

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 008.967/2021-0

Natureza: Administrativo.

Órgão/Entidade: Tribunal de Contas da União.

Representação legal: não há

SUMÁRIO: ADMINISTRATIVO. CONSULTA. VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ART. 75 DA LEI 14.133/21 ENQUANTO INVIÁVEL A COMUNICABILIDADE DIRETA ENTRE O SISTEMA CONTRATA E O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria-Geral de Administração deste Tribunal, com base em questão suscitada pela Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio (Selip) quanto à proposta de avaliar a imediata aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos procedimentos de contratação direta, por dispensa de licitação, em razão do valor, de bens e serviços para o TCU que, pelo valor estimado, se enquadrem na hipótese do art. 75, II, do supracitado normativo.

2. A mencionada Secretaria-Geral manifestou-se, inicialmente, nos seguintes termos (peça 12):

2. *“Segundo argumenta a Selip em consulta instruída à peça 10, a ampliação do limite de contratação por dispensa em razão do valor, no âmbito da Lei nº 14.133/2021 tem o potencial de conferir agilidade nos processos de compras que se enquadram nos critérios definidos, caso seja autorizada a utilização do referido modelo nas contratações do TCU:*

3. Como é de notório conhecimento da área administrativa do Tribunal, a nova lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em seu art. 75, II ampliou o referido limite para contratação de serviços ou compras na forma direta por dispensa até o patamar de R\$ 50.000,00, bem como introduziu mudanças no trâmite e nos requisitos dos processos administrativos que adotem esse regime de contratação.

4. Por conseguinte, em razão da concomitante vigência dos dois normativos, e, adicionando a esse panorama a perspectiva administrativa da eficiência, a Selip pretende avaliar a imediata aplicação da Lei nº 14.133/2021 à presente contratação e aos demais Contratos Administrativos do TCU que, pelo valor estimado, enquadrem-se na hipótese do art. 75, II, do supracitado normativo, para fins de adoção do regime de dispensa de licitação. Tal medida conferiria agilidade e redução de dispêndio de recursos materiais e humanos nos processos administrativos licitatórios para manutenção de provimento de bens e serviços das unidades sede e regionais.

3. *No contexto da proposta encaminhada pela Selip, é relevante exteriorizar que a lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020, cuja vigência expirou em 31 de dezembro de 2020 em virtude do decaimento do Decreto Legislativo nº 06/2020, anteriormente à entrada em vigor da NLLC já havia majorado o limite do art. 24 da Lei 8.666/93, o que foi amplamente utilizado pelo TCU para realizar aquisições de pequeno montante, principalmente em compras de bens para as Unidades regionais do TCU. Portanto, a proposta de adoção das regras da NLLC busca resgatar o cenário jurídico anteriormente experienciado nos processos de Contratação.*

4. *Em conjunto com as regras permissivas da NLLC estão atreladas as novas regras procedimentais e materiais atinentes aos processos de dispensa por valor. Nessa toada, reconhecendo que são aspectos obrigatoriamente interligados, seguidamente à apresentação da proposição, a Selip expõe propostas para o cumprimento dos requisitos processuais prescritos pela NLLC para formalização das dispensas:*

5. Em breves comentários, quanto à instrução processual, em obediência ao novo regramento, a Selip entende não haver prejuízo para o sistema de publicidade da nova Lei. Primeiramente, será feita divulgação do aviso de licitação por meio do portal eletrônico do TCU, dando cumprimento assim ao art. 75, §3º.

6. Adiante, pela permissão contida no art. 95 da referida Lei, que reproduz o teor do regramento anterior, é autorizada a utilização de Nota de Empenho em substituição aos contratos no regime de dispensa pelo valor. Tendo essa premissa em mente, e, ainda, considerando a atual indisponibilidade do Portal Nacional de Contratações Públicas, entendemos não haver prejuízo ao cumprimento do art. 94, que trata da divulgação do instrumento contratual, reitero o uso da publicação do aviso no portal digital do TCU para cumprimento do dever de publicidade da contratação, concomitante ao fato de não haver contrato – em interpretação restritiva – a ser publicado ao fim do processo.

