

TC 000.586/2023-4

Tipo de processo: Representação

Proposta: Firmar entendimento. Recomendação à Seges/MGI. Notificação aos demais Tribunais de Contas e Órgãos Governantes Superiores.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação para atender determinação do Ministro Antônio Anastasia à Segecex para que realize estudos conclusivos sobre a compatibilidade das teses firmadas pela jurisprudência desta Corte de Contas com o Parecer 6/2022 da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (CNLCA/CGU/AGU) (peça 5), que propôs orientações normativas com importantes reflexos sobre o prazo de vigência das regras postas nos estatutos de licitações a serem revogados pela Lei 14.133/2021, conforme Memorando 33/Seses, de 15/12/2022 (peça 4), que encaminhou, à Secretaria-Geral de Controle Externo, excerto referente à Ata nº 47, da Sessão Extraordinária do Plenário realizada no dia 13/12/2022.

2. A questão central é a exegese proposta ao artigo 191 da nova lei, mais precisamente quanto ao conteúdo semântico do termo “optar por licitar ou contratar diretamente”, em alusão à escolha da Administração entre as normas do novo estatuto ou das leis anteriores, com revogação prevista para 1º/4/2023.

3. Nesse sentido, o primeiro entendimento firmado no citado parecer dispõe que (peça 5, p. 1):

A expressão legal "opção por licitar ou contratar", para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a **manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior** (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011).

4. Em uma primeira avaliação, o Ministro Anastasia identificou risco de excessiva dilação no prazo de aplicação das normas que o Congresso buscou revogar, devido à indefinição legal da expressão “optar por licitar”.

5. Busca-se, dessa maneira, definir orientação acerca do momento em se considera feita essa opção, se seria na instauração do processo, na elaboração do termo de referência, na publicação do edital, ou em outro momento, estabelecendo o marco temporal a ser utilizado para a aplicação dos regimes licitatórios que serão revogados pela Lei 14.133/2021 e, assim, uniformizar a aplicação da norma no âmbito da Administração Pública federal.

6. Desta forma, considerando o propósito de orientação normativa das teses firmadas no aludido parecer, a estender seus efeitos sobre toda a Administração Pública federal, e tendo em vista que a competência de controle externo desta Corte de Contas lhe confere igualmente o poder-dever de interpretação do Direito Administrativo, também com efeito vinculante sobre a gestão pública, o Ministro considerou necessário e oportuno o cotejo entre as dicções firmadas pelo órgão colegiado da AGU e a jurisprudência deste Tribunal, o que esta representação se propõe a fazer.

7. Como é sabido, em 1º/4/2021 foi editada a nova norma geral de licitações e contratos, a Lei 14.133/2021 (NLLC). O seu Capítulo III (Disposições Transitórias e Finais) do Título V (Disposições Gerais) prevê as regras acerca de sua vigência e aplicação. Os dois últimos artigos da lei estabeleceram sua vigência imediata e definiram que a revogação do regime antigo (Lei

8.666/1993, Lei 10.520/2002 e parte da Lei 12.462/2011, que rege o Regime Diferenciado de Contratações – RDC) somente ocorrerá dois anos após sua publicação, conforme se verifica abaixo:

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

8. Previu-se, dessa forma, um período de convivência de dois anos entre os dois regimes, o antigo e o novo, evitando-se uma ruptura imediata e possibilitando uma transição mais tranquila, para que houvesse tempo suficiente para a experimentação, o devido aprendizado e capacitação por parte dos gestores e operadores da norma, a edição das regulamentações necessárias pelos órgãos competentes, a adequação das suas estruturas institucionais e as adaptações e/ou criação dos sistemas informatizados. Esse período de convivência deve seguir ainda, complementarmente, as disposições do caput do artigo 191:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá **optar por licitar** ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

9. O artigo acima regra o que a Administração poderá fazer para contratar, entre 1º de abril de 2021 e 31 de março de 2023 (período que corresponde à regra do inciso II, do art. 193), considerando a convivência entre as normas antigas e a Lei 14.133/2021.

10. Durante esse período, o gestor público poderá, então, optar por realizar uma licitação ou contratar diretamente (por dispensa de licitação ou inexigibilidade) seguindo as regras da Lei 14.133/2021 ou da legislação antiga. Essa opção deverá seguir duas premissas fundamentais: primeiro, que a norma que o gestor escolher seguir em seu processo de contratação seja indicada, expressamente, no edital ou no instrumento de contratação direta; segundo, que não combine o regime antigo com o regime novo em uma mesma contratação.

11. A questão que se põe envolve o que se entende pela expressão “optar por licitar”, para saber até quando se poderia utilizar o regime antigo. Bastaria o processo licitatório ser autuado até 31/3/2023? Ou é necessária a conclusão do termo de referência ou projeto básico? Ou o edital deve ser publicado até esta data? Ou ainda, o contrato deve ser assinado antes de abril deste ano? Lembrando que essas não são as únicas opções possíveis e que a Lei 14.133/2021 não definiu, de forma precisa, o que seria tal opção por licitar.

12. Para uma melhor interpretação do dispositivo legal em questão, e antes da análise da compatibilidade ou não do Parecer 6/2022 da CNLCA/CGU/AGU com a jurisprudência do TCU, objeto desta representação, é necessário traçarmos um histórico de todos os atos e decisões anteriores que trataram, direta ou indiretamente, da questão aqui posta, na ordem em que foram sendo emitidos.

HISTÓRICO

13. Inicialmente, faz-se necessário voltar à Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conhecida como Lei das Estatais, visto que trouxe uma solução similar, mas não idêntica, à utilizada pela Lei 14.133/2021 para reger sua vigência, conforme dispositivo abaixo:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

(...)

§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior **procedimentos licitatórios e contratos iniciados** ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.

14. A diferença é que, para as estatais, não havia a possibilidade de coexistência dos dois regimes, pois a partir do momento em que essas empresas passassem a utilizar a Lei 13.303/2016 não poderiam mais retroceder ao regime antigo. Ronny Charles explica bem essa diferença (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 13. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 895):

Já a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais) definiu que a empresa pública e a sociedade de economia mista teria um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para se adaptar à nova legislação. Assim, embora as suas regras licitatórias tenham entrado em vigor na data da publicação da Lei nº 13.303/2016, ela admitiu um prazo de até 24 (vinte e quatro) meses para que as estatais se adaptassem ao novo regime licitatório e contratual.

Em relação ao regramento das estatais, contudo, havia uma diferença. Enquanto na Lei nº 13.303/2016 a estatal poderia, em prazo inferior aos 24 meses, optar pela migração para o novo regime, momento a partir do qual este passaria a ser utilizado em todas as novas licitações, na Lei nº 14.133/2021 esse período de adaptação permitirá o uso alternativo da nova e da velha legislação, durante o lapso temporal em que elas estarão “convivendo”.

