevendo, como única exceção, o caso do conteúdo das propostas na fase anterior à sua abertura: “Art. 3º parágrafo 3º: 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”.

Em comentário ao referido dispositivo, Marçal Justen Filho destaca que o legislador conferiu contornos exatos ao princípio da publicidade, que, à parte do caso expresso, não poderia ser restringido pela ponderação de outros interesses.⁵⁵ Assim, a licitação figura-se como um procedimento inteiramente público.⁵⁶

A ampla publicidade, no entanto, não decorre apenas do regime democrático brasileiro, mas também de características específicas ao procedimento de licitações. Ademais, tendo em vista também o seu aspecto instrumental, é importante perquirir as funções do próprio regime de licitações e perceber, com total amplitude e clareza, como a publicidade se figura neste contexto.

1.3.2 Os fins da licitação

Historicamente, o regime licitatório foi adotado pelos Estados Nacionais por força da doutrina liberal, que buscava controlar o poder do soberano como forma de proteger os indivíduos.⁵⁷ A grande desconfiança da autoridade pública exigiu a construção de um procedimento que tornasse a contratação uma escolha automática, afastando-se, assim, qualquer preferência do soberano em prol do que seria chamado de “a melhor proposta ao

⁵⁴ É o que se contra expresso no art. 3º da Lei 8.666/93: “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112-113.

⁵⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túllio. **Manual Prático das Licitações**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009; , p. 120

⁵⁷ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2ª Ed. Piracicabana: Editora UNIMEP, 1999, p.59/85. É importante destacar, no ponto, que o próprio autor admite que o regime de licitações não se originou com o liberalismo, embora tenha se consagrado em tal doutrina.

Estado”.⁵⁸ Nas palavras de Sérgio Resende de Barros, “em vez dos administradores, as normas contratam”.⁵⁹

A licitação, nesse contexto, era apenas um dentre os vários meios de limitar a atuação do Estado, substituindo a vontade do governante pela a da própria lei.⁶⁰ A diminuição da liberdade estatal, no entanto, não se mostrava contraditória dentro da doutrina liberal, que, no caso das licitações, buscava a garantia do direito dos cidadãos a concorrer a um certame público frente ao dirigismo e favoritismo característicos de tal período.⁶¹ Enfim, tolhia-se a liberdade do Estado de contratar para proteger a dos cidadãos de concorrer.

Tal concepção, apesar de limitada historicamente, preserva grande parte da sua força no atual contexto. Segundo Rigolin e Bottino, o regime de licitações atual desconfia do servidor, invertendo a lógica da presunção de legitimidade dos atos administrativos para uma em que a escolha do gestor público somente é válida se obtida em observância a um procedimento pré-definido e que adote critérios objetivos.⁶²

O regime de licitações, portanto, possui finalidades claras, que podem ser resumidas em um equilíbrio entre interesses públicos e privados⁶³. Os primeiros são sintetizados na busca pela proposta mais vantajosa e pela garantia da moralidade pública; enquanto os últimos, na garantia de que todos os licitantes são tratados de maneira igualitária e de que têm respeitado o seu direito de participar no certame.⁶⁴

É o que se infere da própria lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.⁶⁵

⁵⁸BARRO, 1999, p.81/83

⁵⁹Ibid., p.83

⁶⁰Ibid., 82/83

⁶¹Ibid., p. 83

⁶²RIGOLIN; BOTTINO, 2009, p. 40

⁶³SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 16.

⁶⁴Sérgio Resende de Barros, após análise detida da doutrina nacional e internacional sobre o tema, afirma que os “fundamentos tradicionais” da licitação são os princípios da moralidade, da economicidade, da isonomia e da impessoalidade. (BARROS, 1999, p. 142)

⁶⁵Não se nega a importância também do “desenvolvimento nacional sustentável” enquanto uma finalidade do regime de licitações. No entanto, o presente trabalho não abordará tal questão, focando-se, em maior medida, nas finalidades destacadas amplamente pela doutrina. A questão será melhor tratada no Capítulo 2 do trabalho, quando se analisará a função da licitação enquanto um instrumento de alocação dos recursos do Estado.

Assim como na doutrina citada, a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos adota posição que enxerga no certame a possibilidade de equilíbrio entre os interesses públicos e privados envolvidos. É, pois, com base em tais premissas que se analisará a função da publicidade no contexto da licitação.

1.3.3 As funções da publicidade nos certames públicos

Como analisado acima, a publicidade desempenha papel fundamental ao regime democrático. No âmbito dos certames públicos, no entanto, deve-se interpretá-la à luz das funções da licitação, de modo a extrair do referido princípio toda a sua real complexidade.

Em primeiro lugar, é importante perceber que o princípio da publicidade recebe um apelo especial na seara das licitações públicas, tendo em vista a ocorrência de diversos casos de corrupção envolvendo compras e obras governamentais. Nesse contexto, não surpreende a opinião de Ivan Barbosa Rigolim e Marco Tullio Bottino: “licitação 'oculta' será quase sempre viciada por dolo, desvio de finalidade, má-fé da Administração, dirigismo fraudulento”⁶⁶

No entanto, o referido princípio não deve ser interpretado apenas no tema da corrupção, até porque a publicidade não se relaciona apenas ao combate a atos imorais dos servidores. Ela possui objetivos múltiplos, que devem ser interpretados sempre no contexto do regime democrático e igualmente tendo em vista as funções primordiais da licitação, como a economicidade, a moralidade e o tratamento igualitário aos participantes.

Nesse caminhar, o princípio pode ser interpretado dentro de dois objetivos gerais, quais sejam, a garantia da “abertura à concorrência” no certame, bem como o controle da administração pública, como corolário do princípio da igualdade de tratamento.⁶⁷ Tais objetivos, que foram consagrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, encontram-se exposto com extrema clareza na opinião proferida pelo Advogado-Geral M. Poiares Maduro no caso “Comissão das Comunidades Europeias v. República Helênic”:

A publicidade é importante por duas razões: em primeiro lugar, os potenciais proponentes tomam conhecimento de que existe uma oportunidade de negócio, o que pode conduzir a um aumento da concorrência para efeitos da obtenção do contrato, visto ser provável que seja apresentado um maior número de propostas; em segundo lugar, a publicidade constitui um meio de prevenir os favoritismos e a corrupção, pois facilita a fiscalização dos processos de adjudicação.⁶⁸

⁶⁶RIGOLIN, BOTTINO, 2009, p. 120

⁶⁷EU, TJUE, Caso C324/98, “Teleautria e Telefonadress”, julgado em 07/12/2000

⁶⁸EU, TJUE, Caso C-250/07, “Comissão das Comunidades Europeias v. República Helênic”, Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, em 17 /12/2008.

No que tange à lisura do certame, Marçal Justen Filho afirma que a publicidade exerce função fundamental no combate a corrupção e a atos imorais, defendendo que o simples risco de fiscalização já influenciaria os servidores a agirem de forma honesta com o patrimônio público.⁶⁹ A função de controle poderia ser desempenhada, em um primeiro momento, pelos próprios concorrentes, que garantiriam a lisura do certame ao defender seus direitos.⁷⁰ No ponto, a ligação com o direito ao contraditório e à ampla defesa também é patente.

Em igual sentido, a publicidade também possibilitaria maior fiscalização dos atos do Estado por servir de fomento ao controle popular. Ademais, qualquer cidadão poderia comunicar as autoridades competentes ou até mesmo ajuizar uma ação popular ao se deparar com decisões errôneas de algum órgão ou de indícios de atos ilícitos. Por tal motivo, o regime de licitações não somente garantiu o amplo acesso às informações do certame, como também exigiu a divulgação de determinadas informações como meio de promover maior participação da sociedade civil.

É o caso, por exemplo, do art. 16 da Lei 8.666/93 que dispõe sobre a obrigatoriedade de a administração publicar mensalmente lista com todas as compras realizadas pelo poder público, “de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação” (Art. 16).

O art. 8º da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), em igual sentido, impõe à Administração Pública a obrigação de manter informações de relevância social e coletiva em locais de fácil acesso, sendo obrigatória a criação de sítios eletrônicos em municípios com mais de 10.000 habitantes. Dentre os dados imprescindíveis, encontram-se aqueles “concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados” (Art. 8º, §1º, I).

Assim, é evidente que os interesses resguardados pelo regime de licitação estariam protegidos. Ademais, a garantia da lisura do certame reflete-se na obtenção da proposta mais

⁶⁹JUSTEN FILHO, 2014, p. 90

⁷⁰Nesse sentido, o prof. Sérgio Ferraz, em conferência sobre o tema, destacou a importância de “privatizar a licitação”: “O que quero dizer com privatizando o processo de licitação? Tornando a licitação efetivamente competitiva, redigida essa competição por quem está competindo, ou seja, é preciso estabelecer-se um amplíssimo contraditório entre os competidores, na fase de habilitação, na fase de discussão e avaliação das propostas, na fase de classificação, na fase de apresentação de preços e condições de realização de serviços. [...] No momento em que os competidores forem chamados a formular críticas em relação ao que o outro disse, ou quis apresentar, provavelmente os conluios e as colusões que nós conhecemos e que viciam profundamente as licitações brasileiras poderão, quem sabe, se não de todo afastados, pelo menos ser grandemente atenuados na medida em que cada um tentará salvar para si aquele determinado concurso”(FERRAZ, Sérgio. Iniciativa privada e serviços públicos, separata de **Revista de Direito Público**, vol. 24. São Paulo: RT, abr-jun, 1991, p. 193)

vantajosa e, ainda, respeita os interesses dos particulares, na medida em que a prevalência de uma decisão ilegal provavelmente representaria um prejuízo a algum competidor.

Lado outro, a publicidade é igualmente relevante ao amplo acesso ao certame, uma vez que é por meio dela que os possíveis interessados ao contrato tomam conhecimento da licitação. Assim, o maior nível de publicidade dos instrumentos convocatórios garante o recebimento do maior número de propostas, o que, vale lembrar, possibilita a obtenção da melhor oferta, a lisura do procedimento - na medida em que dificulta o direcionamento de licitações - e, por fim, o direito individual de participar do certame, uma vez que, sem a divulgação adequada, o particular poderia ter seu direito restringido.

A relação acima exposta é evidenciada no depoimento de Adilson Dallari que já em 1991 reconhecia a relação entre a incipiente divulgação dos certames e atos ilegais por parte dos concorrentes, bem como os prejuízos ao erário e a outros possíveis competidores:

a licitação, entre nós hoje, é uma disputa dentro de um clube fechado. Basta dizer o seguinte: nós temos na Constituição o princípio da publicidade. A legislação diz que os editais devem ser publicados. Não são. O que se publica no jornal é apenas e tão-somente o resumo do edital. A comunidade, a coletividade, aqueles que estão fora do círculo exclusivo daqueles que podem se conluir para lesar o Poder Público, só esses têm acesso ao poder público.⁷¹

Em decorrência da expressiva importância da efetiva divulgação dos certames públicos, a legislação definiu regras específicas sobre a formulação dos editais, tais como os conteúdos e prazos mínimos.⁷²

Assim, o princípio da publicidade atende a uma gama de objetivos que, no entanto, estão normalmente em harmonia. A análise acima realizada, ainda nesse contexto, permite concluir que o regime de licitações adota a ampla publicidade como meio de garantir a observância aos princípios da moralidade, da economicidade e da igualdade entre os participantes.

Contudo, o seu excesso é apontado por diversos organismos e autores como um dos motivos para a diminuição da concorrência em certames públicos, que, vale destacar, são ricos em casos de cartéis. Assim, o que figuraria como fundamental ao cumprimento dos fins da licitação – inclusive à própria obtenção da melhor oferta - pode, em alguns casos, acabar por gerar o efeito oposto: a baixa competição e, portanto, o aumento dos preços.

⁷¹ DALLARI, Adilson Abreu. Iniciativa privada e serviços públicos, separata de **Revista de Direito Público** 98/59, vol. 24. São Paulo: RT, abr-jun, 1991, p. 192-193

⁷² Tais previsões encontram-se expressas no Art. 40 da Lei 8.666/93, que dispõe sobre as obrigatoriedades a serem observadas na elaboração dos editais.

No entanto, tal constatação deve ser vista com cautela em múltiplos aspectos. Em primeiro lugar, é importante perceber que ela possui uma função clara dentro do regime de licitações, razão pela qual a sua mitigação pode não ser interessante. Além disso, devem-se levar em consideração os riscos existentes na restrição a direito e valor tão importante no ordenamento constitucional. Ademais, o sigilo somente pode ser implantado por motivos relevantes e de forma proporcional ao risco apontado. Assim, igualmente é de se questionar se os motivos apontados legitimam a restrição do princípio da publicidade.

Fundamental, portanto, a análise da importância da competitividade ao regime de licitações, bem como a problematização, neste contexto, da ampla e máxima publicidade como meio de garantir tais fins.

CAPÍTULO II: A COMPETITIVIDADE E A PUBLICIDADE

2.1 A licitação como um procedimento competitivo

Apesar de não ser positivada enquanto um princípio, a competitividade recebe tratamento de amplo destaque. Nomes da doutrina nacional e internacional⁷³ afirmam a sua centralidade e importância em um procedimento que, a priori, visa à obtenção da proposta mais vantajosa ao Estado.

Obviamente, o argumento da economicidade⁷⁴ não pode ser analisado à parte do próprio regime de Direito Público, que preza, com extrema ênfase, pela atuação moral e impessoal do administrador, bem como preconiza a garantia dos direitos individuais⁷⁵. Entretanto, o possível conflito entre tais princípios e a obtenção da proposta mais vantajosa é, na maior parte das vezes, apenas aparente.

Como visto, a licitação – seja em sua teoria, seja na lei – possui objetivos claros, que buscam a limitação do dirigismo estatal em prol do interesse público. Por tal motivo, os certames do Estado desenham-se como meios para a garantia de alguns objetivos fundamentais, como as já citadas ideias da moralidade, da economicidade e da igualdade.

Diante desse quadro, Sundfeld entende a competitividade como um valor central no regime de licitação, uma vez que, além de possibilitar o alcance da melhor proposta – o que afastaria as preferências do administrador-, igualmente exige que todos os participantes sejam tratados com igualdade.⁷⁶

Nota-se que a opinião do autor é reverberada na definição de licitação feita por Hely Lopes Meirelles, que além de destacar a competitividade, é expressa em reconhecer a forte relação entre esta e os princípios da moralidade, da igualdade, da impessoalidade e da economicidade:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Tem como pressuposto a competição. Por isso visa propiciar iguais oportunidades aos que

⁷³SUNDFELD, 1995, p. 17; MUKAI, Toshio. **O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 21-22; MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 28; GRAELSS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011, p. 101; DE OLIVEIRA, Mário Esteves. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 100.

⁷⁴Apesar de a ideia da proposta mais vantajosa não se resumir ao próprio preço, o recorte do presente trabalho terá como foco as licitações de melhor preço.

⁷⁵MEIRELLES, op. cit., p. 31-32

⁷⁶SUNDFELD, op. cit., p.16

desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições⁷⁷

Assim, a competitividade possui ampla relação não somente com a garantia da melhor oferta, mas também com outros princípios fundamentais. Ademais, somente com o respeito a tais princípios é que o verdadeiro embate entre propostas individuais pode ocorrer, pois, a partir deles, afastam-se preferências pessoais do administrador, bem como se torna possível a participação do maior número de interessados. Não por outro motivo, opina Toshio Mukai que a competição somente pode ocorrer quando respeitados tais valores.⁷⁸

A licitação, portanto, é amplamente vista como um procedimento que garante competitividade – e, como exposto, as suas finalidades – ao assegurar o amplo acesso aos competidores e o tratamento igualitário das propostas, isto é, sem qualquer influência pessoal do administrador e com base em critérios objetivos.⁷⁹ Por tal motivo, Sundfeld entende que somente a rigidez do procedimento poderia garantir a competitividade real na licitação, ao servir como “instrumento da igualdade e da moralidade”⁸⁰.

No âmbito da economia, a importância da competitividade igualmente se confirma. A Teoria dos Leilões, que - dentre outros procedimentos - estuda as licitações, coloca como um dos objetivos de tais regimes a eficiente alocação dos recursos, que, para Stefan Weishaar, deve ser entendida enquanto a menor proposta feita por um participante do certame.⁸¹

Pela própria influência do liberalismo em sua consolidação nos Estados Nacionais, a licitação tinha como premissa básica a abertura às forças do mercado, que, por meio da “mão invisível”, possibilitaria ao Estado obter a melhor oferta.⁸² Segundo Sergio Resende de Barros, o critério à época - o preço – converteu-se no verdadeiro rei da licitação: toda a sua estrutura tinha como vistas a obtenção da proposta mais barata, que seria alcançada pela ampla competitividade do regime.⁸³

É importante perceber, nesse sentido, que a licitação, em sua essência, adota uma lógica de mercado, que utiliza o embate entre os fornecedores para se alcançar melhores

⁷⁷MEIRELLES, 2010, p. 28

⁷⁸MUKAI, 1993, p. 21

⁷⁹GRAELLS, 2011, p. 103

⁸⁰SUNDFELD, 1995, p. 23.

⁸¹WEISHAAR, Stephen. **Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Big Bidding**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 36

⁸²BARROS, 1999, p. 84

⁸³Ibid., p. 85

preços e condições, legitimando, de tal forma, as decisões estatais⁸⁴. Assim, Albert Sanchez Graells destaca que a análise de tal regime deve privilegiar o seu aspecto instrumental, isto é, aquele de servir de meio para o dispêndio público⁸⁵

Não se nega a relevância de outras questões que igualmente são englobadas pelo tema das licitações, como o seu próprio uso na política macroeconômica do Estado, que pode ser exemplificado nos estímulos a pequenas e médias empresas e em investimentos em áreas estratégicas.⁸⁶ No entanto, para além de sua centralidade à garantia dos direitos individuais e públicos envolvidos, a relevância da competitividade também decorre do caráter escasso dos recursos estatais, que gera na Administração Pública verdadeiro dever de investi-los da maneira mais eficiente possível.⁸⁷

Tal eficiência dependeria, conforme explica Graells, do próprio caráter competitivo da licitação, que, adotando uma lógica de mercado, conseguiria obter o maior custo-benefício à Administração Pública.⁸⁸ Não por outro motivo, o autor defende que a competitividade deve ser o valor central do regime, servindo de guia para sua estruturação e interpretação.⁸⁹

Assim, pode-se concluir que a licitação tem a ideia de competição em sua origem e essência, pois é assim que garante a compatibilização entre a economicidade, a moralidade e a igualdade dos licitantes. Ela é uma ferramenta, um mecanismo, um meio que adota diversas premissas da economia e do mercado. Por tal motivo, defende-se que o seu estudo deve ressaltar tal aspecto, especialmente quando se tem em consideração as infinitas missões constitucionais do Estado e o seu, ainda que expressivo, insuficiente orçamento.