5. A proposta foi objeto de apreciação pela Consultoria Jurídica (Conjur) na forma do Parecer de peça 11. Em sua manifestação, a Conjur esclarece os 2 principais obstáculos possíveis para realização da proposição de adoção do regime de dispensa da NLLC, quais sejam, a disponibilização do Portal Nacional de Contratações Públicas e a ausência de regulamentação dos dispositivos legais:

13. Apesar da citada prerrogativa de a Administração optar entre o novo regime ou a sistemática tradicional em suas licitações ou contratações diretas, desde a publicação da NLLC, é intenso o debate acerca da efetiva viabilidade em utilizar, desde já, as normas contidas na Lei nº 14.133/2021. Isso ocorre por duas principais razões: a) a inexistência de ferramenta eletrônica que torne operacional o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP (criado pelo art. 174 da Lei nº 14.133/2021); e b) a ausência de regulamentação de dispositivos legais.

6. Quanto à falta atual de regulamentação da NLLC, visualizou a consultoria, em uma análise dos dispositivos afetos ao sistema de dispensas, que não foi identificada necessidade imprescindível de regulamentação a viabilizar a eficácia jurídica do manejo da contratação direta:

16. De mais a mais, tendo em vista o alcance pretendido à análise deste parecer – restrito às hipóteses de dispensa de valor procedidas pela administração desta Casa –, a priori, não se vislumbra dispositivo legal cuja regulamentação seja materialmente imprescindível à eficácia jurídica e à viabilidade do manejo da contratação direta prevista nos incisos I e II do art. 75 da NLLC.

7. Adiante, quanto ao segundo quesito, no que diz respeito ao sistema de publicidade da NLLC, destaco primeiramente a redação do art. 94 do referido normativo, onde serão dedicadas análises nos parágrafos a seguir:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

8. Esse dispositivo, que consagra o princípio da publicidade, possui duas funções primordiais, a divulgação centralizada e obrigatória de atos, e a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. Destarte, apesar de ter a redação da lei optado pelo termo ‘condição indispensável’, atendo-se ao fim interpretativo da norma, é viável concluir que outra solução capaz de atender a eficácia do diploma legal poderia ser utilizada pela administração, já que o fim objetivo do regramento é dar publicidade aos atos da Administração. Esse é o posicionamento da consultoria jurídica, que após navegar pela jurisprudência e doutrina pátrias, se manifesta favoravelmente à utilização da NLLC, ainda que atualmente indisponível o referido portal:

18. No que se refere à objeção quanto à ausência de ferramenta eletrônica que torne operacional o PNCP, reputa-se que o exercício do Poder Regulamentar da Administração não está em causa, tampouco a necessidade de edição de normativos infralegais para prover eficácia técnica à Lei n. 14.133/2021.

19. Diversas funções são atribuídas ao PNCP ao longo da nova lei. No entanto, é no art. 174 da NLLC que se apresentam suas duas principais finalidades: i) a divulgação centralizada e obrigatória de atos; e ii) a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

20. Ao criar o PNCP, portanto, é inequívoca a intenção da NLLC em identificá-lo como instrumento que dará concretude ao princípio da publicidade, da transparência; bem como propiciará o exercício do controle social das contratações promovidas com recursos públicos.

(...)

27. Desse modo, considerando a importância do exercício de se extrair norma jurídica que contemple aspectos lógico-sistemáticos, bem como o alcance de interpretação válida que busque a máxima efetividade das disposições, considera-se possível a aplicação imediata da NLLC para realização de contratações diretas em razão do valor, contanto seja adotado procedimento que respeite o modelo de instrução definido no art. 72 da lei, inclusive quanto à necessidade de divulgação e manutenção, em sítio eletrônico oficial, do ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato.

28. Cumpre destacar que não seria a primeira vez em que se reconhecera a possibilidade de afastar a literalidade de dispositivo que aponta determinada forma de divulgação como condição para a eficácia dos atos.

9. Adicionalmente, para fins de cumprimento do princípio da publicidade com sua maior eficácia, a Consultoria recomendou a publicação dos instrumentos de divulgação da contratação por meio do Diário Oficial da União (DOU), argumentando que seria esse o meio mais condizente com a falta do PNCP

31. De volta à análise do novo regime, conforme já mencionado, a Lei n. 14.133/2021 expressamente indica ser o PNCP um sítio eletrônico oficial que, dentre outras atribuições, centralizará a divulgação exigida pela norma.