15. No âmbito dessa Lei, surgiu também a problemática aqui tratada, relativo a qual seria o marco temporal a ser considerado para a utilização do novo regime. O TCU, em um caso concreto, enfrentou a questão no TC 036.542/2018-0, que tratava de auditoria realizada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana) na Companhia do Metropolitano de Brasília (Metrô-DF), no Ministério das Cidades e na Caixa Econômica Federal, com o objetivo de avaliar a conformidade da contratação de empresa para execução das obras civis de expansão da Linha 1 do Metrô do Distrito Federal. Na ocasião, foi proferido o Acórdão 2.279/2019-TCU-Plenário (peça 6), da relatoria do Ministro Augusto Nardes.

16. Pela importância para a análise que será empreendida mais adiante, vale transcrever trechos do voto do ministro relator, destacados abaixo (peça 6, p. 12-14):

8. Apesar da entrada em vigência a partir de sua publicação, o legislador optou por conceder prazo de 24 meses para que as estatais promovessem as regulamentações necessárias, o que flexibilizou sua utilização até a data de 1º/7/2018.

9. Ocorre que, mesmo após essa data limite, uma vez que o Edital 2/2018 do Metrô-DF, foi publicado na data de 20/09/2018, com base em argumentos da Diretoria Técnica do Metrô-DF e em parecer jurídico da Procuradoria Geral do Distrito Federal (Evidências 3, 4, 5, e 7), o Metrô-DF decidiu utilizar o regime jurídico da Lei 8.666/93 para a licitação em questão.

10. Em resumo, a mencionada diretoria argumenta que, desde 2014, as peças técnicas da fase interna da licitação foram elaboradas tendo como base a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) e que, desde a publicação da Lei das Estatais, nenhum ato administrativo determinou ou regulamentou a migração gradual de licitações em fase interna ou na fase externa, tanto no âmbito federal como no distrital.

11. Por sua vez, o Parecer da Procuradoria Geral do Distrito Federal, de 14/06/2018, (Evidência 7) concluiu pela possibilidade de continuidade do processo licitatório em tela em conformidade com a Lei 8.666/93, sob o argumento de que interpretar e aplicar a nova norma de forma antagonista aos critérios técnicos utilizados na fase interna da licitação, estruturada com base em lei anterior, ocasionaria paralisação do procedimento, o que seria contrário ao interesse público, devido à iminente publicação do edital.

12. Em essência, a discussão que se apresenta é a possibilidade de uma estatal utilizar as regras definidas em normativo de licitação anterior a Lei 13.303/16 para a estruturação de edital publicado após decorrido o prazo de 24 meses da publicação da mencionada lei, sob a alegação de que os estudos da fase interna tiveram início em data anterior ao limite legal de 1º/7/2018.

13. Desde sua publicação, a Lei de Responsabilidade das Estatais suscitou diversas dúvidas afetas ao prazo para sua completa aplicação. Tal controvérsia decorreu do fato de que, por um lado, seu art. 97 estabelecia que a lei entraria em vigor a partir de sua publicação; e por outro, em seu art. 93, que as empresas estatais, constituídas anteriormente a 30 de junho de 2016 teriam 24 meses para promoverem as adequações necessárias para a aplicação da nova lei.

(...)

16. Apesar dessa controvérsia ter perdido importância, uma vez decorrido neste momento o prazo máximo de transição previsto em lei, a equipe técnica deste Tribunal identificou que os procedimentos licitatórios do “Edital de Concorrência 02/2018 do Metrô-DF”, tiveram como base a Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública), em detrimento da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

17. A essência da discussão está no fato de o legislador não ter explicitado se esse início do procedimento licitatório se refere à sua efetiva publicação ou ao começo do planejamento da licitação, em sua fase interna/preparatória. No presente caso, os estudos para as obras se iniciaram em 2014 (Evidência 4).

18. Entendo não haver dúvida em relação ao momento a ser considerado como de início do procedimento, isso porque não se pode ampliar a interpretação de concessão dada pelo legislador para uma transição de normativos. Com isso, a melhor interpretação é a de que a transição vale para licitações que tiveram seu edital “publicado” entre a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

19. E os motivos para essa interpretação são simples. Em primeiro lugar, não seria razoável supor que o legislador fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga, pois, caso prevalecesse a tese encampada pela equipe técnica do Metrô, qualquer objeto que tivesse seus estudos iniciados anteriormente à data de publicação da Lei 13.303, 1º/7/2016, poderia ser licitado por uma empresa estatal com base na Lei 8.666/93, mesmo que decorrido um prazo elevado. Seria ampliar em demasia uma flexibilidade pensada pelo legislador para harmonizar a transição dos comandos de uma lei nova.

20. Em segundo, o prazo de dois anos definido para a mencionada transição foi suficiente para que todos os procedimentos de adaptação tivessem sido incorporados pelas estatais, seja em relação à definição de seus regulamentos internos, seja no tocante aos ajustes dos estudos desenvolvidos na fase interna. Não seria razoável a alegação de que houve surpresa para a equipe técnica por comandos exigidos em uma nova lei ou de que haveria custos de ajustes para um suposto “inédito” normativo, decorridos 24 meses de sua publicação.

21. Em terceiro, é da data de publicação do edital que as empresas concorrentes têm ciência do objeto a ser licitado e, automaticamente, começam a investir recursos na preparação de suas propostas. A preservação dos comandos contidos em lei anterior visou manter o equilíbrio econômico nos contratos firmados pela Administração com particulares no interregno transitório. Passado esse período, natural que as empresas submetidas à nova lei já tivessem adaptado todos os seus procedimentos.

22. Firmado esse posicionamento, entendo que, apesar da condução incorreta do procedimento pelo Metrô, seria desproporcional determinar a anulação de todo certame em função de todos os custos incorridos. Não obstante, oportuno que seja dada ciência à estatal da necessidade de aplicação da Lei 13.303/2016 nos procedimentos licitatórios que serão ainda publicados, mesmo que a fase interna tenha sido iniciada anteriormente à data prevista no art. 91 daquela lei, com vistas à obtenção dos potenciais benefícios apresentados pela nova legislação.

17. Dessa forma, o Tribunal decidiu, no âmbito da Lei 13.303/2016, no caso em questão, que a **publicação do edital** é que seria o marco delimitador para a utilização da lei das estatais, de modo que só poderiam seguir ainda a Lei 8.666/1993 as licitações cujos editais tivessem sido publicados até o dia 30/6/2018, data em que se completavam os 24 meses previstos no art. 91 da Lei 13.303/2016.