2.2 A crítica ao conceito de competitividade no regime de licitações

Não obstante a importância da competitividade nas licitações, a forma como ela é trabalhada é vista com crítica por algumas vozes da doutrina, especialmente quando se leva em consideração o relativo fracasso do sistema em atingir a melhor proposta e em evitar atos discriminatórios e contrários à moral pública, conforme atesta Sérgio Resende de Barros:

A licitação engessa a concorrência. A concorrência administrativa (a da licitação) tem sido o contrário da verdadeira concorrência (a do mercado). Tem sido uma falsa concorrência – falseada por regras de lei ou edital, que fixam tapumes, ora aprisionando o mercado em limites legais que o negam, ora escondendo do mercado

⁸⁴ GRAELLS, 2011, pp. 10, 82

⁸⁵ Ibid., pp. 47, 82

⁸⁶ Ibid., p. 48

⁸⁷ Ibid, p. 1-72; JUSTEN FILHO, 2014, p. 101

⁸⁸ Ibid, p.51

⁸⁹ Ibid., p. 101

negócios ‘legais’ que o renegam. O fixo engendra o falso. Nessa falsidade de princípio, de procedimento e até de denominação, reside – em síntese – a verdadeira causa da crise da dita ‘concorrência pública’, que depois foi denominada ‘licitação’, adequadamente, já que de concorrência e de pública tinha pouco, servindo mais para tornar lícitos negócios administrativos, nem sempre bons em suas condições econômico-financeiras, técnico-operacionais, ético-morais⁹⁰

A crítica do autor, apesar de ser direcionada ao instituto da licitação em si⁹¹, revela o perigo de acreditar fixamente na possibilidade de um procedimento garantir a referida competitividade. É o que atesta Albert Sanchez Graells ao afirmar que tal doutrina tende a analisar o regime de licitações tão somente a partir de uma perspectiva interna, ignorando o fato de o certame ocorrer dentro de um mercado real, cuja dinâmica não é necessariamente competitiva e que, além disso, sofre influências da atuação do Estado enquanto comprador.⁹²

Obviamente, não é função da licitação corrigir as deficiências do mercado em geral – missão afeta ao Direito da Concorrência -, o que não pode significar o esquecimento de sua posição enquanto agente econômico, que além de adquirir bens e serviços de um mercado real, igualmente influencia o comportamento de outros agentes.⁹³

Assim, o conceito de competição trabalhado por ampla parte da doutrina tende a ignorar diversos aspectos econômicos relevantes, como a própria influência do poder de compra do Estado na dinâmica concorrencial.⁹⁴ A atuação estatal, segundo Graells, é de extrema relevância ao comportamento de determinados mercados, especialmente naqueles em que o principal agente econômico é o próprio Estado. Em licitações de armamentos de guerra, por exemplo, em que o único comprador é o Estado, o poder de influenciar a postura dos competidores é tamanha que o autor o compara com o exercido pelas legislações de setores regulados.⁹⁵

Em outros cenários, a presença de mais compradores tende a diluir o poder de compra estatal, diminuindo a interferência de suas práticas na dinâmica do mercado.⁹⁶ Não obstante, a atuação do Estado possui clara relevância em diversos setores, podendo, por exemplo, gerar a

⁹⁰ BARROS, 1999, p. 162

⁹¹ É importante perceber que tal colocação é feita em obra em que o autor critica amplamente o regime de licitações, defendendo a maior liberdade de contratação no âmbito da Administração Pública. No entanto, diversas reflexões do autor são relevantes ao tema, principalmente ao questionar se tal regime efetivamente cumpre as suas finalidades.

⁹² GRAELLS, 2011, p. 103-104)

⁹³ Ibid., pp. 58, 82

⁹⁴ Ibid., p. 40

⁹⁵ Ibid., p.40

⁹⁶ Ibid., p. 35-43

diminuição da variedade de produtos, uma vez que as exigências técnicas do Estado são adotadas por diversos fornecedores, e até mesmo o aumento nos preços.⁹⁷

Nesse sentido, para o autor, é uma grande simplificação acreditar que o certame cria um determinado ambiente competitivo isolado do mercado em que atua.⁹⁸ Essa perspectiva – claramente focada em garantir a máxima participação de licitantes e a não discriminação de nenhum agente – acaba por ignorar as dinâmicas do próprio mercado em que tal licitação ocorre, bem como se olvida dos efeitos negativos de práticas estatais que, como alertado por Graells, podem prejudicar a Administração em futuros certames.⁹⁹

O autor, nesse sentido, afirma que os regimes licitatórios não podem levar apenas em consideração aspectos internos do certame, devendo igualmente se voltar aos possíveis efeitos comportamentais e econômicos gerados pela prática estatal.¹⁰⁰ O princípio da competitividade deve ser mais permeável à realidade do próprio mercado, guiando o regime de licitações de modo a evitar distorções que, ao final, acabam por ser prejudiciais ao próprio certame.¹⁰¹

Assim, a adoção da competitividade como um valor central no regime licitatório exige que esta seja trabalhada de forma mais ampla, assimilando de forma efetiva a lógica de mercado que, ademais, encontra-se em sua essência. As licitações, portanto, não devem preocupar-se simplesmente em garantir a máxima participação de interessados e em promover-lhes tratamento igualitário, como também trabalhar de forma eficiente os impactos competitivos gerados pela atuação do Estado.

É, dentro desse contexto, que a preocupação sobre os efeitos do princípio da publicidade devem ser trabalhados.

2.3. Os efeitos da publicidade no ambiente competitivo

2.3.1. Aspectos gerais

Diante de todo o exposto, é possível perceber que a publicidade possui caráter fundamental à competitividade, principalmente ao se analisar a competição na perspectiva interna, que preza pela garantia de amplo acesso ao certame e de tratamento igualitário aos concorrentes.

⁹⁷ GRAELLS, 2011, p. 41

⁹⁸ Ibid., p 59

⁹⁹ Ibid., p 104

¹⁰⁰ Ibid., p 58

¹⁰¹ Ibid., p. 105.

Como destacado no Capítulo I, a publicidade é um importante meio de garantia de tais objetivos, na medida em que a divulgação ampla do certame assegura a entrada de mais competidores e, além disso, possibilita o controle de atos ilegais e imorais que poderiam prejudicar tanto os particulares quanto a Administração Pública na busca da proposta mais vantajosa.

Entretanto, o seu excesso é apontado como o responsável por gerar possíveis efeitos anticompetitivos.

Assim, tendo como base a perspectiva acima exposta, é importante analisar criticamente os efeitos da própria atuação estatal, principalmente quando esta acaba por ocasionar resultados claramente contrários aos fins da própria licitação, como é o caso da proposta mais vantajosa. Segundo Graells, o excessivo nível de transparência dos certames acaba por facilitar a ação concertada de particulares ou, ao menos, diminuir a competição entre eles.¹⁰² É, assim, para o autor, um efeito indireto da atuação do Estado e que deve ser devidamente discutido.¹⁰³

No âmbito dos cartéis em licitação, por exemplo, diversas práticas são criticadas pela OCDE, que elabora importantes recomendações sobre este e outros temas.¹⁰⁴ Dentre essas, pode-se destacar a relativa preocupação da Organização com os níveis de transparência, tendo em vista os seus possíveis efeitos negativos na dinâmica competitiva.¹⁰⁵

É sintomática, no ponto, a previsão da Diretiva 2004/18 da União Europeia, que estabeleceu a possibilidade de algumas informações não serem sequer comunicadas a outros licitantes, quando forem prejudiciais ao interesse público e, em específico, à concorrência leal entre eles:

Artigo 41.o

Informação dos candidatos e dos proponentes

1. As entidades adjudicantes informarão no mais breve prazo os candidatos e os proponentes das decisões tomadas relativamente à celebração de um acordo-quadro, à adjudicação de um contrato ou à admissão num sistema de aquisição dinâmico, incluindo os motivos pelos quais tenham decidido renunciar à celebração de um acordo-quadro ou à adjudicação de um contrato para o qual fora aberto concurso ou pelos quais tenham decidido recomeçar o processo, ou à implementação de um sistema de aquisição dinâmico; esta informação será dada por escrito se for feito um pedido nesse sentido às entidades adjudicantes.[...]

3. No entanto, as entidades adjudicantes podem decidir não comunicar certas informações relativas à adjudicação dos contratos, à celebração de acordos-quadro ou à admissão num sistema de aquisição dinâmico referidas no n.o 1, quando a sua

¹⁰²GRAELLS, 2011, p. 69

¹⁰³Ibid., p. 69-70

¹⁰⁴ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition in bidding market**. Paris, 2006, p. 22-37. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

¹⁰⁵Ibid., p. 10

divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os legítimos interesses comerciais de operadores económicos públicos ou privados, ou prejudicar a concorrência leal entre eles

Vale destacar que a ideia não de todo estranha ao regime brasileiro, tendo em vista que o próprio legislador conferiu carácter sigiloso às propostas antes de sua abertura.¹⁰⁶ Apesar de ser claramente uma hipótese menos restritiva, é importante perceber que a própria legislação entendeu, em tal caso, a necessidade do sigilo para a garantia da real competitividade do certame.¹⁰⁷

Nesse sentido, apesar da ampla e máxima publicidade ser trabalhada como um dado, é importante perceber que ela, ao contrário do esperado, pode efetivamente prejudicar a competitividade.

A ponderação, no entanto, deve ser feita com cautela, uma vez que a publicidade possui importância clara no atual regime constitucional e, ainda, é princípio central no ambiente das licitações. Mas não é só. Para além da questão já explicitada de divulgação do certame e de controle de atos ilegais e imorais - que, como citado, são claramente relevantes à competitividade - a difusão de informação também pode instigar comportamentos mais agressivos por parte dos licitantes, o que, ademais, é reconhecido pelo próprio Graells.¹⁰⁸

Alguns estudos realizaram importantes reflexões sobre como os licitantes são influenciados pelo nível de informação posta no mercado. Eles têm como base a Teoria dos Leilões, que busca entender, dentre outras questões, o comportamento dos concorrentes diante de um modelo de certame, de modo a alcançar determinados fins, como pode ser a eficiente alocação dos recursos escassos na sociedade.¹⁰⁹ Com base nessa busca, parte-se da ideia de que várias são as possibilidades de estruturar um certame, a depender de diversos fatores, como a própria estrutura do mercado em questão e o objetivo buscado pelo órgão.¹¹⁰

Assim, apenas com carácter ilustrativo da questão – e, portanto, sem a intenção esgotar o tema e de explorar todas as divergências teóricas – necessário se faz compreender como a publicidade pode gerar efeitos competitivos e anticompetitivos. De antemão, pode-se afirmar

¹⁰⁶ Lei 8.666/93, Art. 3º, § 3º 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.

¹⁰⁷ Conforme explica Marçal Justen Filho, o sigilo das proposta tem como objetivo garantir a lisura do certame e o tratamento igualitário, dois princípios que, como já explicitado, possuem conexão clara com a competitividade. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 113)

¹⁰⁸ GRAELLS, 2011, p. 70

¹⁰⁹ WEISHAAR, 2013, p. 37

¹¹⁰ Ibid., p. 37

que não há consenso sobre os efeitos, e diversos estudos, que partem de premissas, variáveis e objetos de estudos distintos, apontam para resultados igualmente divergentes.

Para esta análise geral do tema, adotam-se duas questões fundamentais postas pela OCDE dentro do tema da competição: de um lado, a importância da transparência do mercado¹¹¹ à manutenção do ambiente competitivo; e, de outro, os riscos gerados por facilitar atitudes menos competitivas dos licitantes – como é o caso do conluio tácito – e até mesmo à formação de cartéis.¹¹² No caso, apesar de tais constatações derivarem de análises gerais sobre a transparência de qualquer tipo de mercado, é importante constatar que, em grande medida, tais reflexões valem ao ambiente licitatório e, portanto, às práticas do Estado.

2.3.2 A importância da publicidade para a competitividade.

Segundo a OCDE, a transparência dos mercados é fundamental ao desenvolvimento da competição, eliminando as assimetrias de informações entre os agentes, bem como possibilitando decisões bem informadas.¹¹³ Nesse sentido, além de possibilitar aos compradores a comparação de preços, a divulgação de informações relevantes aos próprios fornecedores pode gerar benefícios ao ambiente competitivo.¹¹⁴

Alguns importantes efeitos são destacados pela OCDE. Em primeiro lugar, a transparência possibilita aos fornecedores a compreensão da dinâmica do mercado em questão e as estruturas de demanda, o que poderia facilitar a entrada de novos competidores.¹¹⁵ Aliado a isso, a Organização igualmente afirma que a difusão de informações poderia levar os fornecedores a comparar o seu desempenho com o de outros competidores, levando a uma busca por maior eficiência.¹¹⁶ Além disso, a OCDE destaca que a transparência seria relevante para a inovação tecnológica.¹¹⁷

Apesar de tais efeitos descreverem a importância da transparência em aspectos gerais, pode-se perceber que as informações disponíveis no ambiente licitatório - em grande medida

¹¹¹ Vale destacar que a ideia de transparência aqui trabalhada refere-se ao mercado, não à Administração Pública.

¹¹² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Price transparency**. Paris, 2008, p. 9-12. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf> >. Acessado em: 16 de junho de 2015;

¹¹³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Information exchanges between competitors under competition law**. Paris, 2010, p. 9-10. Disponível em < <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf> >. Acessado em: 16 de junho de 2015

¹¹⁴ OECD, 2010, p. 9-10

¹¹⁵ Ibid., p. 10

¹¹⁶ Ibid., p. 10

¹¹⁷ Ibid., p. 10

divulgadas pela própria Administração Pública - igualmente podem gerar tais efeitos. Sobre o tema, a própria OCDE delineia que a divulgação de informações promoveria a entrada de novos licitantes, uma vez que possibilitaria a melhor aferição dos custos e dos riscos de participar do certame.¹¹⁸ Neste contexto, o próprio anúncio das licitações futuras teria extrema relevância¹¹⁹, o que, vale lembrar, foi destacado ao comentar a importância das regras sobre o edital.

Assim, com as informações disponibilizadas pela administração pública, é possível aos licitantes - principalmente os entrantes - a obtenção de informações sobre o certame e o seu objeto, podendo tomar decisões mais informadas. Tal fato implicaria não somente em maior número de participantes, podendo até mesmo reverter-se em atitudes mais agressivas.

Nesse contexto, revela-se importante destacar a questão da "Maldição do Vencedor", em que se constata como as incertezas sobre os riscos de um determinado contrato podem levar os licitantes a comportamentos mais conservadores. Em resumo, afirma-se que a falta de informações sobre um determinado objeto gera insegurança aos competidores, que, receosos de terem contabilizado erroneamente possíveis custos, elevam seus preços como forma de precaução.

Tal análise depende de algumas questões da economia. No âmbito da Teoria dos Leilões, existem alguns modelos que explicam como os competidores realizam suas propostas. Apesar de ambos retratarem modelos ideais, as reflexões levantadas são de clara importância, ainda mais quando outros modelos intermediários - e, portanto, mais reais - tendem a conciliá-los, como é o caso do modelo de afiliação, desenvolvido por Milgrom e Weber.¹²⁰

O primeiro deles é o de valores privados, em que o valor atribuído por um licitante a um determinado objeto dependeria apenas e tão somente de sua avaliação pessoal sobre o bem.¹²¹ Diz-se que cada objeto possui um valor intrínseco a cada indivíduo. Nesse caso, a avaliação é feita independentemente dos outros sujeitos do mercado, pois o valor do bem dependeria apenas de questões subjetivas de cada competidor.¹²²

¹¹⁸ OECD, 2006, p. 11

¹¹⁹ Ibid., p. 11

¹²⁰ MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. A theory of auctions and competitive bidding. *Econometrica*, v. 50, n. 5, set. 1982, p. 1090-1097 Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1911865>>. Acessado em 16 junho de 2015;

¹²¹ VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. Tradução de Elfo Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 334

¹²² Ibid., p. 334; MILGROM, WEBBER, op. cit, p. 1090.

Em dimensão oposta, o modelo de valores comuns estabelece a premissa de que o bem licitado possui um valor fixo para todos, que, no entanto, deve ser estimado por cada um dos licitantes.¹²³ O exemplo clássico de tal modelo são os leilões de jazidas de recursos naturais, em que a qualidade do minério e a sua quantidade é um dado fático, ainda que a estimativa dependa dos estudos e avaliações de cada um dos concorrentes.¹²⁴ Conforme afirma Varian, independentemente de quem vencer a licitação, a jazida será a mesma e, portanto, o seu valor de mercado será igual.¹²⁵

Em tal modelo, no entanto, existe a possibilidade de que o licitante realize uma estimativa errada sobre o objeto da licitação, ofertando um preço em desconformidade com o real valor de mercado.¹²⁶ Nesse caso, estaria configurada a “Maldição do Vencedor”, pois o ganhador poderá sofrer prejuízos posteriores apenas por ter subestimados os reais custos do objeto¹²⁷.

Os efeitos anticompetitivos surgem no momento em que os concorrentes comportam-se de maneira mais conservadora diante do risco de uma avaliação errônea ou incompleta do objeto, preferindo elevar seus preços para não arcarem com futuros custos não calculados.¹²⁸

Essa situação ocorre, por exemplo, em licitações em que alguma etapa do objeto seja de relativa complexidade, sendo difícil ao licitante quantificá-la de antemão, principalmente quando se trata de iniciantes no mercado.¹²⁹ Nesse caso, a transparência proporcionada pelo Estado pode ser fundamental aos licitantes, pois as informações disponibilizadas podem servir de auxílio aos licitantes, o que geraria maior segurança aos competidores e, portanto, maior participação e propostas mais agressivas.