32. Nota-se que, nos termos da definição de sítio eletrônico oficial contida no inciso LII do art. 6º da NLLC c/c com o parágrafo único do art. 72, o ato autorizador da contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e disponibilizado em sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora.

33. Por esta razão, acredita-se que a proposta de apresentada pela Administração do Tribunal voltada à utilização imediata do regime contido na lei n. 14.133/2021 para as situações compreendidas nos incisos I e II do art. 75 mostra-se juridicamente viável; no entanto, algumas observações são necessárias quanto ao modo sugerido ao atendimento do princípio da publicidade.

(...)

48. Assim, com objetivo de atender à definição do art. 6º, inciso LII, para além da recomendável divulgação no portal digital do TCU sugerida pela unidade responsável, **a publicação do ato que autoriza a dispensa ou do extrato decorrente do contrato deverá ser realizada, no mínimo, em sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora. Assim, para as contratações pretendidas desta Casa, avalia-se adequada a utilização do Diário Oficial da União – DOU.**

(grifo nosso)

10. No âmbito da operacionalização da proposta, a Consultoria recomenda ampla interpretação ao alcance da expressão ‘contrato’. Não obstante o instrumento contratual ser dispensável nas hipóteses de dispensa em razão do valor, há outros instrumentos que materializam a formalização da relação contratual. No caso do TCU, o ato que autoriza a dispensa ou do extrato decorrente do contrato cumprem esse papel.

49. Essa consignação é reforçada pelo fato de que, apesar de o art. 95 da NLLC indicar que o instrumento de contrato não é obrigatório nas hipóteses de dispensa de licitação em razão do valor, isso não impede o surgimento de relações contratuais.

(...)

51. No entender desta Consultoria, considerando o caráter transitório da solução alcançada para a realização de contratações diretas sob a égide da Lei n. 14.133/21, bem como a redação do caput do art. 49, é prudente que a Administração adote interpretação em prol do incremento da transparência e da publicidade a fim de compreender o termo ‘contrato’ de forma ampla, e não apenas como ‘instrumento contratual’, de maneira restritiva, como sugerido nos autos (peça 10). (grifos nossos)

11. Por fim, o Parecer aventou a existência de divergência quanto à imprescindibilidade do PNCP para ser alcançada a plena eficácia da NLLC. Concomitantemente, o curto prazo no qual a lei apresenta vigência a torna mais suscetível de questionamentos e interpretações diversas:

53. Nesse ponto, dado o pouco tempo desde a promulgação da nova lei, é de se ressaltar a ausência de manifestações jurisprudenciais acerca da controvérsia e também a existência, no âmbito da atividade de assessoramento jurídico, de opiniões divergentes dessa aqui apresentada, em especial aquela produzida no âmbito da Advocacia Geral da União e prolatada por meio do Parecer nº 2/2021/CNMLC/CGU/AGU da Câmara

Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria Geral da União, cujo trecho se destaca abaixo:

42. Em suma, tendo em vista que a) a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 94, condiciona a eficácia dos contratos administrativos à sua indispensável publicação no PNCP; b) que o PNCP não se encontra regulamentado e nem em funcionamento; c) que o artigo 94 constitui uma regra jurídica; d) que o legislador não conferiu outros instrumentos aptos a substituir o PNCP; e) que a lei poderia prever exceções (como o fez no art. 176, parágrafo único para municípios pequenos) sendo a ausência delas neste caso uma omissão relevante; f) que, nos termos do artigo 191, é vedada a combinação da nova Lei com as Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011; g) que o art. 54, §1º trouxe um requisito cumulativo e não alternativo de publicidade, de modo que não afeta a necessidade de divulgação no PNCP; h) que a não aplicação da nova Lei não acarretará nenhum prejuízo ao gestor ou ao interesse público, uma vez que o artigo 193 permite que a contratação possa ser efetuada seguindo os trâmites das Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011, conclui-se que, no que tange à realização das licitações e consequentes contratos administrativos, enquanto não estiver em funcionamento o PNCP, a Lei nº 14.133/2021 não possui eficácia técnica, não sendo possível sua aplicação.