18. No âmbito federal, já em relação à Lei 14.133/2021, a Secretaria de Gestão da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital (Seges) do então Ministério da Economia, órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), emitiu, para informação aos órgãos, padronização do entendimento e parametrização do sistema Compras.gov.br, em 31/8/2022, o Comunicado 10/2022 (peça 7), tratando da transição entre a Lei 14.133/2021 e as Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e os arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011, nos seguintes termos:

A Secretaria de Gestão, órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), **comunica** aos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, em atenção ao disposto no art. 191 e no inciso II do art. 193 da Lei nº 14.133, de 2021, que o Sistema de Compras do Governo Federal, **a contar do dia 31 de março de 2023**, estará configurado para receber **somente as licitações e contratações diretas à luz da Lei 14.133, de 2021 (e demais leis específicas)**, considerando o esgotamento temporal da eficácia jurídica-normativa das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011.

(...)

Assim, os **órgãos e entidades do Sisg, inclusive os não-Sisg (aderentes ao Sistema de Compras do Governo Federal) e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios beneficiários de transferências voluntárias**, devem observar as **seguintes diretrizes**:

1º - Processos licitatórios em andamento

Os processos licitatórios que tenham os **editais publicados até 31 de março de 2023**, sob a égide das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, inclusive as licitações para registro de preços (Decreto nº 7.892, de 2013), **permanecem** pelas por elas regidas, bem como os contratos respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

2º - Contratações diretas

(i) Dispensas de licitação

Os **avisos ou atos de autorização/ratificação de contratação por dispensa de licitação publicados até 31 de março de 2023**, sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, permanecem por ela regida, inclusive os contratos respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

(ii) Inexigibilidades de licitação

Os **atos de autorização/ratificação da contratação pela autoridade superior publicados até 31 de março de 2023**, sob a égide da Lei nº 8.666, de 1993, permanecem por ela regida, inclusive os contratos respectivos e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

Desse modo, reforça-se que, a contar do dia 31 de março de 2023, o Sistema de Compras do Governo Federal receberá somente os processos de licitação e de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação) sob a égide da Lei nº 14.133, de 2021.

Ainda, os órgãos e as entidades devem se atentar para o calendário das contratações (art. 11 do Decreto nº 10.947, de 2022), para que o início dos seus processos de licitação ou de contratação direta tenham como parâmetro a regra de transição das leis.

19. Como se pode depreender do comunicado acima, a Seges estabeleceu como marco temporal para a transição entre os regimes a publicação do edital, com base, dentre outras referências, na jurisprudência do TCU anteriormente relatada. A inspiração na decisão do Tribunal foi

expressamente admitida posteriormente, no Comunicado 13/2022 (peça 8), de 31/12/2022, conforme veremos adiante.

20. Posteriormente, com data de 14/9/2022, foi emitido o Parecer 6/2022 da CNLCA/CGU/AGU, que teve o intuito de interpretar o art. 191 da Lei 14.133/2021 para definir orientação acerca do marco temporal a ser utilizado para a aplicação dos regimes licitatórios que serão revogados pela Lei 14.133/2021 e, assim, uniformizar a aplicação da norma no âmbito da Administração Pública.

21. Essa análise envolveu a compreensão sobre qual seria o limite para a aplicação dos regimes licitatórios anteriores, que serão revogados dois anos após a publicação oficial da Lei 14.133/2021, bem como a aplicação desta compreensão em relação a questões correlatas, como a continuidade dos contratos firmados e as contratações decorrentes de atas de registro de preços. O referido parecer alcançou as seguintes conclusões:

I - A expressão legal "opção por licitar ou contratar", para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011).

II - Desde que respeitada a regra do artigo 191, que exige a "opção por licitar" de acordo com o regime anterior, ainda no período de convivência normativa, a Ata de Registro de Preços gerada pela respectiva licitação continuará válida durante toda a sua vigência, que pode alcançar o prazo máximo de 12 meses, sendo possível firmar as contratações decorrentes desta ARP, mesmo após a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 14.262/2011.

III - Uma vez que a Lei nº 14.133/2021 firmou a ultratividade de aplicação do regime contratual da Lei nº 8.666/93 aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior seja feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), as regras de alteração dos contratos administrativos previstas nesta legislação anterior, mesmo após a sua revogação, poderão ser aplicadas no respectivo contrato durante toda a sua vigência.

IV - Os contratos sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, que tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), terão seu regime de vigência definido pela Lei nº 8.666/93, aplicação que envolve não apenas os prazos de vigência ordinariamente definidos, mas também suas prorrogações, em sentido estrito ou em sentido amplo (renovação).

22. Dessa forma, especialmente ao que se refere à questão mais polêmica acerca da vigência comum entre os regimes, que é o objeto central desta representação, a primeira conclusão compreendeu que a expressão legal "opção por licitar", para identificação do ato jurídico definidor como referência para aplicação da ultratividade, deve ser representada pela manifestação de agente público competente, ainda na fase preparatória, que opte pela instrução do processo de licitação ou de contratação direta sob o regime licitatório anterior (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e Lei 12.462/2011).

23. Em 13/12/2022, a questão foi suscitada no Plenário do TCU pelo Ministro Antonio Anastasia, determinando à Segecex a realização dos estudos objeto destes autos. Após, em 31/12/2022, a Seges emitiu um novo comunicado (13/2022), informando que aguardaria a manifestação do Tribunal para a reavaliação posterior da manutenção ou não das condições impostas pelo Comunicado 10/2022, conforme inteiro teor abaixo:

A Secretaria de Gestão, órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), vem a comunicar os órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, **em atenção ao disposto no art. 191 da Lei nº 14.133, de 2021**, o *status* atual do posicionamento deste órgão

central quanto à transição entre as citadas leis de licitações, bem como as possibilidades a serem esclarecidas em curto prazo.

Por meio do **Comunicado nº 10/22**, esta SEGES informou que o Sistema de Compras do Governo Federal, **a contar do dia 31 de março de 2023**, estará configurado para receber **somente as licitações e contratações diretas à luz da Lei nº 14.133, de 2021 (e demais leis específicas)**, considerando o exaurimento temporal da eficácia jurídica-normativa das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. Tal entendimento repousa, *s.m.j.*, em **estrita consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, quando da transição afeta à Lei das Estatais.**

Ocorre que a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 0006/2022/CNLCA/CGU/AGU, propugna que bastaria o órgão e entidade registrar, via a autoridade competente e nos autos de contratação, a opção por licitar e contratar pelas legislações antigas (e ainda vigentes), inexistindo prazo limite para a publicação do edital ou do aviso de contratação direta correspondente. Dessarte, nessa ótica, haveria publicação de editais com espeque nas leis revogadas até o final de 2023, podendo-se estender-se a 2024 e, em situações excepcionais, até 2025, conjetura-se. Outrossim, haveria publicações de contratos por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, em prazos elásticos, indefiníveis.