Vale destacar que tal entendimento encontra-se em linha com diversos estudos, como o realizado por Milgrom e Weber, que defende que a disponibilização do maior número de informações aos concorrentes proporcionaria maiores ganhos ao leiloeiro – no caso, a Administração Pública.¹³⁰

De Silva e outros, ao explicar o estudo realizado por Milgrom e Weber, afirma que a disponibilização de informações teria dois efeitos: em primeiro lugar, ela tornaria os valores

¹²³ VARIAN, op. cit, p. 346

¹²⁴ MILGROM, WEBBER, op. cit., p. 1093

¹²⁵ VARIAN, op. cit, 334

¹²⁶ Ibid., p. 346-347

¹²⁷ Ibid., p. 347

¹²⁸ ALBANO, Gian-Luigi, et al. Fostering participation in competitive procurement. In: **Handbook of procurement**. DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLOS, Giancarlo(coord.). [S.l.]: Cambridge University Press, 2006, p. 8. Disponível <<http://ssrn.com/abstract=89673>> Acessado em: 16 de junho de 2015;

¹²⁹ Ibid., p. 8

¹³⁰ MILGROM, WEBER, 1982, *passim*.

mais previsíveis, reduzindo-se os efeitos da chamada “maldição do vencedor” e gerando maior competitividade; em segundo lugar, ela diminuiria a importância das informações privadas do próprio licitante, aproximando sua proposta ao valor real do objeto.¹³¹

Assim, de maneira geral, é importante perceber a publicidade como um elemento essencial à manutenção do ambiente competitivo. No âmbito das licitações, a transparência – em parte proporcionada pelo Estado – tem grande importância em divulgar informações relevantes a todos os licitantes, facilitando a entrada de novos agentes e, ainda, proporcionando atitudes mais agressivas dos competidores.

2.3.3 O contraponto ao excesso de publicidade.

Apesar da importância da transparência para o ambiente competitivo, a OCDE destaca que o excesso de transparência do mercado pode ensejar ou facilitar condutas anticompetitivas, como é o caso da colusão tácita e dos cartéis.¹³² Tal opinião encontra sustentação em diversos autores, que destacam que o ambiente dos certames públicos é propício à formação de tais acordos, o que pode ser atribuído ao amplo regime de publicidade aplicável às licitações¹³³

Segundo a OCDE, tal efeito pode ser justificado por dois motivos: (I) a transparência diminui a necessidade de comunicação entre os membros de um acordo anticompetitivo, o que torna a interação entre eles mais segura; (II) em mercados transparentes, a detecção e retaliação de membros que trapacearem o acordo e de novos competidores são facilitadas, o que gera maior estabilidade ao cartel.¹³⁴

O primeiro motivo pode ser explicado pelos estudos de R. Preston McAfee e John McMillan, que analisaram um dos grandes obstáculos à formação de cartéis em licitação: definir quem vai ganhar o certame e qual será o valor da proposta ganhadora.¹³⁵ Como cada um dos membros possui um custo de produção de determinado bem e também uma estimativa para o valor do objeto licitado, é necessário que eles utilizem algum mecanismo para

¹³¹ DE SILVA, Dakshina G. et al. **The impact of public information on bidding in highway procurement auctions**. [S.l]: fev. de 2007, p. 153. Disponível em : < <http://ssrn.com/abstract=851644>> Acessado em: 16 de jun. de 2015

¹³² OECD, 2008, p. 10;

¹³³ OECD, 2006, p. 19; GRAELSS, 2011, p. 69; MARTINS, 2013, p. 79; HEIMLER, 2012, p. 851.

¹³⁴ OECD, 2008, p. 23-24

¹³⁵ MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. **The American Economic Review** , v 82, n 3, jun., 1992, p. 580. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2117323>>. Acessado em 15 de junho de 2015;

organizar a sua atuação, combinando a própria estratégia a ser adotada, como o valor da proposta.¹³⁶

Nesse contexto, a questão da transparência do mercado surge por diminuir a necessidade comunicação direta entre os membros.¹³⁷ Como parte das informações essenciais ao seu funcionamento podem ser obtidas pelo próprio mercado, os cartéis podem diminuir o número de vezes em que trocam mensagens ou se reúnem, o que torna tais acordos menos suscetíveis a serem descobertos e, portanto, mais estáveis.¹³⁸

No entanto, é importante destacar que a questão da informação não apenas facilita a formação de cartéis, como pode gerar nos licitantes posturas menos competitivas, como no caso de acordos tácitos. Nestes casos, as informações do mercado possibilitariam que os licitantes realizassem propostas iguais ou muito semelhantes sem qualquer tipo de contato direto entre eles. Por tal motivo, pelo menos em tese, tal conduta não seria ilegal, tampouco representaria um verdadeiro cartel.

Segundo Juan Pérez Ferrés, o conluio tácito seria uma forma sutil de coordenação, em que os competidores consideram mais lucrativo comportar-se de forma menos agressiva, elevando-se, assim, os preços.¹³⁹ Tais casos, no entanto, não configurariam um ilícito por si só, pois possuem, pelo menos em tese, uma lógica econômica, principalmente em casos de oligopólio, em que a observação do comportamento do outro competidor é comum.¹⁴⁰ Seria, assim, uma decisão individual, que busca a maximização dos lucros.

Um dos exemplos de acordo tácito aconteceu no certame promovido pela *Veterans Administration*, em que os licitantes, após sucessivas interações, passaram a ofertar preços bastante similares. Segundo Kuhlman, o histórico das licitações – amplamente divulgado pela Administração Pública – acabava por revelar as tendências de cada um dos competidores, servindo como efetivo meio de troca de informações e alinhamento de condutas¹⁴¹.

Tais informações, segundo o autor, seriam capazes de gerar a ação orquestrada entre concorrentes, uma vez que nem sempre os interesses deles são verdadeiramente

¹³⁶McAFFE; McMILLAN, 1992, p. 580-583

¹³⁷OECD, 2008, p. 23

¹³⁸Ibid., p. 23

¹³⁹FERRÉS, Juan Pérez. Coordenação entre competidores: estrutura e aspectos conjunturais. In: DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan(Coord.). **Estudos de direito econômico e economia da concorrência: em homenagem ao prof. Dr. Fábio Nusdeo**. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 125-126

¹⁴⁰DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 174-175

¹⁴¹KUHLMAN, John M.. Price Fixing, nonprice competition, and 'focal pricing': a rose by any other name?. **Antitrust Law & Economics Review**, n 75, ano 1978, p. 84-85;

conflitantes.¹⁴² Tal fato acontece porque a manutenção do preço em patamares mais elevados pode ser mais interessante às empresas, que abrem mão da competição para se beneficiarem mutuamente com valores mais elevados se comparados àqueles que resultariam do efetivo embate entre elas.¹⁴³

Nesse sentido, Kuhlman afirma que o histórico das propostas de cada uma das concorrentes pode revelar às outras sinais e mensagens, seja por meio de alterações nos preços, seja por deixar de concorrer em determinado espaço geográfico.¹⁴⁴ Tais mudanças seriam facilmente interpretadas pelas outras possíveis contratadas, que, por conhecerem o mercado, seriam capazes de verificar quais empresas estão verdadeiramente competindo e quais estão simplesmente tentando torná-la mais branda.¹⁴⁵

Uma alteração repentina no valor de um determinado objeto licitado – sem qualquer mudança no mercado que a justifique – pode ser um sinal às concorrentes para que também elevem seus preços.¹⁴⁶ Se, nas próximas licitações, as outras empresas igualmente acompanharem tal movimentação, tem-se estabelecido um patamar interessante a todas elas.¹⁴⁷

Assim, por meio de tais “mensagens”, os competidores podem sinalizar aos outros se pretendem ou não uma efetiva guerra de preços, ou se, ao contrário, buscam fixar um valor padrão interessante a todas elas, de modo a potencializar os ganhos do futuro vencedor.

A questão da publicidade em licitações torna-se importante justamente porque várias informações são disponibilizadas pela própria Administração Pública. É o que atesta, por exemplo, Andrzej Skrzypcz e Hugo Hopenhayn ao afirmarem a possibilidade de manutenção de um acordo tácito – ainda que não tão lucrativo – apenas com base nas informações de quem venceu os certames e os valores das propostas ganhadoras.¹⁴⁸

Nesse sentido, vê-se que nem sempre os impactos anticompetitivos restringem-se à formação de cartéis, muito embora, em alguns casos, o comportamento menos agressivos dos licitantes, bem como o comportamento paralelo, revela características próprias de um acordo e podem, ainda, gerar prejuízos semelhantes à Administração Pública.¹⁴⁹

¹⁴²KULHMAN, 1978, p. 79

¹⁴³ Ibid., p. 80

¹⁴⁴ Ibid., p. 85

¹⁴⁵ Ibid., p. 85

¹⁴⁶ OECD, 2008, p. 24

¹⁴⁷ Ibid., p. 24

¹⁴⁸ SKRZYPACZ, Andrzej; HOPENHAYN, Hugo 2004. Tacit collusion in repeated auctions. In: **Journal of Economic Theory**, Elsevier, v. 114(1), p. 153-169, jan. de 2004;

¹⁴⁹ KUHLMAN, 1978, p. 86

Não obstante, este paralelismo na atuação dos concorrentes somente é visto como um indício para a existência de um verdadeiro acordo, não podendo, por si só, justificar uma condenação.¹⁵⁰ Assim, desde que se reflita em um comportamento racional de uma empresa em observar a atitude de seus concorrentes, inexistem maiores vedações a tal tipo de conduta.¹⁵¹ Conforme jurisprudência do CADE, o paralelismo pode ser um indício relevante à comprovação de um cartel, mas deve estar aliado à constatação de que, para aquele comportamento, inexistem outras justificativas.¹⁵² Por tal motivo, adota-se a teoria do paralelismo *plus*, em que:

um comportamento paralelo é necessário, mas não suficiente, para caracterizar um ilícito de formação de cartel do ponto de vista antitruste; é fundamental identificar-se um *plus* em termos de evidência, vale dizer, um indício forte ou uma prova de que houve evento colusivo ensejador da resultante comportamental paralela¹⁵³

No entanto, em casos em que há de fato um acordo, a ampla divulgação das informações facilita igualmente a ação dos cartéis, uma vez que a necessidade de comunicação direta entre os membros é, ao menos, reduzida.

Lado outro, a completa divulgação de informações do certame igualmente possibilita que cartéis fiscalizem a participação de seus membros e de novos entrantes no mercado, o que é fator crucial para sua estabilidade.¹⁵⁴ Conforme explica McAffe e McMillan, os cartéis necessitam de mecanismos retaliação que garantam a observância do acordo anteriormente estipulado, inibindo condutas oportunistas.¹⁵⁵

Esta questão é extremamente importante quando se leva em consideração que os cartéis geralmente possuem uma tendência a sofrer com ações oportunistas de seus próprios membros, o que gera um fator de instabilidade no acordo.¹⁵⁶ Por outro lado, em mercados transparentes, essa característica encontra-se relativamente prejudicada diante da facilidade em detectar comportamentos desviantes e, de, assim, punir os responsáveis.¹⁵⁷

Não por outro motivo, Alberto Heimler afirma que a tendência à instabilidade dos cartéis é diminuída no caso das licitações públicas, em que exemplos de ações coordenadas,

¹⁵⁰ DOMINGUES, GABAN, 2012, p. 176/177

¹⁵¹ Ibid., p. 176-177

¹⁵² Ibid., p. 176-177. Esta posição foi adotada no voto do Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, no processo nº 08012.002493/2005-16.(CADE, Processo nº 08012.002493/2005-16, Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz, publicado no DOU em 17/12/2007)

¹⁵³ Ibid. p. 176-177

¹⁵⁴ OECD, loc. cit.

¹⁵⁵ MCAFFE, MCMILLAN, 1992, p. 581

¹⁵⁶ HEIMLER, Alberto. Cartels in Public Procurement. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 849-862, 2012.

¹⁵⁷ Ibid., p. 850

além de comuns, exibem relativo sucesso ¹⁵⁸. Segundo o autor, tal fato seria uma das razões para o fracasso dos programas de leniência no âmbito dos certames públicos, uma vez que os pedidos normalmente tendem a ocorrer quando um dos membros percebe o risco de o cartel vir a colapso.¹⁵⁹ Com a patente estabilidade e a alta lucratividade, os cartéis em licitações não sofrem grandes probabilidades de serem delatados, tornando o ambiente propício à formação de tais acordos.

Assim, apesar da clara importância das informações ao ambiente competitivo, é importante perceber que, em determinados casos, os efeitos podem, pelo menos em tese, serem contrários ao próprio interesse público.

2.4 O sigilo como saída?

Pelo exposto, é inegável que o tema merece a devida atenção. De fato, diversos são os riscos ocasionados pelo excesso de publicidade em licitações, o que, pelo menos em tese, poderia legitimar um possível sigilo. Ademais, o regime de licitações possui como elemento central a competitividade, que, além de possibilitar o alcance da melhor proposta, é fundamental à garantia da moralidade e do tratamento igualitário aos licitantes.

No entanto, alguns limites fundamentais já se desenharam na análise acima realizada. Em primeiro lugar, é necessário ter em conta o caráter central da publicidade no contexto de uma democracia e também a sua importância à defesa da moralidade pública e dos direitos individuais, até porque a informação disponibilizada pelos Órgãos Licitantes serve aos concorrentes na tutela de seus interesses. Válida, no ponto, a lembrança de que a publicidade está amplamente ligada ao próprio dever de motivação, que igualmente deve ser equacionado ao problema.

No âmbito das licitações – e sem se distanciar do plano constitucional - a publicidade figura-se importante para dois aspectos: garantir a máxima participação de interessados e o tratamento igualitário entre os licitantes. Como dito, tais questões possuem relevante função para a própria competitividade do certame, o que revela ainda mais a complexidade do tema.

Por fim, outra questão de extrema relevância encontra-se nos próprios efeitos da publicidade no ambiente concorrencial, que, como visto, depende de um grau de transparência que permita a difusão de informações relevantes, possibilitando a maior previsibilidade dos

¹⁵⁸ HEILMER, 2012, p. 851-855

¹⁵⁹ Ibid. p. 858.

riscos. Tendo em vista tal controvérsia, é de se questionar também se seria legítimo restringir princípio fundamental diante de ameaça que, dependendo do caso, possa ter comprovação problemática.

Nesse contexto, como meio analisar como as questões acima delineadas são desenvolvidas em um caso concreto, será estudado, em seguida, o sigilo do orçamento, que foi consagrado Regime Diferenciado de Contratação. A partir de análises de acórdãos do Tribunal de Contas da União, será possível entender a complexidade do tema e levantar algumas reflexões importantes.

CAPÍTULO III: A ANÁLISE DO TCU EM CASOS DE ORÇAMENTO SIGILOSO

Tendo em consideração todas as questões acima expostas, dentre as quais se podem destacar o debate constitucional sobre o tema, a importância da publicidade no regime de licitações e à competitividade, bem como as controvérsias da própria economia, passa-se a analisar o caso da implantação do sigilo do orçamento sob o enfoque dos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

Dada à centralidade de sua discussão no âmbito do RDC, será adotado, em um primeiro momento, o sigilo estipulado em tal regime como modelo. Além disso, serão expostos os motivos econômicos para sua adoção, para depois, de acordo com a prática do TCU, verificar como estes argumentos foram trabalhados e confrontados.

Cumprir destacar, por fim, que parte dos casos analisados diz respeito a outras ocorrências na legislação brasileira, o que, na prática, não inviabilizou o estudo.

3.1 A mudança realizada pela lei do Regime Diferenciado de Contratação

A realização de uma estimativa do valor do objeto é obrigatória em qualquer modelo de certame. Trata-se de medida necessária à definição do objeto, à quantificação do total a ser gasto e à aferição da aceitabilidade da proposta, pois, a partir dele, pode-se definir a exequibilidade ou não da oferta, bem como o valor máximo, caso tenha.¹⁶⁰ Segundo Marçal Justen Filho, a obrigatoriedade cumpre relevante função no planejamento do Estado, pois somente com base em tal estimativa é possível “determinar a existência de recursos orçamentários, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto”.¹⁶¹

Por tal motivo, a legislação exige a presença não só da estimativa, mas a sua estruturação em forma de planilhas de quantitativos e valores unitários, conforme norma expressa para caso de obras e serviços.¹⁶² Essas são fundamentais por indicar todos os componentes de determinado objeto e seus respectivos valores, o que possibilita uma melhor

¹⁶⁰ CARDOSO, 2013, p. 81

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, 2013, p. 160

¹⁶² Neste sentido, é o que expressa a Lei 8.666/93: “Art. 7º, § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”

avaliação das propostas – desclassificando aquelas despropositadas e sem consistência – e a própria contestação dos particulares frente aos valores apontados pelo Estado.¹⁶³

No ponto, é importante perceber que a proposta cujo valor esteja 70% abaixo do orçamento da Administração pode ser considerada inexequível (Art. 48, §1º, “b”), o que demonstra a importância da elaboração do orçamento. Além disso, tal valor pode ser utilizado como base para o valor máximo definido¹⁶⁴, bem como ter relevância para a definição do preço de mercado do objeto – que, se ultrapassado, leva igualmente à desclassificação¹⁶⁵.

No caso do primeiro, a estipulação de um valor máximo é - via de regra - optativa, sendo obrigatória nos casos de licitações de obras e serviços de engenharia, conforme Súmula 259 do TCU.¹⁶⁶ Apesar de serem distintos¹⁶⁷, o TCU afirma que deve haver uma relação entre eles, pois ambos são elaborados com base no valor de mercado do bem, não sendo justificável uma total discrepância entre um e outro:

27. Ora, se o preço estimado para contratação deve ser elaborado com base naqueles correntes no mercado onde será realizada a licitação e consiste, via de regra, na média dos preços pesquisados na região, de modo a refletir o preço de mercado, podemos concluir que valor de referência corresponde a valor orçado, haja vista que ambos são obtidos por meio da realização de pesquisa de preços no mercado.

