

Título : A APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO A LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Autor : Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

DOCTRINA – 646/257/JUL/2015

A APLICAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO A LICITAÇÕES PÚBLICAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER

Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador jurídico do escritório Justino de Oliveira Advogados. Integra a equipe de consultores externos da Zênite.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o propósito de investigar a aplicação da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) às licitações públicas e contratos administrativos. Especificamente, pretende-se investigar se a Administração Pública está obrigada a conceder o livre acesso a informações contidas no processo administrativo de contratação pública e se, por consequência, os cidadãos têm o direito subjetivo de exigí-lo.

A título ilustrativo, entende-se que o livre acesso às informações contidas no processo administrativo de contratação pública envolve a possibilidade de obter vista ou extrair cópias, por exemplo, dos seguintes documentos: (i) a íntegra do edital licitatório e do contrato administrativo, incluindo-se as alterações contratuais (termos aditivos); (ii) a íntegra da etapa de planejamento da contratação (requerimentos internos, termo de referência, comunicações que compuseram a pesquisa de mercado para o orçamento estimado, pareceres jurídicos e técnicos); (iii) as eventuais notas de empenho de despesa, autorizações de compra ou ordens de execução de serviço; (iv) as notas fiscais ou DANFES relativas aos pagamentos realizados em favor do contratado; (v) os processos de reequilíbrio econômico-financeiro; (vi) os processos de aplicação de penalidades administrativas; entre outros.

O REGIME JURÍDICO DAS INFORMAÇÕES PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros é um direito fundamental assegurado a todos os cidadãos pelos incs. XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição Federal. ¹ É também, por outro ângulo, um dever da Administração Pública, que tem a obrigação de dar efetividade ao princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Contudo, sabe-se que o direito de acesso à informação não é absoluto. No ordenamento jurídico brasileiro, **duas hipóteses podem mitigar a obrigação de prestar informações por parte da Administração Pública**, nos termos dos incs. X e XXXIII do art. 5º da Constituição Federal, ² respectivamente: **a) quando diante de informações cuja divulgação implique violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas; e b) quando diante de informações cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.**

Leia-se, nesse sentido, a lição de Carlos Ari Sunfeld:

O sigilo, a autorizar a denegação da informação ou da certidão, só se justifica em duas situações, de caráter excepcional: quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (ex.: sigilo com relação aos planos militares, em tempo de guerra) ou quando a publicidade violar a intimidade de algum particular (ex.: sigilo, em relação a terceiros, dos dados clínicos de paciente internado em hospital público). Afora esses casos, quem solicita informação ao Estado tem o direito de obtê-la, o

que é mera decorrência da cidadania. (SUNDFELD, 2010, p. 179.)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 115) é ainda mais inflexível, reconhecendo a restrição de acesso na esfera da Administração Pública apenas a uma hipótese: “na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 5º, XXXIII, precitado, quando ‘imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado’”.

Em verdade, é possível afirmar que existe até mesmo uma terceira hipótese constitucional de mitigação do direito de acesso à informação, relativa à restrição da publicidade de atos processuais, prevista pelo inc. LX do art. 5º da Constituição Federal.³ Essa hipótese é aplicável quando diante de lei que restrinja a publicidade dos atos processuais como condição para a defesa da intimidade ou do interesse social. O dispositivo permite, por exemplo, que a lei evite que sejam exigidas informações cuja simples divulgação importe em ineficácia do processo administrativo, como a não publicidade das propostas entregues pelos participantes de uma licitação pública antes da abertura do próprio certame. Também assegura a aplicação de sigilo a investigações em curso ou de segredo de justiça a alguns processos, por exemplo. São casos especialíssimos que dependem de lei ordinária para que haja a efetiva restrição do acesso à informação.