12. *A respeito da citada divergência, no decorrer do pronunciamento jurídico é possível extrair o posicionamento da Consultoria jurídica do Tribunal, manifestação a qual esta Secretaria oferece completa concordância:*

34. Seria, no mínimo, ilógico que o legislador tenha previsto tão claramente um período de experimentação; indicado que ao longo desse tempo a Administração poderia optar por qual regime utilizar em cada licitação ou contratação direta; que tenha considerado 2 (dois) anos um prazo razoável de adaptação; e que tudo isso nada representasse; que, após um longo processo, o detentor da competência constitucional para legislar sobre licitação e contratação aprovasse uma Nova Lei de Licitações, mas que a efetiva possibilidade de utilização do novo regime para a Administração Pública ficasse à mercê da pressa ou da vontade de um pequeníssimo grupo – sem legitimidade democrática – de lançar a plataforma operacional do PNCP.

35. Em tese, tal visão direcionaria à desatinada conclusão de que: i) o período de 2 (dois) anos definido pelo legislador, não teria qualquer relevância, uma vez que poderia – intencionalmente ou não – ser reduzido a zero e inviabilizado para todas as esferas de governo (o que denotaria, inclusive, afronta à autonomia entre os entes); ou ii) na hipótese de o PNCP não ser implementado até abril de 2023, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estariam impedidos de realizar contratações, tendo em vista a programada derrogação das Leis n. 8.666/1993; 10.520/2002; e 12.462/2011.

(...)

38. Dessa forma, caso se compreendesse pela inviabilidade de utilização do novo regime de licitações e contratações antes da implementação do PNCP, um incongruente cenário normativo seria construído, em que justamente os sujeitos que a lei presumiu serem mais precários à aplicação do novo regime – e, por isso, lhes concedeu prazo triplicado para o cumprimento de algumas exigências – seriam os únicos autorizados a utilizar a Lei n. 14.133/2021 para licitar ou contratar diretamente.

(grifo nosso)

13. *Ante todo o exposto, dado o teor favorável do Parecer jurídico, e, somando a esse a minha concordância aos seus termos, entendo que o processo deva seguir tramitação para instância superior.*

14. *Outrossim, feitas todas as considerações por parte da Segedam ao longo desse documento, considerando a relevância, a complexidade e o ineditismo da controvérsia envolvida, determino o envio da matéria à Presidência deste Tribunal, com vistas a avaliar a sua submissão ao Plenário deste Tribunal, nos termos do art. 16, inciso II, do RITCU.”*

3. A Excelentíssima Senhora Presidente deste Tribunal acompanhou o entendimento uniforme da Conjur e da Segedam no tocante à complexidade da matéria e, com base no inciso II do art. 16 do Regimento Interno desta Casa, entendeu que a questão administrativa ora debatida é de caráter relevante, competindo ao Plenário apreciá-la, com sorteio de relator (peça 13).

4. Tão logo deram entrada os autos em meu Gabinete, o Portal Nacional de Contratações Públicas foi lançado pelo Ministério da Economia (acesso no link <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/eventos/webinar-de-lancamento-do-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp>), razão pela qual determinei a restituição dos presentes autos à Selip para que avaliasse os efeitos da aprovação do novo portal, em 9/8/2021, em seu pleito inicial, datado de 27/4/2021 (peça 15).

5. Em resposta, a Segedam manifestou-se nos seguintes termos (peça 18):

“2. Originalmente, a proposição da Selip considerou a indisponibilização, à época, do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que ainda estava em desenvolvimento pelo Governo Federal. Ao longo do trâmite do presente processo, o referido Portal fora lançado, o que, à princípio, alteraria substancialmente o conteúdo da proposta inicial, conforme ponderou o Excelentíssimo Senhor Ministro Augusto Nardes, Relator do feito, no despacho de peça 15, recomendando em seguida a reavaliação do objeto pretendido no presente processo.

3. Ato contínuo, com o retorno dos autos à Selip, nova manifestação dessa área contextualizou o atual cenário fático de impossibilidade técnica de adoção do PNCP, dada a não inserção do TCU no Sistema de Serviços Gerais (Sisg), sistema esse que faz a interligação de dados entre os órgãos inseridos no Sisg e o referido Portal. Com mais detalhes, elucida a Selip na peça 17:

6. Com efeito, em 9/8/2021, o Ministério da Economia fez o lançamento oficial do Portal Nacional de Contratações Públicas, disponibilizando, em sítio eletrônico específico, parte das funcionalidades descritas na nova Lei nº 14.133/2021, inclusive as relacionadas à publicidade dos instrumentos de contrato.