O aludido parecer – juridicamente válido, frise-se – foi alçado ao plenário do Tribunal de Contas da União, via comunicação de autoria do Ministro Anastasia, em 13 de dezembro de 2022. Em seu discurso, o Ministro enuncia:

"Em uma primeira avaliação, na condição de relator no Senado do projeto de lei que culminou com o novo Estatuto de Licitações, identifiquei risco de excessiva dilação no prazo de aplicação das normas que o Parlamento buscou revogar.

Considerando o propósito de orientação normativa das teses firmadas no aludido parecer, a estender seus efeitos sobre toda a Administração Federal, e tendo em vista que a competência de controle externo desta Corte de Contas lhe confere igualmente o poder-dever de interpretação do Direito Administrativo, também com efeito vinculante sobre a gestão pública federal, considero necessário e oportuno o cotejo entre as dicções firmadas pelo órgão colegiado da AGU e a jurisprudência deste Tribunal.

Destarte, proponho à Presidência que, com a aprovação deste Plenário, determine à Segecex a realização de estudos conclusivos sobre a compatibilidade das teses firmadas no Parecer 6/2022, da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União, com a jurisprudência desta Corte de Contas." (destaques desta SEGES)

Inexiste óbice legal e de gestão, na interpretação desta Secretaria, para que a opção por licitar pelas leis mais antigas seja feita até o dia 31 de março – uma sexta-feira, **desde que se delimite prazo final para a publicação do edital ou do aviso de contratação direta.**

Eis que soa indispensável, por razões sistêmicas (custo de manutenção de funcionalidades de TIC para dar azo a leis antigas; uso continuado de leis anacrônicas, que impingem ônus ao Estado e à sociedade) e comportamentais (cultura de desestímulo à transição) – que haja uma precisão alusiva à virada de chave. O risco derivado da inércia da Administração Pública em face das novas regras pode, outrossim, ser mitigado conferindo-se um interregno determinado para a publicação dos instrumentos convocatórios (ou para a efetivação de contratos via inexigibilidade de licitação, por exemplo) após a opção de contratação pelas leis antigas, registrada na fase preparatória. Caso, ilustra-se, no dia 31 de março de 2023, um órgão registrou, em um estudo preliminar de determinado processo, a opção por licitar pela Lei nº 10.520, de 2002, e estimando-se em um prazo limite de seis meses para a prontificação da fase preparatória, o *deadline* para a publicação do edital seria dia 29 de setembro do mesmo ano.

Trata-se de um diferimento direto do modelo exarado pela Secretaria de Gestão, em seu Comunicado nº 10, de 2022. A dinâmica, em si e inobstante, afasta-se do arrazoado do órgão jurídico da União, por desacolher a imprecisão como regra.

De toda sorte, **em face da determinação do Plenário da Corte de Contas para que aquele Tribunal ultime, em caráter conclusivo, estudo sobre tal vertente, bem como seu efeito vinculante sobre a gestão pública federal, entende-se como a postura de maior respeito institucional e que maximizará a segurança jurídica aguardar a manifestação do Tribunal.**

Dessarte, até que sobrevenha tal manifestação, **fica mantido, para todos os fins, o Comunicado nº 10/2022 desta Secretaria.**

24. Levantado o histórico pertinente acima para a devida contextualização, passemos à análise objeto desta representação.

ANÁLISE

25. A presente representação visa avaliar a compatibilidade do Parecer 6/2022 da CNLCA/CGU/AGU com a jurisprudência do Tribunal, com o intuito de orientar a Administração Pública federal acerca da interpretação desta Corte quanto ao marco temporal para a aplicação exclusiva da Lei 14.133/2021, conforme já exposto.

26. Vale repisar, neste momento, as conclusões exaradas no Parecer 6/2022 da AGU:

I - A expressão legal "opção por licitar ou contratar", para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011).

II - Desde que respeitada a regra do artigo 191, que exige a "opção por licitar" de acordo com o regime anterior, ainda no período de convivência normativa, a Ata de Registro de Preços gerada pela respectiva licitação continuará válida durante toda a sua vigência, que pode alcançar o prazo máximo de 12 meses, sendo possível firmar as contratações decorrentes desta ARP, mesmo após a revogação da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 14.262/2011.

III - Uma vez que a Lei nº 14.133/2021 firmou a ultratividade de aplicação do regime contratual da Lei nº 8.666/93 aos contratos firmados antes de sua entrada em vigor (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior seja feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), as regras de alteração dos contratos administrativos previstas nesta legislação anterior, mesmo após a sua revogação, poderão ser aplicadas no respectivo contrato durante toda a sua vigência.

IV - Os contratos sob o regime jurídico da Lei nº 8.666/93, que tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 14.133/2021 (art. 190 da NLLCA) ou decorrentes de processos cuja opção de licitar ou contratar sob o regime licitatório anterior tenha sido feita ainda durante o período de convivência normativa (art. 191 da NLLCA), terão seu regime de vigência definido pela Lei nº 8.666/93, aplicação que envolve não apenas os prazos de vigência ordinariamente definidos, mas também suas prorrogações, em sentido estrito ou em sentido amplo (renovação).

27. Não encontramos na jurisprudência do TCU decisões que envolvam especificamente as questões tratadas nos itens II, III e IV das conclusões do parecer. Além disso, tais itens referem-se, essencialmente, à previsão expressa dos arts. 190 e 191 da Lei 14.133/2021 sobre os quais não há controvérsia, recaindo a polêmica, indiretamente, sobre esses itens, apenas no que tange ao marco que caracteriza a "opção por licitar ou contratar indiretamente", cerne da conclusão disposta no item I. Dessa forma, a questão que merece análise refere-se à conclusão constante do item I, visto que, conforme já exposto de maneira introdutória, há precedente do Tribunal, no âmbito da Lei das Estatais, de enfrentamento do tema.

28. Para a análise referente à conclusão constante do item I do parecer, inicialmente é relevante transcrevermos uma vez mais os dispositivos da Lei 14.133/2021 envolvidos na presente discussão, com destaques nossos:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá **optar por licitar ou contratar diretamente** de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

(...)

Art. 193. Revogam-se:

(...)

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos **2 (dois) anos** da publicação oficial desta Lei.

29. Conforme se pode depreender dos dispositivos acima, a lei não estabelece exatamente qual o documento que deve ser elaborado e/ou publicado até 31/3/2023 para ainda ser possível utilizar o regime antigo, mas relaciona como marco a “opção por licitar ou contratar” diretamente realizada pela Administração, opção essa que deve estar indicada expressamente no edital ou no aviso de contratação direta.

30. Porém, pela própria indefinição da expressão, existe discussão acerca de qual o ato jurídico que determinaria a aplicação da eventual ultratividade da legislação anterior. A "opção por licitar ou contratar" ocorreria na fase preparatória (interna) ou apenas com a divulgação do edital (fase externa)? O Parecer 6/2022 da AGU aponta o debate doutrinário, levantando opiniões de diversos especialistas a favor de correntes distintas.