De todo modo, como regra geral, a Constituição Federal mitiga o regime de livre acesso às informações públicas somente quando diante de informações potencialmente violadoras da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas ou cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O REGIME JURÍDICO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO APLICADO ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS E AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A partir das previsões constitucionais acima mencionadas, a Lei nº 12.527/11 estabeleceu a disciplina normativa aplicável às informações públicas. Essa lei versa sobre os procedimentos que se destinam a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e detalha as hipóteses em que haverá sigilo. O objeto regulamentado pela lei diz respeito às informações recebidas, geradas e disponibilizadas pela Administração Pública, de forma direta ou indireta.

Em relação ao objeto ora analisado, percebe-se, de imediato, que as licitações públicas e os contratos administrativos envolvem informações que se submetem ao regime jurídico da Lei nº 12.527/11, uma vez que se qualificam como integrantes de um processo administrativo cujas informações são recebidas ou geradas pela Administração Pública.

A Lei nº 12.527/11, em alinhamento com a Constituição Federal, adotou o preceito geral de observância da publicidade como regra e, por conseguinte, do sigilo como exceção (inc. I do art. 3º). Assim, qualquer interessado pode apresentar um pedido de acesso a informações, pelo que o órgão ou a entidade pública deve autorizar ou conceder acesso imediato à informação disponível (arts. 10 e 11).

O acesso somente poderá ser negado caso a informação não se enquadre na regra geral de publicidade, ou seja, caso a informação esteja protegida pelo excepcional regime de sigilo.

Como exposto, a restrição de acesso somente se justifica sob as duas hipóteses ressalvadas pela Constituição: (i) informações cujo sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado ou (ii) informações cuja divulgação implique violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas. Essas duas categorias de informações foram disciplinadas pela Lei nº 12.527/11.

Em relação às informações cujo resguardo do sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, os arts. 23 e 24 da Lei nº 12.527/11 estabeleceram quais informações de posse dos órgãos e das entidades públicas podem ser classificadas como sigilosas.

O art. 23 da referida lei traz o rol de informações passíveis de classificação. Por tratar-se de norma restritiva de direitos fundamentais e, por conseguinte, de norma cuja interpretação deve ocorrer de forma restritiva e conforme a Constituição Federal, o mais adequado é compreendê-lo como um rol taxativo.

Assim, analisando-se o rol taxativo das hipóteses de sigilo elencadas pelo art. 23 da Lei nº 12.527/11, ⁴ não se percebe nenhuma hipótese aplicável de forma apriorística às licitações e aos contratos administrativos. Veja-se.

Os incs. I e II dizem respeito à relação do Estado brasileiro com os demais Estados e visam resguardar as informações que possam fragilizar a defesa, a soberania, a confiança e as negociações brasileiras em suas relações internacionais. O inc. III tem o objetivo de guardar em segredo as informações que possam colocar em risco a segurança, a saúde e a vida da população. O inc. IV, por sua vez, tem o intuito de preservar as estabilidades financeira, econômica e monetária do Estado brasileiro. O inc. VII pretende resguardar a segurança das instituições e das altas autoridades, sejam nacionais ou estrangeiras. Os incs. V, VI e VIII versam sobre o sigilo de informações em áreas de interesse estratégico nacional, como as atividades de inteligência, os planos das Forças Armadas, os projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico.

Ressalte-se que, para que essas informações sejam afastadas do regime geral de publicidade, elas devem ser previamente classificadas como sigilosas (art. 23 da Lei nº 12.527/11). Somente a partir do ato de classificação é que as informações deixarão de ser exigíveis pelos particulares e passarão a demandar daqueles que lhes obtiverem acesso à observância das peculiaridades pertinentes ao manejo sigiloso dessas informações. No entanto, ressalvadas exceções pontuais, ⁵ em licitação pública e contrato administrativo não há informações que se enquadrem em quaisquer dessas hipóteses de sigilo.

Como regra geral, portanto, tem-se que a divulgação de informações relacionadas com as licitações públicas e os contratos administrativos não colocam em risco a segurança da sociedade ou do Estado, não sendo passíveis de classificação.