7. Ocorre que, a despeito de todo o esforço que desde então tem sido empreendido pelas unidades competentes, sobretudo pela Selip e pela Diretoria de Gestão de Soluções de TI para a Administração (DGA/Adgedam), **ainda não é tecnicamente viável a utilização do PNCP pela área administrativa do TCU**. E, infelizmente, não se afigura possível antever de pronto, com satisfatória precisão, o tempo que ainda despenderão as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal.

8. A dificuldade reside, sobretudo, no fato de não haver possibilidade de alimentação manual de dados no PNCP. A inserção, modificação ou exclusão de dados no Portal é feita mediante integração de sistemas. No caso do TCU, que é órgão não vinculado ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), do grupo chamado órgãos ‘não-Sisg’, trata-se de integração de ‘sistemas externos’ – sob o ponto de vista do Ministério da Economia – com o Portal. Esclareço, nesse sentido, que, diversamente do que ocorre no âmbito dos órgãos Sisg, que por regra utilizam as ferramentas de provimento centralizado do Ministério da Economia, a área administrativa do TCU dispõe de sistema próprio de gerenciamento de contratos – o sistema Contrata. A integração, assim, a princípio, há de ser efetuada entre o Contrata e o PNCP.

4. Face essa constatação, a Selip entendeu relevante o retorno do processo à Presidência do Tribunal para reexame, pelo Plenário, da proposta de adoção transitória e excepcional de meios alternativos de transparência das contratações, até que seja possível adotar a comunicabilidade direta do sistema Contrata com o PNCP. Convém anotar que as equipes do TCU estão enfrentando dificuldades para obter informações técnicas de funcionamento do PNCP, o que torna inviável o estabelecimento de previsão de adoção de solução que venha a permitir a completa adoção dos termos da Lei nº 14.133/2021.

5. Sigo o exposto pela Selip e, considerando a impossibilidade de estabelecimento de previsão para adoção do PNCP dados os fatos elucidados à peça 17, determino o envio da matéria à Presidência, para reavaliar a sua submissão ao Plenário deste Tribunal, caso entenda o Relator, nos termos do art. 16, inciso II, do RITCU”.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria-Geral de Administração deste Tribunal, com base em questão suscitada pela Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio (Selip) quanto à proposta de avaliar a imediata aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos procedimentos de contratação direta, por dispensa de licitação, em razão do valor, de bens e serviços para o TCU que, pelo valor estimado, se enquadrem na hipótese do art. 75, II, do aludido normativo.

2. De acordo com a Secretaria-Geral, *“a ampliação do limite de contratação por dispensa em razão do valor, no âmbito da Lei nº 14.133/2021 tem o potencial de conferir agilidade nos processos de compras que se enquadram nos critérios definidos, caso seja autorizada a utilização do referido modelo nas contratações do TCU”*.

3. A Senhora Presidente deste Tribunal acompanhou o entendimento uniforme da Conjur e da Segedam no tocante à complexidade da matéria e, com base no inciso II do art. 16 do Regimento Interno desta Casa, entendeu que a questão administrativa ora debatida é de caráter relevante, competindo ao Plenário apreciá-la, razão pela qual houve o devido sorteio de relator (peça 13).

4. Inicialmente, a consulta em análise fundamentava-se no questionamento afeto à possibilidade de utilização imediata do art. 75 da Lei 14.133/21, sem que:

a) o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, criado pelo art. 174 da Lei nº 14.133/2021, estivesse disponível; e

b) a regulamentação de dispositivos legais fosse concluída;

5. Ocorre que, tão logo deram entrada os autos em meu Gabinete, o Portal Nacional de Contratações Públicas foi lançado pelo Ministério da Economia (acesso no link <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/eventos/webinar-de-lancamento-do-portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp>), razão pela qual determinei a restituição dos presentes autos à Segedam para que avaliasse os efeitos da aprovação do novo portal, em 9/8/2021, em seu pleito inicial, datado de 27/4/2021 (peça 15).