28. Assim, contraria o princípio da legalidade, da eficiência e da economicidade quando, após a obtenção do preço médio resultante de pesquisa de mercado, os responsáveis arbitram, ao alvedrio de qualquer critério estatístico ou matemático, o percentual de 20% (a maior) sobre o valor inicialmente estimado.¹⁶⁸

¹⁶³ JUSTEN FILHO, 2013, p. 190-191

¹⁶⁴ Trata-se do valor máximo, previsto no Art. 40, X, da Lei 8.666/93 “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;”

¹⁶⁵ Tal vedação encontra-se expressa no Art. 43, IV, da Lei: “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”

¹⁶⁶ Neste sentido, a Súmula 259 no TCU prevê a obrigatoriedade de estipulação de valor máximo nos casos de obras e serviços de engenharia: “Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.”

¹⁶⁷ Conforme expresso pelo TCU: “‘orçamento’ ou ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem”(TCU, Processo nº 033.876/2010-0, Acórdão 392/2011, Plenário, Ministro Relator José Jorge, Sessão do dia 16/02/2011.)

¹⁶⁸ TCU, Processo nº 000.320/2011-0, Acórdão 378/2011, Plenário, Ministro Relator Aroldo Cedraz, Sessão do dia 16/02/2011

Lado outro, a desclassificação também é possível para os casos em que a proposta ultrapasse o valor de mercado, o que, no entanto, dependerá de uma análise acurada da Administração. Assim como o mercado não possui um determinado valor fixo para um bem, é possível que uma proposta acima do orçamento ainda esteja dentro desta possível variação, conforme já decidiu o TCU:

20. Deve-se atentar em que a Lei nº 8.666/93 não ordena a desclassificação de propostas de preços desconformes com o orçamento, mas sim de propostas de preços desconformes com o mercado, este que é, na verdade, o padrão efetivo para avaliação da conformidade das ofertas, como se percebe dos artigos 24, inciso VII, e 43, inciso IV, da mencionada lei.

21. Afinal, num ambiente de concorrência efetiva, é de se presumir que os preços médios ofertados pelas licitantes representam os preços de mercado. Não será o orçamento, fundado em preços referenciais, que decretará a atuação do mercado, por mais que um sistema de custos como o Sicro2 procure reproduzi-lo.¹⁶⁹

Não obstante, é importante perceber que o valor estimado pela Administração pode revelar um importante parâmetro para a definição de tal preço, até porque ele deve, pelo menos em tese, refletir o valor de mercado do bem.¹⁷⁰

A Lei do RDC, no entanto, alterou algumas questões. Em primeiro lugar, a principal diferença encontra-se na própria obrigatoriedade de publicação. No regime da Lei 8.666/93, a publicação seria obrigatória, conforme previsão expressa do Art. 40, §2º, III, da Lei 8.666/93, que estabelece “o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” como um anexo do edital; e do Art. 7º, §8º, que assegurou o acesso aos valores orçados a qualquer cidadão por meio de requerimento.

Lado outro, contrariando a tendência à ampla publicidade, o Regime Diferenciado de Contratação - Lei 12.462/11 – adotou expressamente o sigilo do orçamento como uma possibilidade. À parte dos casos em que a licitação se guia pelo critério do maior desconto ou da melhor técnica, a regra seria a não divulgação da estimativa realizada pelo poder público, postergando a sua publicação para o fim da licitação (Art. 6º *caput* e §3º)¹⁷¹. O momento

¹⁶⁹ TCU, Processo 002.489/2002-4, Acórdão 267/2003, Plenário, Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Sessão do dia 26/03/2003.

¹⁷⁰ TCU, Processo 001.168/2010-0, Acórdão 1.462/2010, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Sessão do dia 23/06/2010

¹⁷¹ A afirmação encontra posições contrárias da doutrina (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013a, p. 117/118) e do TCU, conforme será expresso a seguir. No entanto, para esse panorama geral, adotou-se a opinião de André Guskow Cardoso (CARDOSO, 2013, p. 81), que afirma o sigilo do orçamento como regra geral no regime do RDC. Tal aferição é confirmada no Decreto nº 7581/2011, que expressamente adotou a obrigatoriedade em seu Artigo 9º: “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.”

exato da divulgação foi estipulado por meio do Decreto 7.581/11, que definiu a sua obrigatoriedade “apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto”(Art. 9º).

Vale destacar, no entanto, que o sigilo não afastaria a possibilidade de fiscalização por parte de órgãos de controle internos e externos. No caso, a própria lei estabeleceu que o orçamento será disponibilizado “estrita e permanentemente aos órgãos de controle interno e externo”(Ar. 6º, §3ª).

Outra questão fundamental ao orçamento no âmbito do RDC é a sua equiparação ao valor máximo admitido na licitação, tendo em vista que as propostas que o ultrapassarem serão, em regra, desclassificadas (Art. 23).¹⁷² No entanto, esta análise somente ocorrerá após a fase de lances, sendo oportunizada ao primeiro colocado a renegociação da proposta quando esta esteja acima do valor máximo¹⁷³(Art. 26). Caso o primeiro colocado não diminua a proposta até um nível abaixo do valor orçado, ele será desclassificado, convocando-se sucessivamente os próximos da lista até que algum licitante aceite trabalhar dentro do patamar imposto pela Administração Pública.

Conforme André Guskow Cardoso expõe, tal previsão demonstra clara divergência em relação ao modelo da Lei 8.666/93, em que o preço de referência não necessariamente era o valor máximo admitido pela Administração Pública.¹⁷⁴ No caso do Regime Geral, em tese, não haveria vedações à contratação acima do valor orçado, uma vez que somente não seria permitido ao órgão público que aceitasse proposta acima do valor indicado como máximo (art. 40, X e 48, II) ou do valor de mercado (art. 43, IV).¹⁷⁵

Diante deste contexto, Marçal Justen Filho entende que as funções do orçamento são distintas e geram, por tal motivo, questões igualmente diversas¹⁷⁶. Segundo o Autor, a estimativa do Estado no âmbito da Lei 8.666/93 teria função meramente “cognitiva”, podendo ser utilizado pela administração diante do caso concreto para desclassificar uma proposta.¹⁷⁷ No RDC, por outro lado, o autor defende que o orçamento possuiria função mais relevante, tendo em vista que, em regra, torna inválida a proposta que o ultrapassasse.¹⁷⁸

¹⁷² CARDOSO, 2013, p. 102

¹⁷³ JUSTEN FILHO, loc. cit., p. 436

¹⁷⁴ CARDOSO, 2013, p. 102

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, 2013, p. 192

¹⁷⁶ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 108

¹⁷⁷ Ibid., p. 108

¹⁷⁸ Ibid., p. 108

3.2 A decisão de adotá-lo

3.2.1 Os argumentos utilizados no âmbito político

Dois foram os argumentos principais utilizados para implantar-se o sigilo do orçamento no Regime Diferenciado de Contratação: o combate a cartéis e a indução dos licitantes a reduzirem o valor das propostas.

A primeira defesa de tal regime foi apresentada no parecer do Senado Federal, que afirmou que o escopo da medida seria o combate a cartéis. Segundo o documento, o orçamento serviria de baliza aos membros de tais acordos, que poderiam realizar propostas com descontos mínimos em relação ao teto estipulado pela Administração. O RDC, segundo relatado, acabaria com tal parâmetro, forçando a diminuição dos preços diante do risco de desclassificação:

“Outra medida destinada a combater cartéis é o sigilo do orçamento prévio durante a licitação.[...] Sabedor de que os outros licitantes irão ofertar preços superiores ao de sua proposta, o futuro vencedor [membro do cartel] pode elaborar a sua modo a que a margem de desconto em relação ao orçamento prévio da Administração seja mínima. Se o orçamento prévio não for divulgado há um incentivo à redução dos preços, já que são desclassificadas as propostas em valor superior ao limite definido pela Administração.”¹⁷⁹

Apesar de no parecer não ficar claro se o único objetivo era o combate à formação de cartéis, as informações prestadas pelo Senado na ADI 4.645– que, vale destacar, também foram confirmadas pela manifestação da Presidência da República - clarificam a questão e definem expressamente o argumento de o sigilo induzir os licitantes a reduzirem os preços:

55. A ideia é simples: definido seu limite máximo de gastos, nenhum comprador anuncia previamente o quanto pretende gastar em sua compra. Cabe ao vendedor dizer qual o preço que quer cobrar. Quando o governo anuncia previamente sua estimativa, os preços dos licitantes tendem a convergir para patamares próximos ao anunciado, e não para o preço real da contratação possivelmente mais baixo.

56. Conforme se observa na prática, quando os licitantes possuem a informação acerca do montante que a Administração Pública está disposta a gastar o valor dos lances apresentados fica condicionado pelo orçamento divulgado, desestimulando a apresentação de suas melhores propostas. Quando os licitantes não conhecem, de fato, o orçamento estimado, há tendência à apresentação de ofertas mais atrativas para a Administração.¹⁸⁰

¹⁷⁹ BRASIL. Senado Federal. Plenário. **Parecer 662/2011**. Relator: Senador Inácio Arruda. 5 de julho de 2011, p. 20. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93007.pdf>> . Acessado em: 16 de junho de 2015

¹⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. **Ofício nº 0315/2011-Presid/Advosf**. Brasília, 23 de setembro de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acessado em: 16 de junho de 2015.

Assim, apesar de, em um primeiro momento, a exposição do Senado não ter deixado claro quais seriam os motivos da implantação do sigilo, pode-se inferir que as duas razões acima expostas dominaram os debates sobre o tema e, por isso, serão adotadas no presente trabalho.

3.2.2 A problemática das justificativas

No âmbito internacional, a adoção do sigilo do orçamento recebe o apoio de importantes organizações, como é o caso da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE¹⁸¹. Não obstante, a questão se revela discutível em múltiplos aspectos.

Foi o que apontou a pesquisa feita por L. Carpineti e outros com base em questionários enviados a autoridades de 31 países europeus, dos Estados Unidos e do Brasil.¹⁸² Nela, diversos países afirmaram que não publicam suas estimativas por temerem a formação de cartéis¹⁸³ No entanto, a mesma pesquisa apontou que 7 países publicam a sua estimativa, alguns deles sob o argumento de que tal prática evitaria a formação de tais acordos anticompetitivos, tendo 5 afirmado que propositalmente publicavam e fixavam um valor elevado como meio de atrair mais competidores.¹⁸⁴

Neste sentido, ainda que importantes organizações o defendam, as diferentes posições adotadas somente denunciam que, no fundo, a resposta – se é que existe – possui maior complexidade.

Conforme se analisará, os argumentos do Governo para a defesa do regime podem ser encontrados nos estudos sobre o preço de reserva, figura da economia que, no caso dos certames públicos, expressa o valor máximo que Órgão licitante aceitaria pagar por um

¹⁸¹ Segundo a OECD: Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority.(ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement**. Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015)

¹⁸² CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; MATTEO, Zanza. The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement. In: **Handbook of procurement**. DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLOS, Giancarlos(coord.). [S.l]: Cambridge University Press, 2006. Disponível em <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=896748>> Acessado em: 16 de jun. de 2015;.

¹⁸³Ibid., p. 8

¹⁸⁴Ibid., p. 8

determinado objeto.¹⁸⁵ Apesar da forma problemática como tal figura foi incorporada ao direito brasileiro, os argumentos serão explicados com base nos estudos realizados sobre o preço de reserva, assim como foi nas análises de Marcos Nóbrega¹⁸⁶ e Ângelo Lopes da Silva¹⁸⁷.

Além disso, é importante destacar que cada estudo parte de um determinado modelo econômico, afirmando as variáveis que influenciam o comportamento dos concorrentes, bem como analisa diferentes aspectos, como os impactos no valor médio das propostas ou a possível formação de cartéis.

Tal questão fica clara com a opinião de Marcos Nóbrega, que, após analisar diversos teóricos sobre o tema, concluiu:

Na verdade as conclusões a que os estudos acima chegaram são resultados, por óbvio, das hipóteses que cada um assumiu. Se os licitantes possuiriam valores independentes ou valores comuns; se o certame seria realizado no formato de primeiro preço ou de segundo preço selado; qual a probabilidade da informação ser absorvida pelos outros licitantes, ou seja, se seria utilizado o método de afiliação ou de malha, entre tantas outras coisas
A questão fundamental é que o orçamento secreto, da forma como estabelecida na lei do RDC apresenta algumas particularidades que fragilizam os achados teóricos realizados sobre o impacto do sigilo no resultado afinal alcançado¹⁸⁸

No entanto, não se pretende na pesquisa analisar se o modelo é ou não eficaz, ou se determinado estudo representa melhor a realidade do mercado. Busca-se demonstrar como os argumentos utilizados pelo Brasil na adoção do regime encontram fundamento na economia, ainda que não se encaixem perfeitamente ao modelo adotado.

Com base em tais premissas, a seguir será analisada a possível sustentação teórica do regime de sigilo positivado no RDC.

3.2.3 Os possíveis argumentos favoráveis

¹⁸⁵ SILVA, Ângelo Henrique Lopes. **Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas**. XVI Prêmio Tesouro Nacional 2011, p. 9 Disponível em: < http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf> . Acessado em 15 de junho de 2015

¹⁸⁶ NÓBREGA, Marcos. O regime diferenciado de contratação – RDC, negociauction e o orçamento sigiloso. Revista eletrônica de direito do Estado(REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/o-regime-diferenciado-de-contratacao-rdc-negotiauction-e-o-orcamento-sigiloso>>. Acessado em: 16 de junho de 2015

¹⁸⁷ SILVA, 2011, *passim*

¹⁸⁸ Ibid., p. 12

No caso do RDC, como visto, afirma-se que a divulgação do orçamento facilitaria a formação de cartéis e influenciaria as empresas a realizar ofertas próximas ao maior preço assinalado pela Administração, causando, por consequência, o aumento nos valores.

Com base na teoria econômica sobre o tema, André Guskow Cardoso afirma que a incerteza sobre o orçamento do Estado poderia levar à diminuição dos preços.¹⁸⁹ Além disso, o autor delinea que a ausência de um parâmetro geraria maior dúvida quanto à proposta dos outros licitantes, que não mais teriam qualquer valor como ponto de partida para o seu preço.¹⁹⁰ Assim, o licitante não conseguiria prever os possíveis lances dos seus competidores, agregando, segundo o autor, outro fator de incerteza à dinâmica do certame.¹⁹¹

Esta afirmativa encontra fundamento na análise econômica feita por Ângelo Henrique Lopes da Silva, que afirma que a incerteza quanto ao valor do orçamento acabaria por diminuir os lances dos competidores, que poderiam se aventurar mais sem nenhum valor para balizar suas propostas.¹⁹² No entanto, o autor destaca que orçamentos extremamente baixos poderiam anular este ganho, pois as chances dos lances serem desclassificados seriam altas.¹⁹³

A existência de tal parâmetro revela, de certa forma, a própria questão dos acordos tácitos, que foram trabalhados no capítulo anterior. Segundo as explicações acima expostas, o orçamento do Estado poderia gerar um padrão nas propostas dos licitantes, que tenderiam a ofertar valor próximos aos preço estipulado. Tal preocupação mostra-se clara na posição de Marcos Nóbrega, que afirma a possibilidade de a divulgação do orçamento levar os licitantes a gravitarem entorno do valor estipulado pela Administração Pública.¹⁹⁴

Essa constatação também pode ser percebida a partir das pesquisas de McAfee e McMillan, em que se constata a tendência dos lances a restringirem-se a uma faixa muito próxima de tal valor.¹⁹⁵ Isso, para os autores, ocorreria tanto diante de acordos tácitos quanto na existência de efetivo acordo entre os concorrentes.¹⁹⁶

No caso de cartéis, a questão é igualmente comprovada por Ângelo Silva, que destaca que, nesta situação, o preço do lance sempre se igualaria ao preço de reserva.¹⁹⁷ Por tal motivo, Silva defende que o sigilo do orçamento forçaria o cartel a abaixar os preços.¹⁹⁸

¹⁸⁹ CARDOSO, 2013, p. 93

¹⁹⁰ Ibid, p. 93

¹⁹¹ Ibid, p. 93

¹⁹² SILVA, 2011, p. 33

¹⁹³ Ibid., p. 33

¹⁹⁴ NÓBREGA, 2015, p. 10

¹⁹⁵ MCAFEE, MCMILLAN, 1992, p. 590

¹⁹⁶ Ibid., p. 590

¹⁹⁷ SILVA, 2011, p. 34

¹⁹⁸ Ibid., p. 34

Setephan Weishaar vai mais além, destacando como a ausência de um parâmetro pode prejudicar as decisões estratégicas dos cartéis, especialmente ao dificultar a previsão de lucro com o acordo.¹⁹⁹ É importante, neste contexto, lembrar que um dos grandes desafios dos cartéis é definir a sua estratégia, estipulando quem será o vencedor do certame e o próprio valor do lance ganhador.²⁰⁰

Assim, sem a divulgação do preço orçado pela Administração, os membros dos cartéis seriam obrigados a se comunicarem para estipular o valor da proposta vencedora, o que aumentaria as chances de serem descobertos.²⁰¹

No entanto, McAfee e McMillan afirmam que tal prática somente é relevante em alguns tipos de mercados, notadamente aqueles em que os preços praticados não são de conhecimento comum.²⁰² Em hipóteses cujo valor de mercado seja de fácil constatação, razão nenhuma existe para manter em sigilo a estimativa estatal, tendo em vista que o seu valor provavelmente será muito próximo ao amplamente praticado.²⁰³

Pelo exposto, pode-se concluir que, de fato, existem razões econômicas relevantes para o sigilo do orçamento, o que, no entanto, não significa que inexistem argumentos contrários ou que as teorias utilizadas não se coadunem com o próprio modelo do RDC.

3.3 Questões preliminares à análise dos acórdãos

Em linhas gerais, esses foram os argumentos econômicos utilizados para a defesa do sigilo no Regime Diferenciado de Contratação. No entanto, diante das diversas manifestações da sociedade civil e até mesmo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁰⁴, é interessante analisar, a partir da prática do TCU, como foram levantadas as possíveis crítica e defesas ao sigilo do orçamento.