31. De início, já cumpre apontar que, por decorrência lógica, pelo próprio sentido da palavra, a opção por licitar pelo regime antigo parece vir antes da publicação do instrumento convocatório. Antes da publicação do edital, ocorre a fase interna da licitação, o que agora a nova lei chama de fase preparatória, com a elaboração de diversos documentos, tais como o documento de formalização da demanda, estudos técnicos preliminares, termo de referência ou projeto básico, dentre outros. Importante repetirmos o que está previsto nos artigos 17 e 18 da Lei 14.133/2021, referentes ao processo de licitação, conforme abaixo:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

(...)

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;



- II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;
- III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;
- IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;
- V - a elaboração do edital de licitação;
- VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;
- VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;
- VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
- X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
- XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

32. Dos dispositivos acima, pode-se verificar que o processo licitatório se inicia com a fase preparatória, que antecede à divulgação do edital e que deve abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação. Portanto, há diversos momentos em que seria possível optar pela utilização pelo regime antigo antes mesmo da publicação do edital. Todas as definições técnicas, mercadológicas e de gestão são desenvolvidas na etapa preparatória, conforme reza o artigo 18 da nova lei.

33. A fase preparatória prevista na Lei 14.133/2021 difere em muito da fase interna estabelecida na Lei 8.666/1993. No âmbito da nova lei, há necessidade e/ou possibilidade de elaboração do plano de contratações anual, do documento de formalização de demanda e dos estudos técnicos preliminares, documentos estes não previstos, de forma clara, no regime antigo. A pesquisa de preços na nova lei também segue regras distintas. Por tudo isso, a opção sobre qual regime utilizar impacta enormemente na formatação e nas regras incidentes acerca da elaboração desses documentos preparatórios. Não é o mais adequado, portanto, que a opção pelo regime a ser utilizado se dê somente na elaboração do edital, pois tudo que vem antes dele deve ser elaborado, ou dispensado, segundo as diretrizes e regras previstas na legislação aplicável.

34. Ao se considerar o marco temporal como sendo a divulgação do edital, a não publicação deste em tempo hábil, isto é, até 31/3/2023, demandaria a necessidade de refazimento de toda a etapa preparatória, que, como já dissemos, é muito diferente nos dois regimes. Joel de Menezes Niebuhr explica essa diferença (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 60 e 61):

...dúvida surge quando da revogação do regime antigo, no prazo de dois anos. O ponto é que, nesse momento, é de projetar que muitas licitações realizadas sob o regime antigo ainda estejam em curso, não tenham sido concluídas.

A Lei n. 14.133/2021 não é clara sobre o assunto, mas o caput do seu artigo 191 prescreve que, dentro dos dois anos, é permitido licitar pelo regime antigo. Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo prescreve que, nessas situações, "o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência"

Ora, como o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021 autoriza licitar sob o regime antigo dentro do biênio, é razoável entender que as licitações que tenham sido iniciadas possam ser concluídas e os respectivos contratos assinados, ainda que vencido o biênio e o regime antigo revogado. O argumento-chave é que a autorização para licitar pelo regime antigo dentro do biênio dada pelo parágrafo único do artigo 191 traz implícita a autorização para concluir a licitação e assinar o contrato que lhe seja decorrente.

Essa interpretação é a que melhor se harmoniza à segurança jurídica. Na hipótese contrária, as licitações sob o regime antigo em curso e não concluídas no biênio ficariam pelo meio do caminho, teriam que ser desfeitas e a Administração perderia todo o trabalho realizado. Teria que começar tudo de novo, sob o novo regime.

O importante, sob essa premissa, é que as licitações tenham sido iniciadas dentro do prazo de dois anos a contar da publicação da Lei n. 14.133/2021. Se iniciadas sob o regime antigo, como autoriza o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, seguem o regime antigo até o seu final, pouco importa que o prazo de dois anos venha a ser exaurir no meio do caminho.

Sendo assim, a dúvida que surge é sobre o momento em que se inicia uma licitação. Há, pelos menos, duas possibilidades de interpretação. Pode-se compreender que a licitação se inicia com a abertura do processo administrativo referente à sua etapa preparatória ou que a licitação se inicia apenas com a publicação do edital.

A questão é relevante, tem repercussão prática, porque pode ser que a etapa preparatória seja aberta e avance sob o regime antigo dentro do biênio e o edital não seja publicado a tempo. É preciso saber se esse edital, que foi preparado durante o biênio sob o regime antigo, pode ser publicado pelo regime antigo mesmo depois que ele tenha sido revogado, findo o biênio. Em caso negativo, a fase preparatória teria que ser refeita ou, na melhor hipótese, revisada e adequada ao regime novo.

Repita-se que a questão é saber quando que se considera que se inicia uma licitação. De acordo com o artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, o processo licitatório inicia-se na etapa preparatória, referido no seu inciso I, seguido pela divulgação do edital, conforme inciso II do mesmo artigo. Noutros termos, quando aberto o processo administrativo para a preparação da licitação, considera-se que foi iniciada a licitação. A publicação do edital dá início à fase externa da licitação, não à licitação no seu todo- iniciada anteriormente com a etapa preparatória.

Sendo assim, a conclusão é de que as licitações cujas etapas preparatórias tenham sido iniciadas no biênio sob o regime antigo, ainda que os editais não tenham sido publicados, podem prosseguir sob o seu regime inicial mesmo depois do encerramento do biênio.

35. Dessa forma, em conformidade com as conclusões exaradas no Parecer 6/2022 da AGU, durante o período de convivência normativa entre os dois regimes, quando da elaboração e aprovação dos documentos preparatórios do certame, tais como o estudo técnico preliminar, o termo de referência e o projeto básico, antes, portanto, da publicação do edital, a autoridade competente deve definir o regime licitatório aplicável, se o antigo ou o novo, exercendo a sua opção autorizada pela nova lei de licitações.

36. Porém, o parecer da AGU não especificou exatamente em que momento ou em qual documento deve constar tal opção pela utilização do regime licitatório a ser aplicado à contratação. Quanto a esse ponto, cabem aqui algumas considerações para apresentar parâmetros para essa definição.

37. Entre os documentos anteriores ao edital, constantes da fase preparatória, destacam-se, pela sua importância, o estudo técnico preliminar (ETP) e o termo de referência (TR) ou Projeto

Básico (PB). O estudo técnico preliminar é definido na NLLC (art. 6º, inc. XX) como o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.