Em relação às informações cuja divulgação implique violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas, anote-se que não é necessária qualquer classificação prévia de sigilo. Ou seja, essas informações devem ser automaticamente resguardadas do regime de publicidade (inc. I do § 1º do art. 31 da Lei nº 12.527/11), pois são consideradas sigilosas desde sua origem. ⁶

Sobre o livre acesso às informações constantes dos contratos administrativos, seria possível alegar que a concessão de ampla publicidade eventualmente poderia ferir o direito ao resguardo de sua vida privada ou da intimidade, traduzidos na forma de sigilo comercial. Isso porque o livre acesso a esses documentos permite a obtenção de informações como os dados cadastrais dos contratados, constantes tanto no contrato administrativo como nas próprias notas fiscais emitidas em favor da Administração Pública.

De fato, as pessoas jurídicas têm assegurado o sigilo comercial em decorrência do seu direito à vida privada e à intimidade. Contudo, isso não pode respaldar o sigilo de eventuais informações de caráter privado apresentadas à Administração Pública em razão de um contrato administrativo. O particular que pretende se relacionar com a Administração Pública deve assumir o ônus da transparência que é dela requerida e que se expande sobre as esferas jurídicas de todos que com ela se envolvem, sobretudo em se tratando de questões comerciais comuns. As informações presentes nos contratos administrativos (e em todos os documentos correlatos e necessários à sua execução, como as notas fiscais), em regra, são tão públicas como os documentos apresentados pelos particulares em licitação pública.

As informações cadastrais dos particulares, apresentadas por eles em licitação pública ou por ocasião da execução do contrato administrativo, também não se enquadram nas hipóteses legais de sigilo.

Aliás, a respeito dos atos constitutivos e demais escriturações de pessoas jurídicas (o que contém informações como endereço e CNPJ, por exemplo), os arts. 1.150 e seguintes do Código Civil estabelecem a obrigatoriedade de seu arquivamento no Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo das Juntas Comerciais.

A finalidade da regra é justamente catalogar e viabilizar o conhecimento da situação cadastral e contábil das pessoas jurídicas por terceiros. Tanto é que, conforme o art. 1.154 do Código Civil, o

terceiro não pode alegar ignorância das informações registradas, desde que cumpridas as respectivas formalidades de registro.

A Lei nº 8.934/94, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e atividades afins, estabelece, em seu art. 29, que “qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os assentamentos existentes nas juntas comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido”. Ou seja, as informações cadastrais dos contratados pela Administração Pública têm caráter de informação pública.

Não há, portanto, qualquer dúvida a respeito da inexistência de sigilo sobre as informações cadastrais dos contratados pela Administração Pública, visto que tais informações têm natureza pública e podem ser acessadas por qualquer pessoa.

Portanto, analisando-se as informações que regularmente constam das licitações públicas e dos contratos administrativos, conclui-se que, ressalvada alguma hipótese excepcional, nenhuma delas tem potencial para violar intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas.

Vale destacar também que a Lei de Acesso à Informação está em consonância com os parâmetros da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00). Os arts. 48 e 48-A da Lei de Responsabilidade Fiscal ⁷ asseguram a qualquer pessoa física ou jurídica a liberação ao pleno conhecimento, em tempo real, por meios eletrônicos de acesso público, às informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira. Qualquer pessoa tem o reconhecido direito de acesso a informações sobre os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução das despesas, incluindo detalhes sobre os bens ou serviços prestados, sobre o beneficiado com o pagamento e, quando houver, sobre a respectiva licitação pública.

Cabe mencionar, ainda, que a disponibilização de informações a respeito dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos também está em conformidade com o teor do art. 16 da Lei nº 8.666/93, que exige publicidade periódica sobre todas as compras realizadas pela Administração Pública:

Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, 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, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ressalve-se apenas o seguinte: se as informações solicitadas pelos cidadãos, ou mesmo disponibilizadas pela Administração Pública por deliberação espontânea, contiverem, por alguma razão, características que extrapolam o que regularmente se encontra nos documentos relacionados ao processo de contratação pública – o que se admite apenas por cautela, haja vista que, em geral, esses documentos não contêm informações sigilosas –, será necessário aplicar o que está previsto no § 2º do art. 7º da Lei nº 12.527/11, que exige a ocultação parcial das parcelas de informação sob sigilo, conforme:

Art. 7º (...) § 2º Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo.

