

PROCESSO: 008.967/2021-0

NATUREZA: Administrativo.

ORIGEM: Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio - Selip.

INTERESSADOS: Secretaria de Infraestrutura de TI

SUMÁRIO: Consulta. Aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021. Dispensa de licitação. Artigo 75, II. Possibilidade. Orientações. Contratação Direta por Dispensa de licitação. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Consulta jurídica quanto à viabilidade de aplicação do novo regramento de licitações e contratos às aquisições diretas por dispensa de licitação do TCU. Remessa à Segedam.

Trata o presente processo de Consulta suscitada pela Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio-Selip que registra a intenção de avaliar a imediata aplicação da Lei nº 14.133/2021 aos contratos administrativos do TCU que, pelo valor estimado, se enquadrem na hipótese do art. 75, II, do supracitado normativo, para fins de adoção do regime de dispensa de licitação.

2. Acrescenta a Unidade Consulente que “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” (doc. 10); e, 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. (doc. 10)

3. Passa-se, assim, à análise jurídica acerca da (im)possibilidade de utilização imediata do regime contido na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLC,

especificamente para as situações compreendidas no disposto nos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 14.133/2021¹.

4. Após um longo processo legislativo, em 1º de abril deste ano, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi publicada e, contrariamente ao disposto na Lei Complementar nº 95 – que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis – nesta mesma data, entrou em vigor por expressa disposição de seu art. 194².

5. Apesar de o art. 8º da Lei Complementar nº 95 indicar que a vigência da lei deve contemplar prazo razoável para que dela se tenha conhecimento e reservar a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para leis de pequena repercussão, optou o legislador por conferir vigência imediata ao novo diploma normativo.

6. Cumpre ressaltar que a análise da *vigência de uma lei* também se liga à ideia de *vida da norma*: o termo vigência advém do latim *vigere*, do tronco *vigeo*, que significa prosperar, estar cheio de vida, ser forte³. Nessa linha, Carlos Camillo ensina que

essa acepção deve ser compreendida num contexto técnico, marcado pela verdadeira noção que se deve ter da vigência da lei: o tempo da sua obrigatoriedade.

Dessa forma, a vigência da lei deve ser conceituada como o interregno que marca o atributo da obrigatoriedade de uma lei e da produção de seus efeitos jurídicos, desde o seu início até a sua revogação⁴.

7. Observa-se que a NLLC não promoveu a pronta ab-rogação das leis que pretende substituir no ordenamento jurídico – 8.666/1993; 10.520/2002; e 12.462/2011 –, mas tão somente a derrogação da Lei nº 8.666/1993 quanto ao Capítulo “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” que, desde a data de publicação da nova lei, teve sua redação atualizada e passou a vigorar no bojo do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal).

8. A inovação deu-se em razão de a Lei nº 14.133/2021 ter expressamente aprazado para 2 (dois) anos a revogação integral das leis acima referidas, e pelo fato de não

¹ Lei nº 14.133/2021. Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

² Lei nº 14.133/2021. Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

³ TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*, 6ª edição. Porto: Gráficos Reunidos, 1993. p. 932.

⁴ CAMILLO, Carlos. *Manual da teoria geral do Direito*. São Paulo: Almedina, 2019. n.p.

ter definido para si qualquer período de *vacatio legis*. Portanto, até 1º de abril de 2023, o regime tradicional conviverá com a nova sistemática designada às contratações públicas.

9. De forma ainda mais resoluto, o art. 191 da NLLC expressamente concedeu à Administração a prerrogativa de, até o final do prazo de dois anos, optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou de acordo com o regime tradicional. Em acréscimo, foi imposto o dever de a opção escolhida ser indicada no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada de regimes.

10. É necessário ficar claro que, ao longo do período de experimentação de 2 (dois) anos assegurado pelo legislador à Administração, não se mostra juridicamente adequado cogitar a aplicação de quaisquer consequências, intelecções ou efeitos relacionados ao fenômeno da ultratividade; porque dela não se trata.

11. Ademais, considerando que a lei tem vigor até que outra a modifique ou a revogue⁵; que, a teor do inciso I do art. 193 da NLLC, apenas os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993 foram revogados em 01/04/2021; que a Lei nº 14.133/2021 teve sua vigência iniciada na data de sua publicação; e que exercício da competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação não se esgota em uma única oportunidade, evidencia-se que a solução perseguida não perpassa pela análise da sucessão de leis no tempo.

12. A propósito, quando o novo Estatuto desejou tratar de efeitos jurídicos que se manterão mesmo após a revogação das leis, ele o fez de maneira expressa conforme se verifica no parágrafo único de seu art. 191: “[n]a hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”.