Apesar de toda a controvérsia sobre o tema, o fato é que o Tribunal de Contas da União já vinha lidando há tempos com o tema do sigilo – ainda que não nos exatos termos do RDC. Nesse sentido, tendo em vista as claras dimensões constitucionais, as possíveis controvérsias em sua aplicação em relação à função da publicidade no âmbito dos certames

¹⁹⁹WEISHAAR, 2013 p. 53

²⁰⁰MCAFFE, MCMILLAN, op. cit., p. 580

²⁰¹Ibid., p. 592

²⁰²Ibid., p. 592

²⁰³Ibid., p. 592

²⁰⁴ A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.645, pendente de análise perante o STF, questiona a validade do sigilo frente ao princípio da publicidade.

públicos, bem como as incertezas das teorias econômicas, serão analisados alguns acórdãos do TCU sobre o tema, de modo a aferir como estas variáveis foram trabalhadas.

Em primeiro lugar, além da constatação de que o Tribunal já lidava com possíveis práticas de sigilo, a escolha de tal órgão foi interessante diante da constatação de que a sua análise não se reduz ao mero exame da legalidade, podendo igualmente adentrar na economicidade da escolha.²⁰⁵ De fato, apesar de o TCU estar limitado ao analisar a discricionariedade administrativa, o seu papel no sistema constitucional possibilita que tal órgão emita recomendações à Administração Pública, expondo sua opinião sobre várias práticas e políticas.²⁰⁶ Nesse sentido, até mesmo em casos em que, em tese, poder-se-ia afirmar os limites à atuação do TCU, o órgão teria ao menos a prerrogativa de emitir sua opinião sobre o tema.

Vale destacar que os acórdãos selecionados não representam inteiramente a posição do órgão sobre o sigilo. A pesquisa restringiu-se a casos de orçamento sigiloso aceitos pelo Tribunal de Contas que foram identificados a partir da leitura de textos e artigos sobre o tema.²⁰⁷ Nesta etapa, foram descobertos três casos: o das licitações submetidas aos acordos com o Banco Mundial no âmbito do Programa Proágua; as submetidas ao regime de Pregão; e, por fim, as realizadas pela Petrobras em sua atividade-fim. A partir de tais casos, procedeu-se a busca no sítio eletrônico do TCU.

Após a leitura e análise de parte representativa de cada ocorrência, identificaram-se os processos que melhor desenvolveram as questões acima expostas. Em tal etapa, privilegiaram-

²⁰⁵ Neste sentido, a Constituição Federal afirma as dimensões que podem ser analisadas pelo TCU: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

²⁰⁶ Ao tratar do tema, Carlos Ari Sunfeld afirma que, muito embora o TCU possa fiscalizar e analisar diversas decisões da Administração Pública, bem como valer-se de parâmetros amplos, a decisão do Tribunal encontra-se limitada por vários aspectos. Não obstante, ainda que sua atuação possa ser limitada, a Corte de Contas pode emitir sua opinião em múltiplos aspectos, conforme comentou o autor sobre o caso da aplicação da legislação regulatória: “O Tribunal não tem poder de revisão nos casos em que a discussão envolva questão puramente regulatória, isto é, trate da aplicação de normas legais e regulamentares que digam respeito à estrita regulação setorial.(...)Ressalte-se que não é inviável que o Tribunal de Contas faça uma análise operacional do desempenho de organismos reguladores ou mesmo da regulação por eles expedida. O Tribunal pode, de fato, avaliar se a atuação geral do organismo está proporcionando maior ou menor eficiência ao setor. Mas disso não resultará qualquer ordem às autoridades administrativa, mas sempre e só recomendações não vinculantes”(SUNDFELD, Carlos Ari. O Tribunal de Contas da União e a regulação. In: **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015, p. 32/37)

²⁰⁷ Os casos foram selecionados a partir da leitura do artigo de André Guskow Cardoso(2013), e de Fabiano Figueiredo de Araújo(ARAÚJO, Fabiano Figueiredo de. Copa e Olimpíadas: A verdade sobre o sigilo do orçamento para os Jogos. **Consultor Jurídico**: [s.l.], 22 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/verdade-sigilo-orcamento-copa-olimpiadas?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>. Acessado em: 16 de junho de 2015)

se os acórdãos que, além de discutirem de forma mais ampla os problemas identificados, também expusessem possíveis mudanças de entendimento do Tribunal. Com base em tais premissas, os seguintes casos se destacaram: no âmbito do Banco Mundial, escolheu-se o processo 010.095/2008-3, que entendeu pela validade da norma de não publicação do orçamento; para representar os casos de Pregão, foi selecionado o processo 020.792/2007-5, que foi o primeiro caso em que o Tribunal, além de não obrigar a divulgação do orçamento junto ao edital, consignou pela possibilidade de impedir a consulta do valor estimado na repartição pública responsável; por fim, o caso 017.810/2006-5 da Petrobras foi escolhido por ter sido o primeiro caso identificado no âmbito do TCU que afastou a obrigação da Petrobras divulgar o orçamento.

Além disso, para completar e representar melhor a questão, foram selecionados alguns casos também do RDC. Após a identificação de discussões sobre o tema no âmbito do TCU, foram selecionados dois processos (017.603/2012-9 e 004.877/2014-4) que representam os esforços do Tribunal em orientar melhor o uso do sistema.

No entanto, alguns detalhes devem ser devidamente destacados, principalmente quando os casos analisados pelo Tribunal manifestam diferenças claras em relação ao modelo adotado no RDC, e igualmente quando a teoria econômica exposta ou que embasa as decisões não se encaixa perfeitamente àquele modelo de licitação ou àquele mercado.

No primeiro caso – o do Banco Mundial – as informações contidas nos Acórdãos apontam para o fato de que o valor estimado total era público, sendo somente ocultado o preço unitário de cada bem. Não foi possível inferir se a consulta aos valores era ou não possível nas repartições públicas. Além disso, em algumas partes da análise do Tribunal, problematiza-se também a ausência da planilha de quantitativos, ainda que estranhamente as autoridades responsáveis tenham amplamente afirmado que o único dado não divulgado era o preço unitário. Ao final, a questão não fica clara, tendo em vista que o Tribunal reconheceu a constitucionalidade sem maiores manifestações sobre o tema.

Os casos analisados também não deixam claro se, assim como no RDC, o valor estimado seria o máximo admitido pela administração pública. Especificamente no caso do Banco Mundial, não havia valores máximos para os preços unitários. Quanto ao Pregão, o Tribunal passou a não admitir o sigilo do orçamento caso a Administração o utilizasse como critério de aceitabilidade.²⁰⁸ Não obstante, a questão não é totalmente clara, tendo alguns

²⁰⁸ Este entendimento foi consagrado no Acórdão 392/2011 do Plenário do TCU: “É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E

acórdãos sobre o tema citado a existência de valores máximos. No caso da Petrobras, a questão não foi sequer discutida.

Por fim, à parte do caso do Banco Mundial, o sigilo foi estabelecido por razões competitivas em todos os casos analisados. Vale destacar que, no que concerne ao BIRD, apesar de a própria instituição não se referir a esta questão, as manifestações de alguns envolvidos fazem expressa menção a tal problemática, como o Ministério da Integração Nacional.

Não obstante a todas estas ressalvas, que, vale dizer, distanciam alguns acórdãos do modelo estipulado pelo RDC, a análise foi plenamente possível, tendo em vista que o Tribunal faz importantes apontamentos sobre o tema, problematizando questões constitucionais, legais e econômicas. Neste último tema, de igual maneira ao realizado para analisar as defesas do RDC, não será problematizada a possibilidade ou não de aquele modelo comportar a referida análise econômica. Fundamental, para os motivos da pesquisa, identificar os próprios argumentos do TCU sobre a questão: se ele reconhece os riscos envolvidos por tal prática e a maneira como ele tratou em cada caso.

Em primeiro lugar, serão discutidas como as questões constitucionais foram analisadas em cada processo, destacando se o Tribunal entendeu pela constitucionalidade ou não, quais os argumentos utilizados, bem como se foi problematizado, na questão, algum efeito negativo à participação popular, ao controle da Administração Pública, aos direitos individuais, como o contraditório e a ampla defesa etc. Em clara conexão com o último ponto, será analisado se o Tribunal de alguma forma problematizou a função da publicidade dentro do regime de licitações, principalmente no que tange à sua importância à competitividade, como a garantia de máximo acesso e a garantia de tratamento igualitário, bem como as controvérsias econômicas sobre o tema – isto é, os seus efeitos no comportamento dos licitantes -.

Além disso, será analisado se as possíveis incertezas da economia são consideradas um obstáculo à afirmação da constitucionalidade de tal proposta e, por fim, se, mesmo diante de possíveis argumentos contrários ao uso do sigilo, é possível definir algum tipo de critério na sua utilização com base nos acórdãos analisados.

não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.”(TCU, Processo 033.876/2010-0, Acórdão 392/2011, Plenário, Ministro Relator José Jorge, Sessão do dia 16/02/2011)

3.4 Análises dos casos

3.4.1 O caso das licitações financiadas pelo Banco Mundial (010.095/2008-3)

3.4.1.1 O contexto e a descrição do caso

Os casos relacionados ao Banco Mundial tratam da não divulgação do orçamento em planilhas de quantitativos e preços unitários por meio do edital e também da cláusula de confidencialidade imposta pela referida entidade, que tornava sigiloso o procedimento licitatório a partir do recebimento das propostas até a adjudicação do objeto.

Tal controvérsia ocorreu no âmbito de licitações do Programa Proágua Nacional, que, por contar com financiamento do BIRD, deveria acatar as regras estipuladas pela entidade financiadora. No caso, seria feita a análise da legalidade das duas cláusulas acima descritas, oportunidade em que, além de discutir a validade das licitações em aberto e editais já prontos, seria enviada recomendação para balizar a elaboração de novos editais, bem como orientação à Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para disciplinar a adoção de futuros acordos com entidades internacionais.

A questão não era nova no Tribunal, já havendo alguns precedentes que constataram a inconstitucionalidade da não divulgação do orçamento, bem como da cláusula de confidencialidade (Acórdãos 2.239/2007 e 772/2006²⁰⁹).

O primeiro Acórdão a analisar o processo em questão – nº 2690/2008²¹⁰ – firmou entendimento no mesmo sentido das análises anteriores, que constataram que a não divulgação dos preços era mera recomendação do Banco Mundial, razão pela qual reputou a aplicação do Regime Geral de Licitações diante da omissão do acordo sobre o tema, pois este tampouco impedia a divulgação das planilhas.

Conforme explicado no caso, apesar de um tratado internacional poder inovar na legislação infraconstitucional, as regras somente poderiam se sobrepor às da Lei 8.666/93 quando figurassem como verdadeira imposição da entidade financiadora (Art. 42, §5º, da Lei 8.666/93). Como no caso a norma não era condição essencial imposta pelo BIRD, o Tribunal entendia pela aplicação da legislação ordinária brasileira, que obriga a divulgação do orçamento.

²⁰⁹ TCU, Processo 015.516/2005-5, Acórdão 2239/2007, Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar, Sessão do dia 24/10/2007; TCU, Processo 005.207/2005-6, Acórdão 772/2006, Plenário, Sessão do dia 24/05/2006

²¹⁰ TCU, Processo 010.095/2008-3, Acórdão 2690/2008, Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar, Sessão do dia 26/11/2008

No entanto, o Tribunal também se manifestou pela invalidade da norma em face Constituição, o que impossibilitaria a sua adoção em futuros acordos eventualmente assinados pelo Brasil. Entendia-se pela invalidade da norma sob o ponto de vista constitucional, afirmando-se a afronta ao regime de ampla publicidade previsto.

Além da violação ao princípio da publicidade, a Unidade Técnica responsável – SECEX/PI – igualmente reputou a ofensa aos princípios da razoabilidade e eficiência. Segundo os relatos da secretaria, a falta dos preços unitários acabaria por deixar os licitantes sem qualquer tipo de referencial, o que ensejaria um aumento no valor das propostas como meio de se proteger dos riscos derivados de possíveis erros:

De fato, afigura-se manifestamente irrazoável que as empresas interessadas tenham que estimar os custos do objeto do certame apenas com base no teor dos itens constantes da planilha orçamentária e das especificações técnicas do objeto licitado, sem qualquer referencial de preços fornecido pela Administração, especialmente no presente caso, cujas planilhas orçamentárias têm milhares de itens. Ademais, essa falta de referencial de preços acaba sendo prejudicial para o interesse público, já que, 'partindo do zero' em termos de preços referenciais, as empresas, naturalmente, acabam inflando os seus preços, a fim de diminuir a margem de risco de uma interpretação errônea do teor das especificações técnicas dos itens de serviço.

O Voto, em igual sentido, acatou tais afirmações, muito embora, em sua fundamentação, também tenha levado em consideração a ausência da planilha de quantitativos:

Se assim não for levado a efeito nos editais do Programa Proágua, custeados parcialmente com recursos do Banco Mundial, restarão desrespeitados os princípios da publicidade e eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal. Ambos servem para balizar os concorrentes na confecção de suas propostas, o que evita a apresentação de preços superestimados que, de alguma forma, visem à proteção das empresas participantes do certame contra eventuais incertezas inerentes à ausência de estimativas que poderiam estar expressas por meio de planilhas de quantitativos e de preços unitários

No caso, apesar de o Banco Mundial não alegar motivos competitivos para a não divulgação dos preços unitários, o Ministério da Integração Nacional diretamente arguia que tal prática seria “ineficiente, distorcendo o mercado e forçando os licitantes a balizarem seus preços baseados em estimativas muitas vezes equivocadas”. Tal argumento, no entanto, foi rechaçado pelo Relator, que novamente alegou os prejuízos causados pela falta de parâmetro:

Em sentido oposto ao apontado a ausência de estimativas pode conduzir a contrações antieconômicas, pois o licitante, não necessariamente, confeccionará sua proposta tendo os parâmetros oficiais de preço como referência (Sinapi, Sicro etc.), havendo, por conseguinte, tendência de superdimensionar os valores a título de precaução.

Não obstante, a análise posterior do Tribunal (Acórdão 1312/2009²¹¹) alterou tal entendimento. A questão não é resolvida de forma clara no Acórdão, principalmente porque o voto do relator adotou os argumentos da Unidade Técnica – SERUR - e da Procuradoria, que eram conflitantes em algumas partes.

Em uma análise cronológica, a questão desenhou-se da seguinte forma. Em primeiro lugar, o Analista da Unidade Técnica, além de afirmar a necessidade de aplicação da Lei 8.666/93 diante da omissão do acordo, igualmente reputou que a prática traria riscos à função de controle externo exercida pelo TCU. Este último, vale dizer, foi o único argumento utilizado no âmbito constitucional, tendo as outras alegações utilizadas apenas para afirmar a necessidade e importância de se suprir a omissão do acordo com a norma da lei 8.666/93 e não simplesmente deixar tal espaço em aberto:

58. De fato, como observou a recorrente, o orçamento-base detalhado é regra de procedimento licitatório prevista na legislação ordinária (arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93), a qual poderia ser alterada a critério do mesmo legislador ordinário, desde que não haja violação à Lei Maior.

59. Entretanto, **seria inconcebível a divulgação de um edital para, por exemplo, a realização de uma obra pública sem tornar público o orçamento-base detalhado ao nível de quantidades e preços unitários.**

60. Como, no caso concreto, incide a regra excepcional do art. 42, § 5º, da Lei de Licitações, **uma análise superficial concluiria que restariam afastadas quaisquer de suas normas gerais, mas não é essa a interpretação mais apropriada.**

61. Embora os certames para a execução de objetos financiados com os recursos do Banco Mundial sejam regidos pelos procedimentos estabelecidos pelo organismo internacional no Acordo de Empréstimo, **na hipótese de omissão legislativa, há necessidade de integração do ordenamento jurídico aplicável.**

62. Assim, por analogia, não haveria óbice à aplicação dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93, especialmente porque não há nenhuma norma cogente do Banco Mundial que impeça a exigência, nos editais de licitação, dos orçamentos-base detalhados. Mera recomendação do Banco não teria força vinculante para o Mutuário

[...]

67. **Todavia, não basta conferir publicidade ao certame em si. É essencial que os editais sejam transparentes quanto à forma de cálculo do preço global**, para que, no futuro, o vencedor não alegue desconhecimento, principalmente em relação às quantidades unitárias que o contratante espera que sejam executadas pelo preço global avençado.

68. Aliás, a divulgação das estimativas dessas quantidades também serve de parâmetro para a elaboração das Planilhas de Preços Unitários dos licitantes, o que permite a escolha do menor preço global diante de um quantitativo estático definido pelo contratante.

69. No que tange ao princípio constitucional da eficiência, ressaltamos que a exigência dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, **representa muito mais do que uma simples regra de procedimento licitatório. Trata-se de procedimento necessário à própria atuação do controle externo.**

[...]

73. A chamada Teoria dos Poderes Implícitos é aplicável ao caso concreto na medida em que o procedimento definido nos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso

²¹¹ TCU, Processo 010.095/2008-3, Acórdão 1312/2009, Plenário, Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Sessão do dia 17/06/2009

II, da Lei nº 8.666/93 (meios), é essencial para o Tribunal de Contas da União realizar o controle externo sobre as contratações advindas do Proágua Nacional (fins), o que legitimaria a determinação do acórdão combatido, com espeque nos arts. 37, caput, e 71 da Carta Política.

(...)

79. Repise-se que a exigência de orçamentos-base detalhados com as quantidades e preços unitários auxiliam não só os órgãos de controle, como também os licitantes, uma vez que passam a ter um referencial sinalizado pelo próprio contratante acerca do orçamento do objeto a ser licitado e de suas especificidades.

80. Portanto, como a divulgação dos orçamentos-base detalhados nos editais de licitação mostra-se **um instrumento transparente, eficiente e necessário aos controles interno e externo dos contratos** e, notadamente, de seus aditivos, a sua exigência não viola o Acordo celebrado entre as partes, a determinação do TCU para observância dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II da Lei nº 8.666/93, deve ser mantida.