38. O artigo 18 da Lei, ao tratar da fase preparatória da licitação, traz a disciplina referente ao estudo técnico preliminar no seu parágrafo primeiro, conforme abaixo:

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

39. O ETP é, portanto, o documento que analisa a necessidade levantada pelo setor requisitante e identifica as soluções disponíveis no mercado, para subsidiar a escolha da melhor solução do ponto de vista técnico e econômico e a decisão pela viabilidade ou não da contratação. Pela própria definição e pelos tópicos que devem constar no documento, constantes do § 1º do art. 18 da NLLC, percebe-se que a definição do regime a ser utilizado, se o antigo ou o novo, nesse momento, não traz impactos relevantes na elaboração do documento, visto objetivar, conforme fora dito, apenas à realização do estudo da necessidade e ao levantamento de mercado. É um documento voltado para a necessidade da Administração e para as soluções de mercado que possam atendê-la; as regras e comandos contidos nas leis, relativos à própria licitação e à execução do contrato, não têm impacto relevante nesse momento.

40. Essa conclusão pode ser alcançada com o auxílio, além dos argumentos acima, da doutrina de Marçal Justen Filho, ao tratar do ETP (FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 355), com destaques nossos:

O estudo técnico preliminar deve conter a exposição quanto à necessidade a ser atendida e a solução mais adequada para tanto, o que permitirá determinar a viabilidade técnica e econômica da contratação.

Afigura-se evidente que o atendimento efetivo e satisfatório às exigências referidas não é compatível com a natureza inicial de um estudo técnico preliminar.

Numa etapa inicial da fase de planejamento, apenas se pode exigir a elaboração de documentos básicos e genéricos. **O estudo técnico preliminar não fornece as respostas definitivas quanto à licitação e ao contrato**, mas demonstra a necessidade e indica a possível solução.

Portanto, deve-se admitir que os elementos constantes do estudo técnico preliminar sejam retificados durante a elaboração dos documentos referidos no inc. II (anteprojeto, projetos básico e executivo ou termo de referência).

41. Dessa maneira, não há obrigatoriedade de definição, no momento da elaboração do estudo técnico preliminar, do regime a ser aplicado ao certame, isto é, da opção por licitar pelo regime antigo ou pelo regime novo. Porém, nada impede também que tal opção seja feita nesse documento.

42. Já em relação ao termo de referência (e ao projeto básico, de maneira similar), consta no art. 6º da NLLC sua definição e os tópicos que devem fazer parte do documento:

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

43. Como se pode depreender, diferentemente do estudo técnico preliminar, há tópicos no conteúdo obrigatório do termo de referência que dependem fortemente dos dispositivos legais aplicáveis, tais como o modelo de gestão de contrato, os critérios de medição e pagamento e as formas e critérios de seleção do fornecedor, por exemplo. As regras relativas a tais assuntos variam enormemente a depender de qual regime se utilizará. A NLLC alterou o regramento, em relação à Lei



8.666/1993, por exemplo, das exigências relativas ao reequilíbrio do contrato, aos prazos para recebimento provisório e definitivo e para pagamento, aos requisitos de habilitação, às modalidades de licitação etc.

44. Exemplificando: a Lei 8.666/1993 prevê que o interregno de 12 meses para a contagem do reajuste conta da data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir (art. 40, inc. XI), enquanto a 14.133/2021 estabelece como marco inicial para a contagem do prazo a data do orçamento estimado (art. 25, § 7º); a 8.666/1993 prevê prazos máximos para os recebimentos provisório e definitivo (art. 73), enquanto a NLLC é silente, deixando essa definição para o termo de referência (art. 40, § 1º, inc. II); também em relação ao prazo para pagamento das faturas devidas ao contratado, a Lei 14.133/2021 nada dispõe, sendo que a 8.666/1993 estabelece o prazo máximo de 30 dias (art. 40, inc. XIV, alínea “a”), dentre muitas outras diferenças, sendo que todas essas questões acima devem ser disciplinadas no termo de referência da contratação, como já vimos acima.

45. Assim, pode-se concluir que a opção por licitar por um regime ou por outro não deveria ser exercida após a conclusão do termo de referência, mas antes dele ou no próprio documento em sua versão final. O termo de referência seria o limite lógico para a autoridade competente exercer essa opção, pois a elaboração deste documento, com todo o conteúdo relativo à disciplina contratual, especialmente, depende muito da opção escolhida.

46. Admite-se, contudo, que, sendo a opção no TR uma regra que se procura estabelecer a partir da apreciação definitiva da questão por esta Corte, é possível que haja diversos certames em andamento cujos termos de referência já se encontram finalizados sem a opção formal de que trata o art. 191 da NLLC. Nesses casos, é bastante razoável admitir a convalidação da opção por ato administrativo de expediente ainda na fase preparatória do certame.

47. Porém, estabelecido o termo de referência como marco limite para o exercício da opção por licitar pelo regime antigo, identifica-se ainda o risco de postergação exagerada da publicação do edital e conclusão do certame, prorrogando por tempo demasiado a vigência do antigo regime, o que não seria adequado, tendo em vista a opção do legislador por revogá-lo; tal definição tampouco estaria alinhada ao interesse público diante das implicações da manutenção de dois regimes por interregno amplo demais.

48. Ademais, por ser o termo de referência um documento de âmbito interno da Administração, sem a necessidade de uma publicação oficial, sua definição como marco temporal para a escolha do regime provavelmente não teria sozinha efetividade, visto que o órgão poderia refazer sucessivas vezes o termo de referência, prolongando indevidamente a fase interna do certame.

49. Como a etapa de planejamento não possui prazo definido por lei, muitos processos podem durar meses e até anos decorridos entre o início do processo e a publicação do edital. O parecer da AGU também identificou esse risco (peça 5, p. 11):

67. Por fim, convém salientar que esta interpretação não pode legitimar atitudes oportunistas de gestores que indiquem precipitadamente uma opção por licitar de acordo com a legislação anterior, ainda na fase inicial de planejamento, apenas com o condão de preservar a sua utilização daquela legislação por período deveras prolongado, em afronta ao princípio da duração razoável do processo, à responsabilidade pela boa governança e à boa-fé administrativa.

50. Além da possibilidade de coibição, por parte dos órgãos de controle, dos abusos cometidos pelos órgãos que postergarem, demasiada e injustificadamente, a finalização da etapa preparatória e a deflagração da fase externa, revela-se necessário recomendar à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), que é o órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), que defina cronogramas com os principais marcos da fase preparatória sob a égide do regime anterior, além de um prazo limite para a publicação do edital, mitigando, assim, o risco identificado.

51. Vale ressaltar que o alcance do entendimento firmado pelo TCU abrange somente os órgãos federais e contratações com recursos oriundos de transferências federais a entes estaduais e municipais. Assim, os cronogramas a serem observados pelos entes subnacionais e órgãos com atuação estadual e municipal que não se utilizem dos sistemas federais devem ser objeto de orientação e regulamentação própria, a exemplo do que fizeram o TJBA e o Estado da Paraíba, conforme mostrado a seguir.