6. Em resposta, a Segedam informou que, apesar do lançamento oficial do PNCP, *“ainda não é tecnicamente viável a utilização do PNCP pela área administrativa do TCU. E, infelizmente, não se afigura possível antever de pronto, com satisfatória precisão, o tempo que ainda despenderão as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal”*.

7. E a dificuldade pela qual se tem essa impossibilidade, ainda segundo a Secretaria-Geral *reside, sobretudo, no fato de não haver possibilidade de alimentação manual de dados no PNCP. A inserção, modificação ou exclusão de dados no Portal é feita mediante integração de sistemas. No caso do TCU, que é órgão não vinculado ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), do grupo chamado órgãos ‘não-Sisg’, trata-se de integração de ‘sistemas externos’ – sob o ponto de vista do Ministério da Economia – com o Portal. Esclareço, nesse sentido, que, diversamente do que ocorre no âmbito dos órgãos Sisg, que por regra utilizam as ferramentas de provimento centralizado do Ministério da Economia, a área administrativa do TCU dispõe de sistema próprio de gerenciamento de contratos – o sistema Contrata. A integração, assim, a princípio, há de ser efetuada entre o Contrata e o PNCP.*

8. Em relação ao mérito do pleito, a Segedam (peças 12, 17 e 18) e a Consultoria-Jurídica deste Tribunal (peça 11) manifestam-se favoravelmente à utilização do art. 75 da Lei 14.133/21, mesmo sem a possibilidade de utilização imediata do PNCP.

9. Feita essa breve contextualização, decido.

10. A nova lei de licitações e contratos – NLLC foi publicada em 1º de abril deste ano, após um longo período de análise no âmbito do Congresso Nacional. Não obstante o disposto na Lei Complementar nº 95, nesta mesma data entrou em vigor por expressa disposição de seu art. 194.

11. Importante salientar que a NLLC não promoveu a pronta ab-rogação das demais leis que tratam de licitações no país – 8.666/1993, 10.520/2002, e 12.462/2011 –, mas tão somente a derrogação do Capítulo “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” da Lei nº 8.666/93 cuja redação passou a vigorar no Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal). Ainda, a NLLC estabeleceu prazo de dois anos para a revogação integral das mencionadas leis.

12. O art. 191 do novo normativo estabeleceu que durante esse prazo de dois anos a Administração teria a prerrogativa de escolher licitar ou contratar com fulcro na Lei nº 14.133/2021 ou com base nos normativos anteriormente existentes.

13. A controvérsia surge em função de vários dispositivos na NLLC que fazem menções a necessidades de regulamentos e à divulgação dos contratos e seus aditamentos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição indispensável para suas eficácias.

14. Considerando que a consulta administrativa tem por foco a utilização de contratação direta prevista no art. 75, inciso II, da Lei 14.133/21, extrai-se da leitura de seu Capítulo VIII que a única regulamentação específica à dispensa de licitação exigida em relação ao tema foi a prevista no § 5º do aludido artigo, em matéria afeta à alínea “c” do inciso IV de seu caput, que tratou de produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), ou seja, de objetos que não se inserem na matéria ora em análise.

15. A esse respeito, a Conjur observa que:

De mais a mais, tendo em vista o alcance pretendido à análise deste parecer – restrito às hipóteses de dispensa de valor procedidas pela administração desta Casa –, a priori, não se vislumbra dispositivo legal cuja regulamentação seja materialmente imprescindível à eficácia jurídica e à viabilidade do manejo da contratação direta prevista nos incisos I e II do art. 75 da NLLC.

16. No tocante à necessidade da inserção das informações contratuais no PNCP, inegável o desejo do legislador em viabilizar um instrumento que possa divulgá-las de modo centralizado e obrigatório, tendo em vista os princípios da transparência e da publicidade, facilitando dessa forma o controle social sobre os gastos públicos.

17. Contudo, natural que as determinações legais relativas à implementação de ferramentas levem determinado período para serem totalmente cumpridas, uma vez que estas precisam de um estudo detalhado e de significativo esforço laboral para que possam funcionar em ambiente de confiança.