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 –

⁵ Salvo a lei temporária, conforme art. 2º da LINDB: “Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

PNCP (criado pelo art. 174 da Lei nº 14.133/2021⁶); e b) a ausência de regulamentação de dispositivos legais.

14. Quanto à necessidade de regulamentação, acredita-se que a análise há de ser realizada de maneira específica a depender do procedimento de licitação ou de contratação direta que se deseja realizar. Não é outro, senão, o entendimento de Rafael Oliveira:

entendemos que se trata de uma questão que só pode ser resolvida de forma tópica. Isto é, há pontos na nova lei que de fato carecem de uma regulamentação para terem a devida eficácia jurídica; porém, existem outros institutos do novo regime que podem ter aplicação mesmo sem regulamentação. De um modo geral, seria até possível dizer que, salvo casos específicos, os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 são dotados de densidade normativa hábil a uma aplicação sem regulamentação⁷.

15. De toda forma, é oportuno destacar que o próprio período de experimentação previsto pelo legislador pode trazer nuances que permitirá ao poder regulamentar exercer de forma mais escorreita a sua função, tal qual previsto por Marcello Caetano:

Pode perguntar-se se não seria mais prático que o legislador preceituasse logo na lei tudo quanto fosse necessário. A experiência mostrou que não. Há pormenores que só podem ser previstos por quem esteja em contacto com a prática administrativa e com as realidades quotidianas; e como a mutabilidade das circunstâncias e a evolução das condições de acção podem impor a adopção de novas maneiras de proceder ou a previsão de novas hipóteses abrangidas pela regra legal, importa que o próprio órgão executor o possa fazer, dentro dos limites da lei, por via meramente regulamentar⁸.

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.

⁶ Lei nº 14.133/2021. Art. 174. **É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)**, sítio eletrônico oficial destinado à: I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei; II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Nome. A aplicação da nova lei de licitações prescinde do PNCP. Observatório da Nova Lei de Licitações – ONLL. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/29/a-aplicacao-da-nova-lei-de-licitacoes-prescinde-do-pncp/>>. Acesso em: 02.07.2021.

⁸ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vol. 1. Coimbra: Almedina, 2010. p. 98.

17. Nesse aspecto, é oportuno recordar as tradicionais lições de Hely Lopes Meirelles:

Regulamentos são atos administrativos, postos em vigência por decreto, para especificar os mandamentos da lei ou prover situações ainda não disciplinadas por lei. Desta conceituação ressaltam os caracteres marcantes do regulamento: atos administrativos; ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

Leis existem que dependem de regulamento para sua execução, outras há que são autoexecutáveis (*self executing*). Qualquer delas, entretanto, pode ser regulamentada, com a só diferença de que nas primeiras o regulamento é condição de sua aplicação, e nas segundas é ato facultativo do Executivo⁹.

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.

21. A publicidade mostra-se estrutural à atividade administrativa por, no mínimo, dois aspectos: é princípio da Administração Pública brasileira, elencado no *caput* do art. 37 da Constituição da República; e representa dever fundamental do Estado, visto que se obriga a publicitar os atos que pratica, viabilizando o efetivo controle social da Administração Pública¹⁰.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 44^a edição. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 178-179.

¹⁰ No mesmo sentido: MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. *Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.828: “A publicidade administrativa é princípio constitucional consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira de 1988. Ela proíbe atos sigilosos, salvo as exceções previstas em lei de manifesto interesse público, sendo assim, verdadeira manifestação do princípio de transparência pública. Além de princípio, a publicidade também pode ser entendida como um dever fundamental do Estado, visto que este está obrigado a prestar

22. A reforçar esse propósito encontra-se a redação do art. 94 que assim dispõe:

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.

23. A despeito da literalidade dos dispositivos acima mencionados, remanesce a necessidade de averiguar se, no caso, a interpretação essencialmente filológica-gramatical extrairia a norma jurídica mais adequada a partir da Lei nº 14.133/2021.

24. Destaca-se que, por meio da técnica gramatical ou filológica, o intérprete se volta às expressões normativas, “investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal. Trata-se de um processo hermenêutico quase que superado, ante o anacronismo do brocardo jurídico – *in claris cessat interpretatio*”¹¹ (disposições claras não comportam interpretações).