52. O Decreto Judiciário 33, de 18/1/2023, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, dispôs sobre o regime de transição para a integral aplicabilidade da Lei 14.133/2021 e previu um cronograma limite para a utilização do regime antigo, conforme exposto abaixo (peça 9, p. 3):

Art. 2º Até que sobrevenha a edição de norma, em âmbito estadual, a qual estabeleça a integral implantação das disposições da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, o PJBA atenderá ao planejamento previsto neste Decreto, observando, necessariamente:

I – a fase interna dos procedimentos administrativos licitatórios disciplinados pelo regime da Lei Estadual nº 9.433, de 2005, da Lei Federal nº 10.520, de 2002, dos arts. 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 2011, e da Lei nº 8.666, de 1993 e respectivos atos normativos regulamentadores, deverá, necessariamente, ser iniciada até 28 de fevereiro de 2023;

II – os editais disciplinados pelo regime da Lei Estadual nº 9.433, de 2005, da Lei Federal nº 10.520, de 2002, dos arts. 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 2011, e da Lei nº 8.666, de 1993 e respectivos atos normativos regulamentadores, na forma do inciso anterior, deverão ser liberados pelo Núcleo de Licitações – NCL até 31 de março de 2023, para análise pelas áreas técnicas e Consultoria Jurídica;

III – os editais disciplinados pelo regime da Lei Estadual nº 9.433, de 2005, da Lei Federal nº 10.520, de 2002, dos arts. 1º a 47-A da Lei Federal nº 12.462, de 2011, e da Lei nº 8.666, de 1993 e respectivos atos normativos regulamentadores, na forma do inciso anterior, deverão ser publicados até 31 de maio de 2023.

53. De forma similar, o Estado da Paraíba também tratou sobre o marco temporal de transição entre os regimes, na Portaria Conjunta 1/2023/CGE/PGE/SEAD, adotando o entendimento contido no Parecer da AGU e definindo uma data limite para publicação do edital, da seguinte maneira:

Art. 1º Esta portaria dispõe sobre o marco temporal para realização de procedimentos licitatórios ou contratações diretas fundamentados nas Leis nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011, de que trata o PARECER Nº 029/PGE-2023, que assim aduz: “a expressão legal “optar por licitar ou contratar” a que alude o disposto no art. 191 da Lei nº 14.133/2021, para fins de definição do marco temporal a ser utilizado como referência para ultratividade da aplicação do regime licitatório anterior, deve ser compreendida como a manifestação pela autoridade competente, realizada ainda na fase preparatória ou de planejamento (fase interna), que opte expressamente pela instrução do processo licitatório ou de contratação direta sob o regime licitatório anterior.”

Art. 2º Em consonância com as disposições do referido parecer, os processos licitatórios instaurados no Sistema Eletrônico Gestor de Compras – SEGC até o dia 31 de março de 2023, contendo a autorização do dirigente do órgão ou entidade até esta data, com a opção expressa nos fundamentos das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, serão por elas regidas, bem como os contratos decorrentes e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 1º Os processos licitatórios de que trata este artigo que não tiverem a publicação do aviso do edital realizada até novembro de 2023 deverão ser cancelados.

§ 2º No caso de necessidade de republicação do edital, será considerada a data da publicação da sua primeira versão para fins de atendimento a este regulamento.

Art. 3º Os procedimentos licitatórios instaurados no Sistema Eletrônico Gestor de Compras – SEGC fundamentados nos dispositivos da Lei nº 8.666, de 1993, devidamente autorizados pelo



dirigente do órgão ou entidade até o dia 31 de março de 2023, serão por ela regidos, bem como os contratos deles decorrentes e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento equivalente, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

Parágrafo único. Os processos de que tratam este artigo, cujos atos de autorização ou ratificação da despesa não forem realizados e, conforme o caso, publicados no DOEPB, até 30 de novembro de 2023, deverão ser cancelados.

Art. 4º A partir do dia 1º de abril de 2023, o sistema gestor de compras não aceitará a abertura de processos com fundamentos nas Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

54. O cronograma a ser estipulado pela Seges-MGI, por outro lado, condicionará a data de deflagração de todos os certames que se utilizarem do sistema de compras federal. Trata-se de medida consentânea ao interesse público com vistas a garantir um prazo máximo para o funcionamento simultâneo de funcionalidades atreladas a um e outro regime e todos os custos envolvidos nessa manutenção e suporte.

55. Sendo assim, eventuais orientações de entes e órgãos estaduais e municipais que estabeleçam prazos superiores aos orientados pela Seges-MGI poderão impedir o uso dos sistemas federais, razão pela qual se propugna pela comunicação da presente orientação aos demais tribunais de contas, via Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - Atricon, para que avaliem a conveniência e oportunidade de alertarem seus jurisdicionados das implicações da adoção de prazos diversos dos estabelecidos pela Seges.

56. Assim, esta Unidade Técnica corrobora com as conclusões externadas no Parecer 6/2022 da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União (CNLCA/CGU/AGU), firmando o entendimento de que o marco temporal a ser utilizado para a aplicação do regime licitatório antigo (Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011), que será revogado em 1º/4/2023, deve ser definido, de maneira discricionária por cada órgão ou pelos órgãos centrais da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, na etapa preparatória da contratação, **sem prejuízo de que seja fixada uma data limite para a publicação do edital** nos casos em que se optar pela utilização do regime anterior, em linha com o Comunicado 13/2022 da Seges-MP;

57. Superada essa análise, resta avaliar a compatibilidade de tal entendimento com a jurisprudência do TCU, conforme determinado pelo Ministro Antônio Anastasia na determinação à Segecex (peça 4, p. 2).

58. Conforme já exposto anteriormente, a única decisão do Tribunal encontrada que tratou do tema da referência para a aplicação do regime anterior é o Acórdão 2.279/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, que concluiu que o marco a ser considerado para a transição entre os regimes deveria ser a publicação do edital.

59. Porém, deve-se ressaltar algumas particularidades da referida decisão em relação ao panorama ora vivenciado. Primeiramente, a decisão acima referida foi exarada no âmbito da Lei 13.303/2016, que possui uma redação semelhante, porém ligeiramente diferente, da redação constante do art. 191 da Lei 14.133/2021. Vejamos o art. 91 da Lei das Estatais:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

(...)

§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior **procedimentos licitatórios e contratos iniciados** ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.

60. Dessa forma, apesar de a Seges ter se utilizado desse precedente para a definição do marco temporal para a virada de chave entre os regimes no Comunicado 10/2022, como foi inclusive reconhecido de forma expressa no Comunicado 13/2022, percebe-se que as situações não são idênticas, visto que as leis usam termos diferentes entre si. Enquanto a Lei 14.133/2021 fala de “optar por licitar”, a Lei 13.303/2016 prescreve que o marco para a mudança de regime seriam os “procedimentos licitatórios iniciados”.

