

RDC. ABERTURA DO SIGILO DO ORÇAMENTO NA FASE DE NEGOCIAÇÃO DE PREÇOS. RECENTE DECISÃO DO TCU

SP, 12/8/2013

No âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela [Lei Federal nº 12.462/2011](#), dentre os vários pontos polêmicos apostos nesse novo regramento licitatório, destaca-se aquele estabelecido no art. 6º, que assenta a *possibilidade* de o orçamento estimado da licitação permanecer sigiloso até o encerramento do prélio licitatório.

Acerca da moldura legal que possibilita o orçamento ser aberto ou, conforme permissão constante do dispositivo acima colacionado, fechado, utilizamos a lição proposta pelos professores Carlos Pinto Coelho Mota e Alécia Paolucci Nogueira Bicalho, *in verbis*:

“À sua leitura (que, para facilitar a compreensão, deve iniciar-se pelo § 3º), depreende-se a ruptura de um pressuposto da legislação licitatória tradicional, ou seja: a veiculação do orçamento estimado da contratação como informação indispensável aos licitantes, subsídio essencial à elaboração de suas propostas.

Essa regra basilar é quebrada pelo § 3º, que admite que orçamento previamente estimado para a contratação pode, em certos casos, *não figurar no instrumento convocatório*. Nesses casos, a informação sobre o orçamento estimado pela Administração ‘possuirá caráter sigiloso’, reservando-se sua disponibilização, ‘estrita e permanentemente’, aos órgãos de controle interno e externo” (*RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/11, Decreto nº 7.581/11. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95*).

Em nosso sentir, a adoção do orçamento fechado, em detrimento do consagrado orçamento aberto, deve preceder razoável análise das características do objeto que passa pelo crivo da licitação, haja vista que a sigilosidade do valor estimado da contratação pode, eventualmente, prejudicar o julgamento do certame pois, logicamente, inexistirá parâmetro ou paradigma para verificar se as propostas contidas no prélio são exequíveis, uma vez que poderão apresentar-se ao certame licitatório particulares providos de ofertas cujo valor seja subestimado ou superestimado.

Nesse sentido sopesou o Ministro do eg. Tribunal de Contas da União Valmir Campelo, em seu voto contido no [Acórdão nº 3.011/2012](#) – Plenário, *in verbis*:

“79. 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”. (Destacou-se.)

Logo, a fixação do *sigilo* do orçamento demanda pormenorizada justificativa, a qual restem devidamente demonstradas a efetiva vantagem de sua adoção e a inexistência de risco para o sucesso da licitação.

Diante de tal cenário de incerteza e da aplicação de um regimento cujo modelo encontra-se em experiência e constante aperfeiçoamento, em sendo estabelecida a sigilosidade do orçamento no instrumento convocatório que adote o RDC como procedimento, verificando-se, na ocasião do julgamento da licitação, que todas as propostas encontram-se superiores ao valor estimado da contratação, que se encontra fechado (em sigilo), e a inexistência de tempo hábil para a instauração de um novo certame (uma vez que tal situação imporia a declaração de fracasso do procedimento seletivo), manifestou-se o eg. Tribunal de Contas da União, no [Acórdão nº 306/2013](#) – Plenário, também de relatoria do Min. Valmir Campelo, pela possibilidade de abertura do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, desde que em ato público e devidamente justificado.

Com efeito, como salientou o referido Ministro, “A questão merece cautela, notadamente por se tratar de novidade em matéria licitatória”, haja vista existirem “situações em que não vislumbro como manter, de modo judicioso e a estrito rigor, o sigilo na fase de negociação”.

Acrescentou, ainda, o Ministro do eg. Tribunal de Contas da União que “se mesmo após a abertura do orçamento na fase de negociação não restar proposta classificada (dentre as licitantes chamadas à negociação), a próxima licitação poderia ser feita com orçamento público”.

Tomadas as cautelas acima estabelecidas, portanto, por meio da abertura excepcional do sigilo do orçamento na fase de negociação de preços com o primeiro colocado, evita-se declarar o fracassado do certame em face da verificação de propostas subestimadas ou superestimadas e, por con-

seguinte, a instauração de um processo seletivo, protegendo-se o interesse público almejado com o objeto licitado.

Demais disso, vislumbra-se outra possibilidade de a Administração Pública licitante realizar a abertura do orçamento estimado em momento inoportuno, quebrando o seu sigilo antes do momento apontado pelo art. 6º da norma estudada, qual seja, após o encerramento da licitação.

Nesse sentido, em caso de desclassificação da proposta comercial de determinado proponente, em razão de a sua oferta ser supostamente superestimada ou subestimada, entende-se que para a Administração motivar a decisão de alijá-la do certame será necessário demonstrar à futura recorrente que o valor consignado em sua oferta não se encontra dentro dos padrões constantes do orçamento estimado pelo Poder Público. Para tanto, deverá o sigilo do orçamento ser novamente quebrado.

Saliente-se que se assim não se comportar a Administração licitante, poderá o proponente alegar, na seara administrativa ou judicial, “cerceamento de defesa”, dada a flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente no art. 5º, inc. LV, da [Carta Magna](#). Frise-se que tal circunstância pode macular a legalidade da licitação, haja vista a impossibilidade de o licitante saber se, de fato, a sua proposta comercial encontra-se fora dos padrões de mercado, e, conseqüentemente, exercer o seu direito de ofertar recurso contra a referida decisão.

Verifica-se, portanto, nestas duas oportunidades, que a regra estabelecida pelo legislador em determinar a sigilosidade do orçamento comporta exceções, haja vista a necessidade, no primeiro caso, de evitar o fracasso do certame processado pelas novas regras procedimentais e, no segundo caso, reverenciar a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Por Aniello dos Reis Parziale – Advogado, membro do Corpo Jurídico da NDJ