O Secretário, por outro lado, manifestou-se contrário a tal entendimento. Segundo ele, a não divulgação do orçamento seria útil à competitividade e, além disso, não implicaria em qualquer ofensa ao controle desenvolvido pelo TCU em tais licitações:

Não obstante concordar com a percuciente instrução elaborada pelo Analista que instruiu o feito, observo que a existência dos orçamentos-base, detalhados em planilhas de quantitativos e preços unitários, constitui medida suficiente para o acompanhamento da execução do objeto pactuado, por meio de boletins de medição ou ateste de execução parcial, em atendimento ao art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, julgo que a não-exigência da divulgação prévia, por meio do edital, em obediência ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, poderia mitigar os riscos de frustrar a espontaneidade na formação dos preços competitivos, sem prejuízos para o acompanhamento da execução do objeto pactuado, contemporizando, por conseguinte, as preocupações dos recorrentes

Por sua vez, o Ministério Público, apesar de concordar com o encaminhamento da Unidade Técnica – representado da conjugação das posições do Analista e do Secretário -, destacava a aplicabilidade da Lei 8.666/93 ao caso e, ainda, os riscos diante da não divulgação do orçamento.

Não obstante às diferentes posições tomadas em cada uma das manifestações, o voto do Relator cingiu-se a acolher as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público, decidindo por determinar apenas que os orçamentos existam no momento da elaboração do edital, e não a própria divulgação deste:

b) conhecer do pedido de reexame interposto pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, alterando-se os subitens 9.1.1, 9.1.1.1 e 9.1.1.2 do Acórdão nº 2.690/2008 – Plenário, que passam a ter a seguinte redação:

‘9.1.1. no âmbito de editais de futuros processos licitatórios concernentes ao Programa Proágua Nacional, quando financiados com recursos, mesmo que de modo parcial, oriundos de empréstimo do Banco Mundial preveja:

9.1.1.1. a existência prévia dos orçamentos-base dos certames, expressos por meio de planilhas com a estimativa das quantidades e dos preços unitários, nos termos dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, em respeito aos princípios da publicidade e da eficiência, constantes do caput do art. 37 da Constituição Federal;'

Apesar da clara dificuldade de análise da posição do Relator, a questão ficou resolvida nos Embargos de Declaração (1718/2009²¹²), muito embora a própria decisão não tenha destacado, de fato, os motivos para a mudança de posicionamento do TCU:

13. A segunda correção solicitada pela PGFN relaciona-se à fundamentação apontada no subitem 9.1.1.1. Segundo a embargante, o TCU teria incorrido em erro material, por ter mantido a menção ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

14. Também quanto a essa questão, é procedente o pedido. O referido dispositivo trata da inclusão em edital (e, por conseguinte, a obrigatoriedade de divulgação) do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. A fundamentação correta (art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93) reporta-se à existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. É forçosa, portanto, apenas a retirada da alusão ao dispositivo.

A questão foi, posteriormente, melhor explicada pelo próprio Tribunal, que por meio de outro processo, deixou claro que, de fato, a divulgação não era necessária e tampouco representaria uma violação ao regime constitucional:

8.2.4 Nessa linha, restou assentado por meio do sobredito Acórdão 1312/2009 - Plenário, que a existência do orçamento-base, detalhados em planilhas de quantitativos e preços unitários, constituía-se como medida suficiente para o acompanhamento da execução do objeto pactuado, sendo imprescindível, no entanto, que constasse do edital de licitação o formato das planilhas de quantitativos e preços unitários a ser exigida das empresas participantes do certame. Assim, por meio dos subitens 9.1.1.1 e 9.1.1.2, do sobredito Acórdão, exarou-se o seguinte decísum:

(...)

8.2.5 Não obstante o entendimento acerca de desnecessidade de divulgação das planilhas, o subitem 9.1.1.1 fazia menção ao art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993, que trata justamente da inclusão no edital do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Nessa linha, por meio do Acórdão 1718/2009 - Plenário, foi dado provimento aos embargos de declaração opostos pela PGFN, no sentido de excluir a menção ao dispositivo supra.

8.2.6 Assim sendo, observa-se que este Tribunal consentiu com a não exigência de divulgação prévia dos orçamentos-base, expressos em planilhas de quantitativos e preços unitários, não obstante a necessidade de sua apresentação por parte das empresas licitantes, como forma de viabilizar o controle.²¹³

²¹² TCU, Processo 010.095/2008-3, Acórdão 1718/2009, Plenário, Ministro Relator José Jorge, Sessão do dia 05/08/2009

²¹³ TCU, Processo 010.801/2009-9, Acórdão 3.239/2010, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão do dia 01/12/2010

Assim, por meio de tais decisões, reconheceu-se a validade da não publicação do orçamento tanto para os futuros editais quanto para os novos acordos internacionais.

3.4.1.2 Análise

De maneira geral, a orientação do Tribunal sobre a questão da constitucionalidade foi confusa, principalmente no segundo Acórdão, em que a real posição do Tribunal não ficou realmente clara e se mistura com o argumento da utilização das normas da Lei 8.666/93 de forma subsidiária.

Em um primeiro momento, a posição do TCU resumia-se a defender a violação ao princípio da publicidade sob o argumento de que o regime constitucional não abarcava tal possibilidade. Somente no segundo acórdão realmente se confrontou os reais riscos gerados pela mitigação da publicidade ao regime constitucional brasileiro, destacando, no entanto, a ausência de qualquer dano.

Além disso, é importante destacar que a posição do Tribunal sobre a constitucionalidade da não divulgação do orçamento também se justificava pela própria posição do Tribunal sobre os seus efeitos, que alegadamente seriam contrários ao princípio da eficiência e da razoabilidade. Tal argumento, vale destacar, também socorreria a alegação de violação ao princípio da publicidade. Ademais, como este somente poderia ser restringido por motivos relevantes, a constatação dos efeitos negativos da prática afastam, de todos os modos, a possibilidade de qualquer tipo de mitigação.

Não obstante, a posição do Tribunal alterou-se sem que se tenha claro, de fato, qual a sua opinião final sobre os efeitos da divulgação do orçamento, tendo cingido-se a afirmar a questão do controle externo. Assim, a única constatação possível é a de que o TCU não enxergava maiores prejuízos com a prática ou que os efeitos não seriam suficientes para inibi-la.

A questão, provavelmente, foi encaminhada no último sentido, tendo seguido a mesma consideração feita pelo Tribunal na análise da cláusula de confidencialidade, que tornava sigiloso o procedimento desde a entrega das propostas até a adjudicação do objeto. A decisão, que foi realizada no mesmo acórdão, constatou que o Tribunal não deveria analisar “se o melhor procedimento licitatório é o estabelecido pela Lei nº 8.666/393 ou o previsto nas Diretrizes do Banco Mundial, mas investigar possível ofensa à Constituição Federal”.

Segundo a análise técnica, que vale dizer, foi contrária à constitucionalidade da não divulgação do orçamento, “a cláusula de confidencialidade apenas posterga a publicidade”,

entendendo que ela “representa apenas uma regra específica de procedimento licitatório utilizado para definir que o momento adequado para dar publicidade às decisões e aos documentos”.

Na ocasião, consignou-se que a própria nomenclatura poderia, a uma primeira vista, deixar dúvidas quanto ao verdadeiro âmbito do sigilo, considerando posteriormente que ela apenas alteraria o momento de publicação das informações por questões de discricionariedade do organismo internacional:

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 agentes 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

Tal entendimento, apesar de referir-se a cláusula diversa da discutida, pode ser perfeitamente explicar a posição adotada pelo TCU no caso em discussão. Como a questão dos efeitos da publicação do orçamento não foi diretamente resolvida, é possível a interpretação de que o principal óbice ao reconhecimento da constitucionalidade encontrava-se nas possíveis máculas ao desenvolvimento do controle externo. Ademais, sobre a própria divulgação do orçamento, a Unidade Técnica assim afirmou:

No que tange ao princípio constitucional da eficiência, ressaltamos que a exigência dos arts. 7º, § 2º, inciso II, e 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93, **representa muito mais do que uma simples regra de procedimento licitatório**. Trata-se de procedimento necessário à própria atuação do controle externo.[...] Não se discute se o procedimento licitatório adotado pelo Brasil (Lei nº 8.666/93) é o mais eficiente entre os diversos procedimentos internos de licitação aplicados pelos 185 (cento e oitenta e cinco) países integrantes do BIRD e que, por isso, violaria o princípio da eficiência, como asseverou a PGFN, mas sim a possibilidade de esvaziamento da competência constitucional (grifou-se)

Assim, com a alteração do entendimento sobre o ponto do controle externo, é evidente que o Tribunal, assim como na hipótese de cláusula de confidencialidade, reputou que a aferição da constitucionalidade da norma independia dos efeitos negativos ou não da referida prática, mas simplesmente se ela configuraria algum tipo de violação à Constituição Federal.

No que tange aos próprios efeitos da prática, é importante perceber que o Tribunal, de início, rechaçou as teses expostas quando da implementação do RDC, interpretando a questão sob a ótica da já citada "Maldição do Vencedor". Os precedentes transcritos são claros em descrever a relação entre a falta de informações, o aumento das incertezas e, diante disso, o comportamento mais conservador dos licitantes.

A questão da maldição do vencedor - que já foi exposta anteriormente de maneira geral - igualmente se relaciona ao preço base publicado pela administração, que segundo Albano e outros, poderia ser um parâmetro importante para os concorrentes diante de licitações de valores comuns.²¹⁴ Tal concepção, ademais, foi defendida por Milgrom e Weber e testada empiricamente por De Silva e outros em 13.000 licitações realizadas pelo estado de Oklahoma, Estados Unidos, que passou a publicar os orçamentos como forma de fomentar a competição.

Em análise comparativa com o estado do Texas, percebeu-se que o valor médio de todas as propostas diminuiu, ainda que, em termos gerais, isto não tenha significado menores custos à Administração, tendo em vista que o valor das propostas vencedoras permaneceu estável.²¹⁵ No entanto, as desconfianças de que a queda seria mais vertiginosa em licitações com alto grau de complexidade e com relativa incerteza se confirmou: os casos de obras em pontes experimentaram quedas mais drásticas, que resultaram em economias ao Estado.²¹⁶ Assim como o esperado, as relativas a asfaltamento tiveram queda menor, o que o autor explica por sua simplicidade.²¹⁷

Analisando tal caso, o autor constata que o resultado obtido poderia decorrer dos efeitos da divulgação do orçamento sobre a “maldição do vencedor”, o que ocasionou preços mais competitivos, principalmente nos casos de maior complexidade.²¹⁸

É patente, nesse sentido, a preocupação do Tribunal com os possíveis problemas gerados pela falta de um parâmetro possui fundamento teórico, assim como o entendimento exposto no RDC.

Não obstante, apesar de este ter sido o entendimento defendido na primeira decisão do caso, a segunda - que entendeu pela validade da norma - não destacou os possíveis efeitos da não divulgação do orçamento. Por tal motivo, é possível a interpretação que o principal óbice à aceitação da proposta era, de fato, a questão do controle externo, o que demonstra que, pelo menos neste caso, os efeitos controversos da economia não foram um óbice à legitimidade da prática.

3.4.2 Caso do Pregão (020.792/2007-5)

4.4.2.1 O Contexto e a Descrição do Caso

²¹⁴ALBANO et. al., 2006, p. 8

²¹⁵DE SILVA, 2007, p. 27

²¹⁶Ibid., p. 27

²¹⁷Ibid, pp. 9, 27

²¹⁸Ibid, p. 16

No caso do pregão, diversas decisões do TCU ressaltavam a discricionariedade do administrador em divulgar ou não a planilha de preços em conjunto do edital, diante da ausência de dispositivo na Lei 10.520/02 que assim obrigasse. No entanto, os acórdãos destacavam a necessidade de se franquear o acesso aos orçamentos nas repartições públicas, tendo em vista que a sua presença era obrigatória nos processos licitatórios (1.925/2006, 114/2007, 1178/2008²¹⁹).

Vê-se, portanto, que tais decisões não inovaram completamente, tendo apenas aceito a possibilidade de não divulgação, não o sigilo propriamente dito. Além disso, os Acórdãos também faziam referência aos próprios efeitos práticos da não divulgação, destacando a ausência de danos em torná-los públicos (Acórdão 1178/2008):

[o orçamento] 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 uma 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 pretende obter”

Não obstante, a questão do sigilo foi enfrentada no processo analisado pelo trabalho, quando o TCU, após duas decisões, considerou a obrigatoriedade somente a partir da fase de lances. Em primeiro lugar, o Acórdão 394/2009²²⁰ colocou-se contrário à recomendação da Unidade Técnica, que se manifestou nos autos no mesmo sentido das decisões anteriores, tendo, ainda, destacado que tal exigência decorria do princípio da publicidade e seria fundamental ao controle da Administração Pública:

3.22 Conforme jurisprudência deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos n. 1.925/2006 e 114/2007, ambos proferidos pelo Plenário, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Neste caso, fica a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.[...]

3.24 Assim, em atenção ao princípio da publicidade, insculpido no art. 37 da Carta Magna e no art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, a qual possui aplicação subsidiária nos certames promovidos sob a modalidade pregão, quando não for divulgado o orçamento estimativo em planilhas, o edital ao menos deve trazer o valor estimado da contratação. Ademais, a divulgação do valor estimado possibilita o exercício do controle social à medida que eventuais interessados podem avaliar a economicidade da contratação.

²¹⁹ TCU, Processo 014.519/2004-4, Acórdão 1925/2006, Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes, Sessão do dia 18/10/2006; TCU, Processo 023.782/2006-4, Segunda Câmara, Ministro Relator Benjamin Zymler, Sessão 07/02/2007; TCU, Processo 020.792/2007-5, Plenário, Ministro Aroldo Cedraz, Sessão 18/06/2008.

²²⁰ TCU, Processo 033.046/2008-0, Acórdão 394/2009, Plenário, Sessão do dia 11/03/2009.

Em sentido contrário, o relator entendeu pela desnecessidade de apresentação do orçamento:

46. Em relação às demais ocorrências que foram objeto de oitiva, ponho-me de acordo com as conclusões da unidade técnica no sentido de que consistiram em irregularidades formais, a ensejar a adoção das medidas corretivas pertinentes por parte do FNDE, à exceção apenas da conclusão quanto à necessidade de apresentação de orçamento estimado ou valor estimado no edital do pregão.

47. É que inexistente na legislação de regência obrigatoriedade para tanto, havendo tão somente a exigência de inserção de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários no bojo do processo administrativo que fundamenta a contratação, consoante já deliberou o Tribunal (Acórdãos 1.925/2006 e 114/2007, ambos do Plenário).

Contra tal decisão, foram opostos Embargos de Declaração, que foram providos por meio do Acórdão 1789/2009²²¹. Segundo o entendimento do Tribunal para o caso, se a não divulgação do orçamento decorreu dos possíveis efeitos competitivos, o seu acesso somente poderia ocorrer após a fase de lances, sob pena de frustrar os próprios motivos que justificaram tal postura. Além disso, consignou-se que o possível acesso às planilhas poderia violar o princípio da igualdade:

me parece adequado ressaltar que a obrigatoriedade deve ser observada após a fase de lances, sob pena de tornar inócua a desnecessidade de constar do edital, além de, por se tratar de pregão eletrônico, potencialmente ferir o princípio da isonomia, diante da possibilidade de acesso ao processo administrativo por licitantes presentes no mesmo local do órgão, ao contrário de licitantes localizados em outras cidades

No caso, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE – destacou claramente que não divulgava os valores por razões competitivas:

Em apertada síntese, insurge-se o FNDE contra a obrigatoriedade de divulgação, no edital da licitação - modalidade pregão - do orçamento estimado da contratação, sob o argumento de que tal prática acaba por “ancorar” os preços da licitação, de modo que não faz suscitar o interesse do mercado em baixar os preços aquém do preço estimado, fazendo alusão à doutrina e aos precedentes de TCU que amparariam sua pretensão.

Assim, o Tribunal entendeu como possível a prática do sigilo do orçamento, destacando, no caso, a discricionariedade do gestor em divulgá-lo ou não. No entanto, caso entendesse pela não divulgação, a entidade deveria atentar-se para os riscos de violação do princípio da igualdade.

²²¹ TCU. Processo 033.046/2008-0, Acórdão 1789/2009, Plenário, Ministro Relator José Jorge, Sessão do dia 12/08/2009

3.4.2.2 Análise

Quanto ao aspecto constitucional, os acórdãos analisados não fazem maiores referências à questão do sigilo ou aos problemas por ele gerados. Apenas a Unidade Técnica ressaltou a importância de se franquear o acesso, como decorrência do princípio da publicidade, destacando a sua relevância ao controle dos próprios valores ali expostos. Não obstante, a opinião de tal órgão não vai completamente de encontro ao posteriormente consignado.

O Acórdão seguinte em momento algum afirma a desnecessidade de se franquear o acesso aos orçamentos, mas tão somente destaca a necessidade de se postergar tal possibilidade. Assim, o entendimento do TCU possibilita a aferição de que o sistema legal admite a mitigação do princípio da publicidade diante de razões de interesse público e que possivelmente a prática, da forma que foi definida no acórdão, não violaria a Constituição, tampouco prejudicaria o controle da Administração.

É importante perceber que a argumentação do Acórdão evoluiu o entendimento anterior sobre os casos de pregão. Enquanto nas decisões anteriores o silêncio da lei possibilitava aos gestores a escolha da forma como seria feita a publicidade do orçamento, o Acórdão em análise possibilitou que razões de competição afastassem - ou, ao menos, mitigassem - o direito de acesso previsto na Constituição.

O acórdão, no entanto, não possibilita a análise de se a adoção de tal regime resultaria em benefícios à administração ou não. É importante destacar que, anteriormente, a publicação era vista pelo TCU com certa indiferença, apenas destacando que ele serviria para afastar aqueles que tinham custos de produção mais altos que o valor máximo.

Até mesmo no âmbito do comportamento do licitante afirmava-se que a disponibilização de informações não teria qualquer influência. Ao contrário, os Acórdãos eram expressos em afirmar que a decisão do licitante seria baseada em uma análise do custo de produção próprio e da taxa de lucro esperada, sendo completamente indiferente a divulgação ou não.

No caso, o acórdão em análise cingiu-se a afirmar a legalidade de tal previsão, bem como delimitou o momento em que entendia necessária a restrição de acesso aos particulares. Não houve, portanto, qualquer consideração se a prática teria algum fundamento, tendo o TCU simplesmente prestigiado a discricionariedade do administrador. A justificativa, no entanto, alterou-se, pois, nos primeiros casos, a questão envolvia um espaço aberto pelo

silêncio da lei e dizia respeito apenas à publicação por meio de edital, enquanto no último houve, de fato, a mitigação de direito fundamental.