61. De acordo com a Lei 13.303/2016, portanto, o que marca a transição é o início do procedimento licitatório, e não a opção por licitar pelo regime antigo ou novo, como consta na NLLC. Assim, enquanto a opção por licitar, como já exposto, pressupõe, como decorrência lógica, uma decisão a ser tomada anteriormente à divulgação do edital, é razoável interpretar, como o fez o TCU, que o início do procedimento licitatório se dê com a publicação do edital, conforme os argumentos apresentados na decisão e transcritos anteriormente.

62. Há que se considerar também, como exposto no parecer da AGU, as circunstâncias do caso concreto em função do qual foi proferida a decisão, caracterizado pela constatação de abuso praticado pela estatal que postergou a aplicação do regime licitatório da Lei 8.666/1993 para uma licitação por muitos meses após o fim do período de convivência normativa admitido pela Lei, tendo o TCU entendido que seria desproporcional determinar a anulação do certame em função de todos os custos já incorridos.

63. Dessa forma, verifica-se que não há incompatibilidade entre o Parecer 6/2022 da AGU e a jurisprudência do TCU, visto que a decisão do TCU que tratou do tema da definição do marco temporal para a aplicação do regime anterior (Acórdão 2.279/2019-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes) se baseava em lei distinta (Lei 13.303/2016), que possui redação diferente da constante da Lei 14.133/2021, além de tratar de caso concreto, em que as peculiaridades existentes justificaram a decisão tomada.

64. Não se deve ignorar que considerar o marco temporal como a publicação do edital tem certa lógica e, inclusive, algumas vantagens. Primeiramente, temos que a publicação do edital é momento único e de fácil identificação, sendo um dado claro e preciso no tempo, divulgado externamente aos licitantes e à sociedade de forma geral. O risco identificado com a definição do marco sendo a elaboração do termo de referência ou outro momento anterior, relativo à possibilidade de extensão demasiada da ultratividade do regime antigo, encontra-se minimizado nesse caso. Esta interpretação, a princípio, proporcionaria uma maior segurança jurídica e diminuiria a incerteza entre os órgãos e licitantes, em face da indefinição temporal da fase interna, intrínseca a essa etapa da contratação.

65. Por outro lado, a definição do marco temporal a ser utilizado para a aplicação do regime antigo deve considerar também o que prescreve a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), Decreto-Lei 4.657/1942, alterada pela Lei 13.655/2018, conforme segue:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

66. As consequências práticas de se definir a publicação do edital como marco temporal para a utilização do regime antigo podem ser mais prejudiciais para a Administração Pública que a flexibilização de entendimentos ora defendida, devido à realidade vivenciada nesses quase dois anos que se passaram desde a edição da Lei 14.133/2021.

67. Em âmbito federal, somente em novembro de 2022 o sistema Compras foi adaptado para realizar certames pela NLLC, sendo que algumas funcionalidades essenciais previstas na Lei, tais como o registro cadastral unificado e a base nacional de notas fiscais eletrônicas, ainda não estão

implementadas. Muitas regulamentações importantes ainda não foram editadas, como as que regulam o sistema de registro de preços e o leilão eletrônico, e ainda não há, até o momento, todos os modelos de minutas de documentos prontos, a serem elaborados pela AGU.

68. Dessa forma, a definição da publicação do edital como marco limitador, além de demandar em muitos casos a necessidade de revisão de documentos essenciais à fase interna da licitação já em curso com base no regime anterior, poderia trazer prejuízos à Administração Pública e à sociedade em geral, com a potencial paralisação de oferecimento de políticas públicas fundamentais para o atendimento à população.

69. Assim, aos argumentos já apresentados anteriormente somam-se o atendimento aos princípios da razoabilidade, do interesse público e da continuidade do serviço público, além do cumprimento do art. 20 da Lindb, para concluir que opção por licitar pelo regime antigo deve ser exercida na etapa preparatória da contratação, até o dia 31/3/2023, sem prejuízo da definição de uma data limite posterior, por parte dos órgãos centrais, para a divulgação do edital.

70. Será proposta, portanto, recomendação à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), órgão central do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), para que promova a regulamentação do tema e defina uma data limite para a publicação do edital pelos órgãos vinculados a sua jurisdição, em conformidade com os princípios da razoabilidade e da duração razoável do processo.

71. Informamos, adicionalmente, que tal recomendação prescindirá da construção participativa da deliberação, tendo em vista que foi realizada reunião com os gestores da Seges (peça 10), no dia 16/2/2023, na qual a Unidade Jurisdicionada manifestou sua concordância com a medida proposta e apresentou sugestões para o seu cumprimento, as quais foram consideradas na presente análise, de acordo com o inciso I do § 2º do art. 14 da Resolução-TCU 315/2020.

72. Será proposto ainda o encaminhamento da deliberação que vier a ser proferida aos demais órgãos regulamentadores federais e à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), para a disseminação do entendimento aos demais poderes e aos órgãos estaduais e municipais, para avaliação dos riscos, especialmente relacionados à compatibilização de prazos para uso do sistema de compras federal, e adoção de medidas que entenderem pertinentes, tendo em vista o impacto que a decisão poderá causar em toda a Administração Pública.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

73. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

73.1 **declarar** a compatibilidade do Parecer 6/2022 da Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos da Advocacia-Geral da União com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão 2.279/2019-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes;

73.2 **firmar o entendimento** de que a opção pelo regime antigo para licitar ou contratar (Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011), que será revogado em 1º/4/2023, somente poderá ser feita por cada órgão ou pelos órgãos centrais da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos, **na etapa preparatória da contratação, até o dia 31/3/2023**, sem prejuízo de que seja fixada uma data limite para a publicação do edital;

73.3. **recomendar** à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), com fundamento no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, que, tendo em vista o entendimento firmado no tópico anterior, defina um cronograma ou estipule marco(s) limite(s), a exemplo da data da publicação do edital, em conformidade com os princípios da razoabilidade e da duração razoável do processo, para a:

- i) utilização do regime antigo, pelos órgãos sob sua jurisdição; e
- ii) utilização dos sistemas de contratações federais, para todos os órgãos, entidades ou entes públicos de quaisquer esferas.

73.4. **encaminhar** cópia da deliberação que vier a ser proferida, acompanhada desta instrução e do voto que a fundamentam, ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho Nacional do Ministério Público, à Câmara dos Deputados, ao Senado Federal e à Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon);

73.5 nos termos do art. 8º da Resolução-TCU 315/2020, fazer constar, na ata da sessão em que estes autos forem apreciados, comunicação do relator ao colegiado no sentido de monitorar a recomendação contida no item 73.3 acima.

AudContratações/D3, em 17/2/2023.

(Assinado eletronicamente)

Márcio Motta Lima da Cruz

AUFC – Matr. 5668-5