Assim, como regra, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11) obriga a Administração Pública a conceder o livre acesso às informações contidas nos processos de contratação pública, sejam aquelas provenientes da licitação pública ou aquelas decorrentes do contrato administrativo. O mesmo é aplicável às contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação pública. ⁸

SÍNTESE CONCLUSIVA

Como regra geral, a legislação brasileira impõe à Administração Pública o atendimento a requerimentos de acesso a informações relacionadas com licitações públicas e contratos administrativos. Isso significa que o cidadão tem o direito subjetivo de exigir o acesso aos documentos que compõem o processo de contratação pública, incluindo-se, por exemplo: (i) a íntegra do edital

licitatório e do contrato administrativo, com as alterações contratuais (termos aditivos); (ii) a íntegra da etapa de planejamento da contratação (requerimentos internos, termo de referência, comunicações que compuseram a pesquisa de mercado para o orçamento estimado, pareceres jurídicos e técnicos); (iii) as eventuais notas de empenho de despesa, autorizações de compra ou ordens de execução de serviço; (iv) as notas fiscais ou DANFES relativas aos pagamentos realizados em favor do contratado; (v) os processos de reequilíbrio econômico-financeiro); (vi) os processos de aplicação de penalidades administrativas; entre outros.

Essa conclusão é sustentada pela interpretação ora realizada do regime jurídico de acesso às informações públicas, com o amparo, principalmente, dos incs. XIV e XXXIII do art. 5º e do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, do inc. I do art. 3º, dos arts. 10, 11, 23, 24 e 31 da Lei nº 12.527/11, dos arts. 48 e 48-A da Lei Complementar nº 101/00 e do art. 16 da Lei nº 8.666/93.

Como visto, a partir desses dispositivos, é possível concluir que nenhuma das hipóteses de restrição de acesso à informação pode ser aplicada, de forma apriorística, às licitações públicas e aos contratos administrativos. Existe, portanto, como regra geral, o dever de disponibilização das informações públicas, o que deve ser realizado em conformidade com o procedimento previsto pelo regulamento aplicável a cada órgão ou entidade da Administração Pública. Caso as informações solicitadas contenham, excepcionalmente, dados cujo acesso deva ser restrito – o que deve ser avaliado com base no regime jurídico das informações públicas, exposto neste artigo –, será necessário ocultar os dados sob sigilo (processo de obliteração), disponibilizando-se o restante do documento.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Como citar este texto:

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. A aplicação da Lei de Acesso à Informação a licitações públicas e contratos administrativos. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 257, p. 646-652, jul. 2015.

¹ “Art. 5º (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; 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: (...)”.

² Constituição Federal: “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; (...) 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;”.

³ Constituição Federal: “Art. 5º (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

⁴ “Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a

condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações”.

⁵ Evidentemente, existem exceções, como os contratos administrativos para a aquisição de objetos típicos relacionados à área de defesa, cuja divulgação de informações pode colocar em risco operações estratégicas das Forças Armadas.

⁶ O sigilo dessas informações em procedimentos administrativos é resguardado também pelo art. 46 da Lei nº 9.784/99: “Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem”.

⁷ Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal): “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 2009). I - incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). **II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;** (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). III - adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). **Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:** (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). **I - quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;** (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009). **II - quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.** (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009)”. (Grifamos.)

⁸ Wallace Paiva Martins Júnior, em análise do regime jurídico constitucional de acesso a informações relacionadas às contratações públicas, conclui de forma semelhante: “da análise sistemática da Constituição, todas as informações inerentes às relações e aos negócios administrativos são públicas e qualquer do povo a elas tem acesso como expressão do direito à informação pública”. (MARTINS JÚNIOR, 2010, p. 196.)