3.4.3 Caso da Petrobras (017.810/2006-5)

3.4.3.1 O contexto e a descrição do Caso

No caso da Petrobras, o Tribunal de Contas União entendia que a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.745/1998, que estipulava o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado, ensejava a aplicação da Lei 8.666/93 às licitações da empresa (Decisão 663/2002²²²). Não obstante, entendia-se que o Regime Geral de Licitações poderia ser afastado nas licitações relacionadas à atividade-fim e desde que a aplicação de tal norma configurasse “óbice intransponível à atividade comercial da empresa”(Acórdão 1.268/2003²²³).

No processo em análise, o TCU constatou que a Petrobras deixava de publicar o valor estimado do bem e o respectivo orçamento detalhado em planilhas em alguns casos. Assim, com base no próprio Regulamento Simplificado, o Tribunal entendeu que tal prática violaria o princípio da publicidade, exigindo que a empresa passasse a divulgá-lo em conjunto com o edital:

“constar, em todos seus procedimentos licitatórios, como anexo do edital, cópia do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em observância ao princípio da publicidade que permeia o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado”²²⁴

Contra tal decisão, foi realizado um pedido de reexame, que acabou por alterar o entendimento anterior (Acórdão 1854/2009²²⁵). A decisão do TCU ocorreu em partes. Em primeiro lugar, afastou-se a incidência da Lei 8.666/93, que expressamente previa a publicidade do orçamento. No caso, o Tribunal aderiu ao argumento da Petrobras de que a sua publicação poderia ser prejudicial à própria competitividade do certame, livrando-a de tal obrigação:

Apesar disso, analisando os argumentos da Petrobras, verifica-se que assiste razão à recorrente quando se tratar de licitação cujo objeto relaciona-se com a atividade fim

²²² TCU, Processo 016.176/2000-5, Decisão 663/2002, Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar, Sessão do dia 19/06/2002.

²²³ TCU, Processo 008.232/1999-7, Acórdão 1.268/2003, Plenário, Ministro Relator Ubiratan Aguiar, Sessão do dia 27/08/2003.

²²⁴ TCU, Processo 017.810/2006-5, Acórdão 3.360/2007, Segunda Câmara, Ministro Relator Aroldo Cedraz, Sessão do dia 27/11/2007.

²²⁵ TCU, Processo 017.810/2006-5, Acórdão 1854/2007, Segunda Câmara, Ministro Relator Raimundo Carreiro, Sessão do dia 14/04/2009.

da entidade. Isto porque, anexar ao edital planilhas do orçamento estimado contendo custos unitários pode induzir às empresas licitantes a adaptarem seus preços a essa estimativa mesmo que pratique no mercado privado preços menores

A existência de orçamento estimado é importante para fins de análise das propostas pela Comissão de licitação, como a identificação das propostas inexequíveis, e de controle interno e externo. Como esses fins não dizem respeito às licitantes, não se faz necessário anexar as planilhas ao edital, mas devem tão-somente constar dos autos processo licitatório, mesmo que em anexo sigiloso

O Tribunal, posteriormente, afastou a tese de ofensa à ampla publicidade do regime de licitações, destacando que tal princípio era passível de mitigação, desde que de forma proporcional ao estritamente necessário. Nesse sentido, entendeu que o princípio poderia ser afastado diante dos prejuízos causados pela publicação do orçamento:

Em relação ao princípio da publicidade, Marçal Justen Filho na referida obra tece os seguintes comentários (pág. 54):

‘A ausência de publicidade somente é admitida quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado, mas nos estritos limites da necessidade. Mesmo no curso de licitações normais estão autorizadas situações em que se afasta a publicidade. Assim, o exame de aspectos técnicos de documentos pode fazer-se em reuniões restritas aos integrantes da Administração. Isso decorre da própria natureza do exame a ser realizado. De qualquer modo, os recursos deverão subordinar-se à plena publicidade. E ao sigilo corresponderá, em contrapartida, a motivação (técnica) das decisões adotadas.’

Assim, nos casos em que dar publicidade às planilhas de estimativa de preço for prejudicial à atividade-fim da empresa, este pode ser afastado, mantendo seu sigilo, a fim de que o princípio da escolha da proposta mais vantajosa para a Administração seja atendido(art. 3º da Lei 8.666/1993)

Assim, o acórdão afastou a incidência da lei 8.666/93 ao caso, bem como destacou a não violação ao princípio da publicidade, aderindo ao argumento da Petrobras. A recomendação à empresa, no entanto, não determinou a obrigatoriedade de tal prática, mas tão somente que a empresa poderia adotá-la diante de situações em que restasse configurado o risco à atividade comercial da empresa. Esta vale destacar, deveria ser “devidamente comprovado nos autos do processo licitatório”.

3.4.3.1 Análise

No caso da Petrobras, a análise foi bastante similar àquela do regime do Pregão. Não obstante, percebe-se que a questão da publicidade foi analisada diretamente, tendo o Tribunal encaminhado no sentido de que tal princípio não seria absoluto, permitindo-se a sua mitigação diante do interesse público. Além disso, o Tribunal também analisou os possíveis impactos de

tal prática, entendendo, no entanto, que a importância da publicidade ao controle interno e externo não restariam prejudicadas.

Quanto aos efeitos da divulgação do orçamento no ambiente competitivo, o Acórdão apenas aderiu ao argumento da Petrobras, constatando a possível veracidade deles. No entanto, é importante perceber que o TCU estipulou expressamente a necessidade de motivação de tal ato, comprovando-se em que medida a publicação de tais informações poderia gerar problemas à competição. A posição denota a excepcionalidade da medida. Ademais, a opção pelo sigilo deveria ser criteriosa, uma vez que aplicável a ela, em tese, regras expressas do Regime Geral de Licitação. Assim, a decisão do TCU não apenas mitigou um direito fundamental, mas propriamente afastou norma expressa da legislação.

3.4.4 O contexto pós-RDC e as análises específicas sobre o regime (017.603/2012-9 e 004.877/2014-4)

3.4.4.1 O contexto e a descrição do caso

Como já narrado, o sigilo do orçamento do RDC foi votado com base nos benefícios competitivos que ele possivelmente traria. Neste contexto, é importante perceber que a argumentação envolvida na discussão do projeto e diversas alegações sobre o caso acabou por criar um teor de superioridade, que, ao final, ganhou um tom de obrigatoriedade, principalmente após a edição do Decreto nº 7581/2011:

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.

Algumas decisões da época, como o acórdão 2080/2012²²⁶, demonstramos possíveis ganhos da Administração Pública com o sigilo, ainda que no contexto das licitações realizadas por meio de Pregão:

Conquanto a ampla publicidade seja imperativa na Administração Pública, julgo que, em situações semelhante a que se apresenta, o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração, de modo que a reserva do seu conteúdo não se configura violação ao princípio da publicidade, nem mesmo ao seu propósito de assegurar o controle pela sociedade da legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

Ademais, a prática tem se revelado, inclusive no âmbito do próprio FNDE, que a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem sido positiva para a

²²⁶ TCU, Processo 020.473/2012-5, Acórdão 2080/2012, Plenário, Ministro Relator José Jorge, Sessão do dia 08/08/2012

Administração, com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores cotados pela Administração Pública.

Não obstante os referidos argumentos, que foram tanto afirmados no âmbito do Legislativo quanto em decisões do próprio TCU, os casos em análise afirmaram que nem sempre o sigilo seria de fato benéfico, alegando que ele deveria ser visto como uma opção aberta aos órgãos licitantes.

No primeiro processo em análise (Acórdão 3011/2012²²⁷), o Tribunal de Contas relatou os problemas enfrentados pela Infraero nas obras de reforma dos aeroportos de Confins, João Pessoa, Recife e Salvador, em que os procedimentos licitatórios fracassaram. Segundo o órgão, em todos os casos, as propostas ficaram acima do valor máximo, o que levou a desclassificação de todas elas.

Analisando as minudências do caso, o TCU constatou que as obras aeroportuárias e portuárias possuem etapas de elevada complexidade, cujos valores não encontram parâmetros em tabelas de preços elaboradas pelo governo, como a SINAPI e a SICRO. Por tal motivo, apesar de, em tese, verificar que a possibilidade de sigilo melhor se encaixaria neste contexto, o Tribunal relatou os riscos das próprias estimativas da Infraero estarem incorretas, destacando o prazo exíguo para a elaboração de tais estudos.

Nesse sentido, asseverou que o sigilo do orçamento poderia ser prejudicial, pois não permitiria aos próprios licitantes a possibilidade de discutir o preço orçado e, assim, convencer o órgão do erro:

72. 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.

73. 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.

74. 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

²²⁷ TCU, Processo 017.603/2012-9, Acórdão 3011/2012, Plenário, Ministro Relator Valmir Campelo, Sessão do dia 08/11/2012.

Em conclusão, o Acórdão, apesar de destacar a importância do sigilo do orçamento, afirmou que este deveria ser visto como optativo, podendo ser utilizado de acordo com a discricionariedade do gestor diante do caso, o que teria como contraponto o dever de motivar a decisão:

76. 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.

O caso posterior (Acórdão 1541/2014²²⁸), dando continuidade ao entendimento acima descrito, igualmente asseverou que o uso do sigilo do orçamento teria sido prejudicial, apontando também a possibilidade de os estudos dos próprios licitantes estarem eivados de erros: “tanto a Administração quanto os licitantes produzem estudos e pesquisas, que podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital conforme a avaliação subjetiva dos encargos pelos licitantes”

É sintomático, na questão, que a própria unidade técnica tenha afirmado a possibilidade de os licitantes terem sobreavaliado os riscos decorrentes de uma obra de difícil estimativa e que, por ser submetida ao regime de contratação integrada, exige do licitante maior responsabilidade pelos possíveis riscos futuros:

“As obras de dragagem caracterizam-se pelo elevado volume de movimentação de sedimentos e pela incerteza na estimativa dos quantitativos desses serviços. Se as obras são contratadas em regime de preço fixo, tal qual o de contratação integrada, o licitante poderá ofertar proposta com elevado montante de contingência com o intuito de se precaver dos riscos de variação de quantitativos.(...)
No caso concreto, os fracassos dos certames demonstram que as empresas licitantes consideraram os encargos do futuro contratado mais onerosos que a estimativa da SEP/PR. Porém, não há como afirmar que os licitantes sobreavaliaram os riscos do contrato ou que seus estudos/pesquisas de fato mostraram preços maiores ou quantitativos superiores ao vislumbrado pela administração.”

Não obstante à constatação de possível erro nos cálculos dos próprios licitantes, o Acórdão não discutiu como o próprio orçamento poderia ou não auxiliar em tal questão. A decisão, portanto, somente orientou a Secretaria dos Portos da Presidência a avaliar “a

²²⁸ TCU, Processo 004.877/2014-4, Acórdão 1541/2014, Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, Sessão do dia 11/06/2014.

vantagem de manter o sigilo do valor estimado de obras cujos serviços predominantes não tenham referência nos sistemas oficiais de preços”, bem como “se o regime de contratação integrada é o mais adequado à contratação de serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem II”.

3.4.4.2 Análise:

Em primeiro lugar, pode-se perceber que não houve qualquer consideração sobre a discussão constitucional do tema, até porque o contexto em que as questões foram discutidas aponta para o pacífico entendimento do TCU de que a prática não feriria o princípio da publicidade.

No entanto, em outros aspectos, os acórdãos merecem a devida atenção.

De início, vale destacar que, nos casos citados, o TCU reconheceu expressamente as vantagens do sigilo do orçamento, afirmando, no entanto, que o seu uso deve ser devidamente sopesado. A atitude do tribunal revela verdadeira atividade em desconstruir o sigilo do orçamento como algo essencialmente necessário, demonstrando casos em que o órgão expressamente identifica os possíveis malefícios causados por seu uso.

Em relação à análise de tal questão, é importante perceber que o TCU recomendou o uso do orçamento aberto em caso que, em tese, melhor se justificaria a sua não divulgação pela teoria econômica. Ademais, a razão do sigilo do orçamento seria a perda de um parâmetro, conforme as já citadas opiniões de Ângelo Silva e McAfee e McMillan. Se o mercado é transparente, os próprios licitantes poderiam chegar ao valor estipulado pela Administração Pública e, portanto, a sua divulgação ou não seria indiferente.²²⁹

No entanto, é importante perceber que a opinião do órgão não é completamente conflitante com as próprias recomendações da OCDE, que foram utilizadas em vários momentos do debate político. A própria organização afirma que somente seria recomendável o uso do preço de reserva se este fosse elaborado por meio de pesquisas de mercado e as autoridades estivessem convencidas da competitividade do valor.²³⁰ Isto valeria tanto para o orçamento sigiloso quanto para o público.

²²⁹ MCAFFE, MCMILLAN, op. cit., p. 592

²³⁰ Conforme expõe a OECD: “Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority.”(ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement**. Disponível em

O caso constatou que o problema não se encontra apenas na simples discussão de qual dos tipos de orçamento possibilitaria atitudes mais ou menos competitivas. Na realidade, o TCU consignou que a ausência de publicidade e as regras restritas do sigilo impediam que o próprio licitante corrigisse o erro da Administração Pública. É importante destacar que a publicidade, no âmbito da licitação, tem a clara importância de permitir aos concorrentes a possibilidade de impugnas as decisões do Estado, como meio de corrigir não somente atos imorais e notadamente ilegais, mas também os próprios equívocos, que, ao final, acabam por prejudicar os licitantes e o próprio andamento da licitação.

Além disso, o TCU constatou uma insuficiência que já era apontada pela doutrina: a incapacidade da Administração estipular os valores com precisão. Ao tratar do tema, Marçal Justen Filho destaca que o Estado encontra-se limitado em tal seara, tendo em vista que não teria “conhecimento equivalente àquele dos particulares que desempenham a atividade econômica”, concluindo que “o esforço da Administração Pública em estabelecer uma estimativa qualitativa e quantitativa dos custos sempre envolverá defeitos e limitações.”²³¹

De fato, o conhecimento que precisamos para tomar as decisões no cenário econômico, conforme alerta Hayek, estão difusas entre vários agentes, não sendo possível à Administração Pública acreditar que, neste contexto, poderia afirmar com total certeza o valor de um determinado bem, ainda mais quando este inclui incertezas muito claras.²³² No entanto, o raciocínio igualmente vale para os particulares.

É importante perceber que o segundo Acórdão analisado, apesar de admitir o problema da Administração Pública, igualmente entendeu pela possibilidade de os próprios licitantes terem realizado estimativas erradas. Ainda que a sobreavaliação dos erros tenha sido justificada, em maior medida, pelo uso da contratação integrada, a atitude dos licitantes também pode ser explicada dentro da chamada "Maldição do Vencedor", em que os concorrentes utilizam o aumento dos valores como meio de proteção frente às incertezas do objeto em disputa.

É de se questionar, portanto, em que medida a ausência de um parâmetro da Administração tenha contribuído para esse aumento nos preços. Não se afirma, aqui, que a

<<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015)

²³¹ JUSTEN FILHO, 2013a, p. 110

²³² HAYEK, Friedrich August von. **O Uso do Conhecimento na Sociedade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: < <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665> >. Acessado em: 16 de junho de 2015

diferença de avaliação tenha se dado unicamente pela falta de divulgação do orçamento, mas que o TCU tenha deixado a questão em aberto.

O Acórdão, portanto, mais que destacar um problema estrutural da Administração Pública – o de não conseguir orçar corretamente tais tipos de obra – e a utilização incorreta da contratação integrada, também pode ser interpretado dentro do próprio problema econômico anteriormente descrito.

Assim, pode-se concluir que os casos delinearão importantes ressalvas ao sigilo do orçamento com base na importância da publicidade ao regime de licitações. Em primeiro lugar, destacou-se a necessidade de divulgação como meio de possibilitar a correção dos orçamentos do Estado. Em segundo lugar e, ainda que de forma não expressa, é possível, a partir da análise do TCU questionar se a falta das balizas do Estado aos licitantes foi um problema, ou, no mínimo, um dos fatores ao fracasso da licitação. De fato, a resposta pode ser negativa, mas é patente que, no mínimo, o Acórdão deixou uma abertura possível a futuros casos.

3.5 O que os Acórdãos do TCU revelam sobre o sigilo no orçamento?

Com base na análise dos acórdãos, pôde-se concluir que não foram necessárias maiores considerações para afastar a tese de inconstitucionalidade sobre o tema. Em todos os casos em que o princípio da publicidade foi confrontado com o sigilo, entendeu-se basicamente pela possibilidade de se conciliar tal princípio com os interesses dos órgãos em promover licitações mais competitivas e, assim, alcançar a proposta mais vantajosa ao Estado.

A ausência de maiores considerações ou de grandes debates no âmbito do Tribunal demonstrou que, de fato, o sigilo do orçamento não revela latentes impactos à publicidade e sequer aos institutos e mecanismos que ela busca garantir. Nos casos em que algum impacto foi arguido, as considerações posteriores afirmaram que, apesar das preocupações serem legítimas, elas seriam contempladas pela forma em que o sigilo seria realizado. No caso do Pregão e da Petrobras, apesar de reconhecer-se a importância da publicidade do orçamento para o controle popular, percebeu-se que este não seria atingido, podendo ocorrer após a fase de lances.

Além disso, foi possível concluir que, de maneira geral, o argumento econômico utilizado foi suficiente à mitigação do princípio da publicidade, muito embora a sua comprovação e certeza sejam discutíveis, conforme a posição em alguns casos de Pregão, em que o Tribunal, apesar de reconhecer a discricionariedade do gestor, apontava para ausência

de prejuízos decorrentes da publicação do orçamento. Nesse sentido, é de se questionar se a ausência de maiores impactos à publicidade compensou a falta de comprovação econômica efetiva.

Sobre a importância da publicidade à licitação e à controvérsia econômica, pode-se concluir que o TCU estabeleceu jurisprudência firme que deixava ao próprio gestor a decisão discricionária sobre o uso ou não do sigilo. Nos precedentes do Pregão e da Petrobras, é patente como o Tribunal, de maneira geral, não se manifestou sobre as virtudes ou não do uso de tal prática. Ele no máximo aceitou a argumentação da Petrobras para afastar a incidência da lei 8.666/93 e, ainda, exigiu a devida motivação de tal prática para futuros certames.