25. De maneira mais incisiva¹², ainda sobre a conhecida expressão latina, Aurora Tomazini alerta que “por mais clara que pareça uma lei, seu sentido só existe como produto de um processo interpretativo, mediante a atribuição de valores, pelo intérprete, aos símbolos que compõem seus enunciados¹³” e complementa:

Nenhuma palavra ou enunciado podem ser compreendidos isoladamente, pressupondo sempre uma contextualização. Nos dizeres de PAULO DE BARROS CARVALHO, “o intérprete da formulação literal dificilmente alcançará a plenitude do comando legislado, exatamente porque se vê tolhido de buscar a significação contextual e não há texto sem contexto”¹⁴.

esclarecimentos aos cidadãos de todos os atos que pratica, visto que as ações estatais devem observar o interesse público.

¹¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. n.p.

¹² No mesmo sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. n.p: afasta-se o sempre lembrado aforismo: *in claris cessat interpretatio* (perante a clareza da lei, cessa a interpretação). Trata-se de brocardo hoje totalmente vazio de sentido, popularizado em eras priscas, quando se entendia que o juiz deveria aplicar a lei como seu escravo, não podendo fugir do seu estrito texto. Esse brocardo é de origem medieval. (...) O fato é que toda redação ou manifestação jurídica, obscura ou clara, deficiente ou perfeita, ambígua ou incontroversa, é suscetível de interpretação; e TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do direito*. 11. ed. (v. 1), Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 239: “Não devemos contentar-nos com a clareza aparente, que pode ser ilusória”.

¹³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico)*. Tese de Doutorado. PUC/SP, 2009. p. 204.

¹⁴ *Idem*. p. 204-205.

26. Carlos Maximiliano, em sua célebre obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, destaca o ensinamento de Von Jhering de que o apego às palavras seria um fenômeno que, no direito e nas demais áreas, “caracteriza a falta de maturidade do desenvolvimento intelectual” e conclui que “nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado¹⁵”.

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 lei¹⁶, 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 8.666/93¹⁷.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 110-111.

¹⁶ Lei n. 14.133/2021. Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I- documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II- estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III- parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV- demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V- comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI- razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. 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.

¹⁷ TCU. Acórdão n. 1.336/2006 – Plenário.

30. De igual maneira, a Advocacia-Geral da União também reconheceu a possibilidade quando da edição de sua Orientação Normativa nº 34, de 13 de dezembro de 2011:

As hipóteses de inexigibilidade (art. 25) e dispensa de licitação (incisos iii e seguintes do art. 24) DA LEI Nº 8.666, de 1993, cujos valores não ultrapassem aqueles fixados nos incisos i e ii do art. 24 da mesma lei, dispensam a publicação na imprensa oficial do ato que autoriza a contratação direta, em virtude dos princípios da economicidade e eficiência, sem prejuízo da utilização de meios eletrônicos de publicidade dos atos e da observância dos demais requisitos do art. 26 e de seu parágrafo único, respeitando-se o fundamento jurídico que amparou a dispensa e a inexigibilidade."

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.

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. Vale notar que, ao contrário do que se poderia argumentar em relação à prerrogativa de experimentação concedida, nas hipóteses em que a NLLC desejou impor prazo ou situação impeditiva, ela o fez expressamente, a exemplo da norma contida no art. 20:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

37. Ainda em relação a prazos para cumprimento de dispositivos da NLLC, por reconhecer a discrepância de estrutura vivida entre diversos entes federados, presumiu a Nova Lei que os municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes teriam maiores dificuldades em implementar a nova sistemática. Assim, o art. 176 concedeu prazo de 6 (seis) anos para que esses municípios passem a ser obrigados a cumprir determinados tópicos legais, inclusive quando às regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial. Na sequência, são apresentados os meios alternativos em que os municípios com até 20.000 habitantes deverão publicar as informações e disponibilizar a versão física dos documentos¹⁸.

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

¹⁸ Lei n. 14.133/2021. Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento: I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no caput do art. 8º desta Lei; II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei; III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão: I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

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.

39. É evidente que o PNCP, quando dotado de operacionalidade, representará a principal ferramenta para a publicidade e a transparência de atos legalmente exigidos e que esta tem em sua essência o significado de *trazer a público*. Trata-se de ação da transmissão de informações que não devem ficar sigilosas. Isso, pois, nas palavras de Martins Júnior: “ser público é a mais elementar regra da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, na medida em que os poderes e as funções do aparelho estatal são utilizadas para a gestão do interesse público, coisa alheia que a todos pertence”¹⁹.