18. Surge então a questão a respeito do aparente conflito de utilização de uma lei, sem que as ferramentas tecnológicas estejam concluídas. Estaria sendo ferido o princípio da publicidade com a utilização da NLLC sem que o PNCP fosse alimentado?

19. Nesse particular, pertinentes as observações da CONJUR deste Tribunal quanto a uma adequada interpretação lógico-sistemática da Lei 14.133/21, afastando-se a literalidade do art. 94, que exige a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos:

*27. Desse modo, considerando a importância do exercício de se extrair norma jurídica que contemple aspectos lógico-sistemáticos, bem como o alcance de interpretação válida que busque a máxima efetividade das disposições, considera-se possível a aplicação imediata da NLLC para realização de contratações diretas em razão do valor, **contanto seja adotado procedimento que respeite o modelo de instrução definido no art. 72 da lei**, inclusive quanto à necessidade de **divulgação e manutenção, em sítio eletrônico oficial, do ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato.***

28. Cumpre destacar que não seria a primeira vez em que se reconheceria a possibilidade de afastar a literalidade de dispositivo que aponta determinada forma de divulgação como condição para a eficácia dos atos.

29. Apesar de o art. 26 da lei n. 8.666/1993 impor a publicação de situações de inexigibilidade na imprensa oficial “como condição para a eficácia dos atos”, o Tribunal de Contas da União determinou que

a eficácia dos atos de dispensa e inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 26 da Lei 8.666/93 (art. 24, incisos III a XXIV, e art. 25 da Lei 8.666/93), está condicionada a sua publicação na imprensa oficial, salvo se, em observância ao princípio da economicidade, os valores contratados estiverem dentro dos limites fixados nos arts. 24, I e II, da Lei 8.666/93 (Acórdão n. 1.336/2006 – Plenário).

30. (...)

31. De volta à análise do novo regime, conforme já mencionado, a Lei n. 14.133/2021 expressamente indica ser o PNCP um sítio eletrônico oficial que, dentre outras atribuições, centralizará a divulgação exigida pela norma.

32. Nota-se que, nos termos da definição de sítio eletrônico oficial contida no inciso LII do art. 6º da NLLC c/c com o parágrafo único do art. 72, o ato autorizador da contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e disponibilizado em sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora.

33. Por esta razão, acredita-se que a proposta apresentada pela Administração do Tribunal voltada à utilização imediata do regime contido na lei n. 14.133/2021 para as situações compreendidas nos incisos I e II do art. 75 mostra-se juridicamente viável; no entanto, algumas observações são necessárias quanto ao modo sugerido ao atendimento do princípio da publicidade.

34. Seria, no mínimo, ilógico que o legislador tenha previsto tão claramente um período de experimentação; indicado que ao longo desse tempo a Administração poderia optar por qual regime utilizar em cada licitação ou contratação direta; que tenha considerado 2 (dois) anos um prazo razoável de adaptação; e que tudo isso nada representasse; que, após um longo processo, o detentor da competência constitucional para legislar sobre licitação e contratação aprovasse uma Nova Lei de Licitações, mas que a efetiva possibilidade de utilização do novo regime para a Administração Pública ficasse à mercê da pressa ou da vontade de um pequeníssimo grupo – sem legitimidade democrática – de lançar a plataforma operacional do PNCP.

35. Em tese, tal visão direcionaria à desatinada conclusão de que: i) o período de 2 (dois) anos definido pelo legislador, não teria qualquer relevância, uma vez que poderia – intencionalmente ou não – ser reduzido a zero e inviabilizado para todas as esferas de governo (o que denotaria, inclusive, afronta à autonomia entre os entes); ou ii) na hipótese de o PNCP não ser implementado até abril de 2023, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estariam impedidos de realizar contratações, tendo em vista a programada derrogação das Leis n. 8.666/1993; 10.520/2002; e 12.462/2011. (...)

36. Quando comparado com o regime da Lei nº 8.666/1993, é possível identificar que a NLLC substituiu o paradigma da “imprensa oficial” pelo modelo de publicação em “sítio eletrônico oficial”, ora tratado em sua acepção ampla, ora indicando especificamente o Portal Nacional de Contratações Públicas.