Vale destacar, no entanto, que a postura do Tribunal mudou em vistas ao uso desenfreado do sigilo no âmbito do RDC, adotando postura importante em utilizar tal prática de forma instrumental, com vistas a possibilitar maior competitividade e, enfim, maiores ganhos à Administração. Apesar de os casos analisados claramente elogiarem tal possibilidade, o Tribunal buscou devolver aos órgãos licitantes a discricionariedade típica do Pregão. Na oportunidade, viu-se verdadeira busca do Tribunal em desconstruir a ideia da obrigatoriedade do sigilo, apontando ainda casos em que a divulgação do orçamento poderia ser mais benéfica à Administração Pública.

Dos casos analisados no trabalho, podem-se inferir possíveis contrapontos ao sigilo, que demonstram tanto a importância da publicidade para permitir a defesa dos interesses particulares dos licitantes quanto a sua relevância ao comportamento dos competidores. Em primeiro lugar e de forma mais expressa nos acórdãos do RDC, a publicidade possibilitaria a correção dos erros da Administração Pública em orçar o objeto licitado, o que justificaria o abrandamento da previsão legal, de modo a permitir a impugnação por parte dos concorrentes, principalmente em casos em que o orçamento seria de difícil elaboração.

Lado outro, em especial nos primeiros Acórdãos do BIRD e no segundo Acórdão do RDC, o orçamento igualmente se revelou interessante como forma de parâmetro aos licitantes, diminuindo as incertezas quanto aos riscos do contrato. A interpretação, apesar de controversa no último caso, é possível, especialmente tendo em vista que este tratou de caso de patente incerteza e de elevados riscos.

No entanto, o reforço da discricionariedade do agente, bem como o dever de motivação dele derivado, revelam a necessidade de elaboração de melhores parâmetros ao gestor. O próprio Tribunal, diante de tal fato, realizou recomendações nos dois casos analisados no âmbito do RDC.

Apesar de estes terem sido os únicos casos em que o TCU expressamente definiu algum tipo de padrão, é possível extrair algumas importantes conclusões dos apontamentos realizados em todas as decisões, especialmente ao se analisar mais a fundo a base econômica das afirmações do Tribunal.

Em consonância com o contraponto acima exposto, é possível afirmar que o orçamento tenha um papel importante aos licitantes em certames que envolvam grandes riscos. Tal questão, além de ter sido expressamente destacada no caso do BIRD, encontra importantes fundamentos na teoria econômica, que destaca os benefícios em publicá-lo em licitações de valores comuns e que envolvam etapas de elevada incerteza. Além disso, apesar de o último acórdão não ter desenvolvido a argumentação neste sentido, é possível interpretar que a ausência do orçamento tenha contribuído para a elevação dos preços dos licitantes. Ademais, o caso tratava de licitação cujos riscos e incertezas eram patentes.

É também possível concluir que o sigilo não possui maiores funções dentro de mercados naturalmente transparentes, em que o próprio licitante possa chegar com facilidade ao valor orçado pela Administração Pública. Lado outro, naqueles em que o valor do orçamento seja mais difícil de ser adivinhado pelos licitantes, o sigilo melhor se justifica e pode ter um impacto relevante ao inibir práticas anticompetitivas, principalmente em mercados com tendências ao comportamento paralelo e à formação de cartéis. No entanto, deve-se sopesar tal questão com o risco da Administração elaborar orçamentos errados e que acabem por levar a licitação ao fracasso.

Assim, a análise do TCU sobre as controvérsias econômicas revela que a adoção do sigilo como regra geral é arriscada por não ser sensível aos diferentes tipos de mercado. No entanto, a própria dificuldade em se definir critérios demonstra que a tarefa de escolhê-lo no caso concreto é extremamente complexa. A resposta ideal, portanto, seria a análise caso a caso, como defendida pelo TCU. Ainda assim, é de se questionar se alguns critérios mínimos não poderiam ser estipulados, ainda que por meio de normativas da própria Administração.

Tais constatações, no entanto, somente demonstram que talvez a escolha pelo sigilo ou pela divulgação do orçamento não envolva necessário maniqueísmo. Os benefícios e os danos gerados pela publicação ou não do orçamento podem ser variáveis e, portanto, possivelmente serão de difícil percepção em alguns casos. É importante destacar que a presente pesquisa teve seu foco nos casos em que notadamente o sigilo gerou algum tipo de problema à Administração. Ademais, somente tais casos são alvo de questionamento perante o Tribunal.

De todo o exposto, pode-se concluir que o sigilo do orçamento era prática corriqueira do TCU e despertou questionamentos claramente menores quando da adoção do RDC. Isto,

tanto do lado daqueles que o rechaçavam quanto daqueles que o defendiam. O temperamento e as análises do Tribunal demonstram que, talvez, o orçamento não seja nem um risco iminente à moralidade administrativa, como afirmado em diversos veículos de comunicação; tampouco uma solução óbvia de combate a cartéis.

Como demonstra o TCU, ele envolve riscos, que devem ser devidamente trabalhados na própria prática. Apesar de nenhum precedente afirmar tal possibilidade, é possível questionar também se a escolha deveria ser simplesmente entre publicar ou não. Talvez o ideal seria modular a sua abrangência e forma aos casos, de modo a permitir verdadeiramente o alcance das razões para a sua positivação no direito brasileiro.

CONCLUSÃO

De acordo com análise acima realizada, foi possível constatar algumas importantes reflexões sobre a mitigação do princípio da publicidade como meio de combate a cartéis e a outras práticas anticompetitivas.

Como explicitado, a questão envolve uma seara extremamente complexa do regime constitucional brasileiro, tendo em vista que a regra é a ampla publicidade dos atos estatais. Para além das questões constitucionais, a divulgação dos atos do Estado e a garantia do direito de acesso possuem seu fundamento na própria ideia de Democracia, que desde as suas primeiras manifestações na história já estabelecia a necessidade de o povo – titular da soberania do Estado – ter conhecimento das decisões públicas.

Não obstante a essa ideia central, a pesquisa demonstrou que não se pode defender simplesmente a ampla e máxima publicidade sem observar as próprias funções de tal regime. Ela deve ser interpretada como um meio, um instrumento, que, no âmbito da Constituição e das Licitações, possibilita diversas funções relevantes à Democracia, ao Estado e aos particulares.

Exatamente por tal motivo, defendeu-se que o uso do sigilo e, portanto, a mitigação da publicidade poderiam igualmente servir como instrumento de defesa de interesses outros, mas que também se revelam importantes ao Estado.

Nesse contexto, ao se analisar a questão da competitividade e da publicidade, percebeu-se que, ao contrário da visão dominante, nem sempre a máxima divulgação dos atos do Estado possibilitaria ganhos em termos competitivos. Tal fato, conforme explicitado, seria um fundamento suficiente à mitigação do princípio da publicidade, tendo em vista que o regime de licitações adota a ideia de competitividade em sua essência. Ademais, esta, além de garantir a obtenção da melhor proposta, também é fundamental à moralidade pública e à garantia dos interesses dos concorrentes.

Não obstante, a possibilidade de sigilo deve lidar com o conflito entre diversas questões em tal seara. De um lado, os possíveis efeitos anticompetitivos gerados pela máxima publicidade dos atos estatais; e, de outro, a importância dela para o regime constitucional, para as licitações e, em específico, para o ambiente competitivo, seja por garantir a máxima divulgação do certame e a lisura do procedimento licitatório, seja porque o ambiente competitivo dependa de um grau de transparência que possibilite a aferição dos riscos e custos inerentes ao objeto da licitação.

Nesse sentido, diante de toda a complexidade que o tema envolve, analisaram-se os acórdãos do TCU sobre o sigilo do orçamento, como meio de buscar possíveis reflexões sobre as limitações e os riscos possíveis ao se adotar práticas que tendem a diminuir os níveis de publicidade.

Comparando-se a reação política e o fato de o tema ser tratado há anos no Tribunal, constatou-se que possivelmente o maior dos obstáculos a tais práticas é o receio de se abrir um campo fértil a práticas corruptas e ilegais. O valor simbólico da transparência exposto por Colaço Antunes foi claramente perceptível, especialmente em um campo que lida com grande volume de investimentos e que tem sua história permeada de casos de corrupção.

Nesse sentido, a questão possivelmente envolve muito mais o nome “sigilo” que propriamente o grau de ofensa à Democracia, aos direitos individuais e, enfim, ao controle da Administração Pública. Tal fato, vale lembrar, foi constatado até mesmo no caso da cláusula de confidencialidade julgada pelo TCU, em que o Tribunal afirmou que o nome transpareceu incerteza quanto ao seu alcance, apesar da clareza da norma.

Vencida esta primeira barreira, a questão realmente envolve uma necessária análise do caso, sopesando os possíveis ganhos e prejuízos com a prática, tal como feito pelo TCU. No entanto, os acórdãos demonstraram claramente que nem sempre a mitigação do princípio da publicidade realmente revela grandes prejuízos ou diminui o nível de transparência à população. É plenamente possível a utilização de mecanismos de divulgação diferida, especialmente ao se levar em consideração o aspecto dinâmico do mercado, em que uma informação perde grande parte de seu valor após alguns meses.

Por tal motivo, em alguns casos, não é sequer necessário exigir da teoria econômica grandes justificativas dos possíveis prejuízos decorrentes da publicação de uma informação. Uma vez comprovado o pequeno impacto da política em termos de transparência, abre-se à possibilidade de um certo experimentalismo, que possivelmente pode conduzir a Administração à melhoria de suas práticas. No ponto, é válido lembrar que diversas entidades afirmaram ao TCU os êxitos do sigilo do orçamento porque tiveram a oportunidade de testá-lo. Caso a prática fosse reputada inconstitucional desde o princípio, certamente não se saberia as virtudes e defeitos desta.

Lado outro, em relação à importância da publicidade ao regime de licitações e à própria controvérsia econômica, o estudo sobre o sigilo do orçamento revela que tais práticas podem gerar benefícios à sociedade. No entanto, o seu uso de forma obrigatória - sem qualquer sensibilidade aos mercados em que se atua - revela-se contraproducente, tendo em vista as complexidades das questões envolvidas, principalmente as econômicas.

No ponto, fundamental relembrar que o próprio Graells - defensor de medidas nesse sentido - aponta que o Estado, no âmbito das licitações, deveria guiar-se por uma ideia ampla de competitividade, o que exigiria levar em consideração as próprias estruturas do mercado em que se atua.

Assim, para que tenha efetivo impacto, a mitigação da publicidade possivelmente implicaria em maiores níveis de discricionariedade ao gestor, o que novamente traz a debate a própria desconfiança da sociedade em relação à Administração Pública. Além disso, outra questão importante é aferir se os servidores teriam plena capacidade de entender o mercado em que atuam e, assim, identificar quais seriam ganhos com a adoção de determinado tipo de política. Ademais, no caso dos portos e aeroportos, ficou expressa nos votos do TCU certa limitação do Estado em constatar até mesmo o preço de um objeto.

Não obstante, a falta de critérios legais ao gestor pode variar de acordo com o grau de certeza das teorias econômicas que embasam a decisão estatal. A discricionariedade, diante de tal fato, pode ser perfeitamente mitigada pela adoção de critérios mínimos, o que, vale dizer, revelou-se possível até mesmo no caso do sigilo do orçamento.

Nesse sentido, a proposta de mitigação da publicidade em licitações pode significar um importante avanço no combate a cartéis e a outros comportamentos anticompetitivos, mas que deve ser devidamente sopesada diante das várias controvérsias que a envolvem. Não obstante, não se deve permitir que o simples receio do sigilo impeça qualquer tipo de tentativa neste sentido. Ademais, ela, pelo menos no caso do orçamento, revelou-se extremamente maleável às especificidades das licitações, podendo ser perfeitamente adequada de modo a garantir o menor impacto à Democracia, à sociedade, aos licitantes e, enfim, à própria competitividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBANO, Gian-Luigi, et al. Fostering participation in competitive procurement. In: **Handbook of procurement**. DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLOS, Giancarlo(coord.). [S.l.]: Cambridge University Press, 2006. Disponível <<http://ssrn.com/abstract=89673>>;

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Mito e realidade da transparência administrativa. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró**, n. nesp., vol. 2, p. 1-55, 1993;

ARAÚJO, Fabiano Figueiredo de. Copa e Olimpíadas: A verdade sobre o sigilo do orçamento para os Jogos. **Consultor Jurídico**: [s.l.], 22 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/verdade-sigilo-orcamento-copa-olimpiadas?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter>. Acessado em: 16 de junho de 2015

BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2ª Ed. Piracicabanba: Editora UNIMEP, 1999;

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009;

BRANCO, Gil Castello. **Obras da Copa, Sigilo pra quê?**. [S.l.]: Gazeta Online, 18 de julho de 2011. Depoimento concedido a A Gazeta. Disponível em <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/07/noticias/a_gazeta/dia_a_dia/906752-obras-da-copa-sigilo-pra-que.html>; Acesso em: 16 de jun. de 2015;

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de combate a cartéis em licitação: Guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação**. Publicação Oficial: Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito, 2008 Disponível em <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf > Acesso em 16 de junho de 2015;

_____. Senado Federal. **Ofício nº 0315/2011-Presid/Advosf**. Brasília, 23 de setembro de 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4131802>>. Acessado em: 16 de junho de 2015.

_____. _____. Plenário. **Parecer 662/2011**. Relator: Senador Inácio Arruda. 5 de julho de 2011, p. 20. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/93007.pdf>> . Acessado em: 16 de junho de 2015

CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 79-109;

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; MATTEO, Zanza. The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement. In: **Handbook of procurement**. DIMITRI,

Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLOS, Giancarlos(coord.). [S.l]: Cambridge University Press, 2006. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=896748>> Acessado em: 16 de jun. de 2015;

DALLARI, Adilson Abreu. Iniciativa privada e serviços públicos, separata de **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98/59, v. 24, abr-jun, 1991;

DE OLIVEIRA, Mário Esteves. **Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa**. Coimbra: Almedina, 1998;

DE SILVA, Dakshina G. et al. **The impact of public information on bidding in highway procurement auctions**. [S.l]: fev. de 2007. Disponível em : <<http://ssrn.com/abstract=851644>> Acessado em: 16 de jun. de 2015;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In: DE MORAES, Alexandre(Org.). **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 201-215;

DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

FERRAZ, Sérgio. Iniciativa privada e serviços públicos, separata de **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 98/59, vol. 24, abr-jun, 1991;

FERRÉS, Juan Pérez. Coordenação entre competidores: estrutura e aspectos conjunturais. In: DOMINGUES, Juliana de Oliveira; GABAN, Eduardo Molan(Coord.). **Estudos de direito econômico e economia da concorrência: em homenagem ao prof. Dr. Fábio Nusdeo**. Curitiba: Juruá Editora, p. 125-135, 2009;

FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. **Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior**. IPEA, n ° 19, p. 9. Brasília, 2012.

GRAELSS, Albert Sánchez. **Public procurement and the EU competition rules**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2011;

HAYEK, Friedrich August von. **O Uso do Conhecimento na Sociedade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1665>>. Acessado em: 16 de junho de 2015

HEIMLER, Alberto. Cartels in Public Procurement. **Journal of Competition Law & Economics**, p. 849-862, 2012;

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de acesso à informação: Lei nº 12.527/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2014;

INSTITUTO ETHOS et al. **Posicionamento sobre regime diferenciado de contratação**. Disponível em:<http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-728POSICIONAMENTO%20RDC_2062011%5B1%5D.pdf> Acessado em: 16 de jun. de 2015;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013;

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

KUHLMAN, John M.. Price Fixing, nonprice competition, and ‘focal pricing’: a rose by any other name?. **Antitrust Law & Economics Review**, n 75, p. 75-86, ano 1978;

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Pulo: Saraiva, 2004;

MCAFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding Rings. **The American Economic Review**, v 82, n 3, jun., p. 579-599, 1992. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2117323>>. Acessado em 15 de junho de 2015;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010;

MILGROM, Paul R.; WEBER, Robert J. A theory of auctions and competitive bidding. **Econometrica**, v. 50, n. 5, p. 1089-1122, set. 1982. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/1911865>>. Acessado em 16 junho de 2015;

MUKAI, Toshio. **O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993;

NÓBREGA, Marcos. O regime diferenciado de contratação – RDC, negociauction e o orçamento sigiloso. **Revista eletrônica de direito do Estado(REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n 42, abril/maio/junho de 2015. Disonível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/o-regime-diferenciado-de-contratacao-rdc-negotiauction-e-o-orcamento-sigiloso>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition in bidding market**. Paris, 2006. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/38773965.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

_____. **Price transparency**. Paris, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/2535975.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

_____. **Information exchanges between competitors under competition law**. Paris, 2010 Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

_____. **Guidelines for fighting bid rigging in public procurement.** Disponível em <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf>>. Acessado em: 16 de junho de 2015;

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Túllio. **Manual Prático das Licitações.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

SANTOS, Débora. Procurador-geral diz que é ‘absurdo’ sigilo sobre orçamentos da Copa. **G1**, Brasília, 16 de jun. de 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/procurador-diz-que-e-absurdo-sigilo-sobre-orcamentos-da-copa.html>>. Acessado em: 16 de jun. de 2015;

SILVA, Ângelo Henrique Lopes. Preço de Reserva Sigiloso em Licitações Públicas. **XVI Prêmio Tesouro Nacional 2011.** Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XVIPremio/politica/3pfceXVIPTN/Tema_3_3.pdf>. Acessado em 15 de junho de 2015;

SKRZYPACZ, Andrzej; HOPENHAYN, Hugo 2004. Tacit collusion in repeated auctions. In: **Journal of Economic Theory**, Elsevier, v. 114(1), p. 153-169, jan. de 2004;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995;

SUNDFELD, Carlos Ari. O Tribunal de Contas da União e a regulação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015;

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna.** Tradução de Elfo Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012;

WEISHAAR, Stephen. **Cartels, Competition and Public Procurement: Law and Economic Approaches to Big Bidding.** Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013;