40. Nesse aspecto, são oportunas as lições do autor português Luís Felipe Colaço Antunes que, em reconhecido ensaio nomeado “Mito e Realidade da Transparência Administrativa”, sinaliza que o termo *transparência* suporta três elementos: a comunicação, a publicidade e a proximidade. Em relação à publicidade, utiliza a imagem da Administração como uma “casa de vidro” para indicar o dever da Administração de deixar transparecer aos olhos de todos da sociedade, tendo em vista serem os indivíduos os legítimos detentores do poder manejado pelos órgãos e entidades administrativas. Destaca o professor que

“[u]ma Administração opaca infantiliza, uma Administração transparente esclarece e tranquiliza”. A transparência abrange a comunicação, a publicidade e a proximidade. Uma Administração que comunica é aquela que “aceita dar a conhecer o sentido das suas decisões”. A noção de publicidade está ligada à Administração “que deixa transparecer aos olhos de todos a sua lógica interna de organização de funcionamento, uma verdadeira ‘casa de vidro’”. Já a proximidade existe quando a Administração “adere à sociedade, ao ponto de toda a distância entre elas se evaporar”²⁰.

41. O dever de transparência não representa, necessariamente, que a *caixa* seja integralmente translúcida, mas, conforme as normas apresentadas pela Constituição e pelas leis, exigem que a opacidade dos atos da Administração seja relativa²¹.

¹⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

²⁰ COLAÇO ANTUNES, Luís Filipe. *Mito e Realidade da Transparência Administrativa*, pp. 13-24

²¹ Segundo Marco Túlio Magalhães, “a doutrina brasileira também observa esse fenômeno de forte vinculação entre publicidade, legitimidade democrática e controle da Administração Pública. Odete Medauar, por exemplo, acentua que a transparência viabiliza participação e controle da atividade administrativa, pois só se controla o que se tem acesso ou conhecimento. Para tanto, é preciso uma série de normas a ensejar essa abertura, para fins de obrigar a abertura de contas públicas; permitir controle social (audiências e consultas públicas), viabilizar controle a priori ou a posteriori – o que pode ser ilustrado em diversas leis ligadas ao processo administrativo federal, ao acesso à informação, às licitações públicas, ao ordenamento urbano etc.”. *In: Controle via publicidade e o mérito do Tema 483 da Repercussão Geral*. Observatório Constitucional. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/leitor/envio?id=141141>>

42. Resta, assim, investigar qual o nível de publicidade e transparência o novo regime estabelece às contratações diretas por dispensa de licitação em razão do valor, a fim de identificar os meios de devem ser utilizados para o exercício do período de experimentação definido no art. 191 da NLLC até o momento em que, sob a batuta do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, seja disponibilizada plataforma que operacionalize o Portal criado pelo art. 174 da lei.

43. A Lei n. 14.133/2021 informa no *caput* de seu art. 174 que o PNCP é um sítio eletrônico oficial; definido, nos termos do inciso LII do art. 6º, como “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades”.

44. 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.

45. 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**”²².

46. 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.

47. 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”²³.

²² Lei nº 14.133/2021. Art. 72, parágrafo único.

²³ MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. *Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública*

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.

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.

50. O dispositivo, em realidade, trata apenas dos aspectos formais, do tipo de documento em que a avença estará registrada. Sobre o tema, é oportuna a lição de Marçal Justen Filho:

[a] expressão “instrumento de contrato” indica a solução formal padrão, destinada especificamente a documentar a avença e caracterizada pela completude e minúcia no detalhamento das condições pactuadas. (...)

Não é correto reputar que, nas hipóteses em que inexistir instrumento de contrato, também não haveria um contrato administrativo.

A existência do contrato administrativo não depende da forma adotada para sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho. Aperfeiçoa-se o contrato administrativo quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades²⁴.

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).

52. Isso posto, opinamos pela viabilidade jurídica da utilização imediata do regime contido na lei n. 14.133/2021 para as situações compreendidas nos incisos I e II do art. 75, desde que cumprido o disposto no art. 72 e atendidas as consignações registradas neste parecer.

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

brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i71.828.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

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.

54. Desse modo, **considerando a relevância, a complexidade e o ineditismo da controvérsia envolvida, recomendamos à Administração 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.**

55. Ante as considerações apresentadas sobre as questões jurídicas submetidas a esta unidade, **restituímos os autos à Segedam.**

TCU, Consultoria Jurídica, em 15 de julho de 2021.

(Assinado eletronicamente)

DAWISON MOREIRA BARCELOS

MAT. 5850-5

OAB/DF 24.216

(Assinado eletronicamente)

ALEMAR B. C. MOURÃO JR.

Diretor da 1ª Diretoria

OAB/DF 29.973

(Assinado eletronicamente)

MARCELO BARROS DA CUNHA

Consultor Jurídico