37. A propósito, sem olvidar o já transcrito art. 94, cumpre destacar que a Nova Lei de Licitações, em trecho estritamente dedicado ao processo de contratação direta (Seção I do Capítulo VIII), impõe que “o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial”.

(...)

44. De todo modo, considerando que uma das principais atribuições do PNCP é a “divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos” pela Nova Lei (art. 174, I), é possível concluir que quando a NLLC impõe a publicação em sítio eletrônico oficial esta deverá ser procedida no PNCP – a partir do momento em que os responsáveis já o tiverem disponibilizado.

45. Caso contrário, compreende-se que a divulgação dos órgãos e entidades contratantes deverá retratar “caixa de vidro” com o mesmo nível de transparência abstratamente previsto, seja em seu aspecto formal, como requisito para a validade e a eficácia dos atos; seja para a publicidade material que “não está restrita apenas à publicização dos motivos que ocasionaram o ato administrativo, mas também

à efetividade da publicidade, possibilitando o acesso real aos atos praticados no exercício da função administrativa”.

46. Assim, com objetivo de atender à definição do art. 6º, inciso LII, para além da recomendável divulgação no portal digital do TCU sugerida pela unidade responsável, a publicação do ato que autoriza a dispensa ou do extrato decorrente do contrato deverá ser realizada, no mínimo, em sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora. Assim, para as **contratações pretendidas desta Casa, avalia-se adequada a utilização do Diário Oficial da União – DOU.**

47. Essa consignação é reforçada pelo fato de que, apesar de o art. 95 da NLLC indicar que o instrumento de contrato não é obrigatório nas hipóteses de dispensa de licitação em razão do valor, isso não impede o surgimento de relações contratuais. (grifei)

20. Em resumo, não me parece razoável que seja vinculada a eficácia de uma nova lei, que traz expressamente em seu art. 194 o comando de que “*entra em vigor na data de sua publicação*” (1º/4/2021), à necessária utilização de um Portal previsto em seu próprio texto. A referida eficácia da norma somente poderia ser limitada mediante previsão expressa no corpo da lei em análise.

21. Nesse contexto, entendo ser possível a utilização do art. 75 da NLLC por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), do grupo chamado órgãos “não-Sisg”, em caráter excepcional e transitório, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do PNCP. Nesse período, como reforço à transparência que deve ser dada às contratações diretas, que seja utilizado o Diário Oficial da União – DOU como mecanismo adicional ao atendimento da diretriz legal.

22. Entendo, ainda, considerando a relevância do princípio da publicidade no âmbito das contratações públicas, que seja formulada orientação às Secretarias-Gerais de Administração e da Presidência deste Tribunal no sentido de que priorizem as ações para a devida integração dos sistemas internos do TCU com o PNCP.

Ante o exposto, VOTO para que este Tribunal adote a minuta de Acórdão que trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 13 de outubro de 2021.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 2458/2021 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 008.967/2021-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII- Administrativo.
3. Interessados/Responsáveis: Secretaria-Geral de Administração do Tribunal de Contas da União.
4. Órgão/Entidade: Tribunal de Contas da União.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: não há.
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida a presente consulta formulada pela Secretaria-Geral de Administração deste Tribunal (Segedam), com base em questão suscitada pela Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio (Selip) quanto à proposta de avaliar a imediata aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos procedimentos de contratação direta, por dispensa de licitação, em razão do valor, de bens e serviços para o TCU que, pelo valor estimado, se enquadrem na hipótese do art. 75, II, do mencionado normativo,

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. responder à consulente, Secretaria-Geral de Administração (Segedam), que:

9.1.1. é possível a utilização do art. 75 da Lei 14.133/2021 por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), do grupo chamado órgãos “não-Sisg”, em caráter transitório e excepcional, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP;

9.1.2. em reforço à transparência que deve ser dada às contratações diretas, que seja utilizado o Diário Oficial da União – DOU como mecanismo complementar ao portal digital do TCU, em reforço à devida publicidade até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP;

9.2. orientar a Secretaria-Geral de Administração e a Secretaria-Geral da Presidência deste Tribunal que priorizem as ações para a devida integração dos sistemas internos do TCU com o PNCP.

10. Ata nº 40/2021 – Plenário.
11. Data da Sessão: 13/10/2021 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2458-40/21-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes (Relator), Raimundo Carreiro e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral