

NOTA TÉCNICA

INTERESSADA: FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES – FENAVID

ASSUNTO: Considerações e posicionamento acerca da Portaria SEGES/MGI nº 720/2023. Cta. Nº 62/2023 – Presidência. Consideração e posicionamento acerca do Acórdão nº 507/2023 – TCU – Plenário. Cta. Nº 64/2023 – Presidência

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de consulta formulada pela **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES – FENAVID**, entidade sindical de âmbito nacional, inscrita no CNPJ sob o nº 03.658.713/0001-35, solicitando **NOTA TÉCNICA** com considerações e posicionamento desta Consultoria Jurídica acerca da Portaria SEGES/MGI nº 720/2023 e sobre o acórdão nº 507/2023 – TCU – Plenário.

DA ANÁLISE DA PORTARIA SEGES/MGI Nº 720/2023

Trata-se de portaria que fixa o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, da lavra do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, e que veio assim redigida:

O SECRETÁRIO DE GESTÃO E INOVAÇÃO DO MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS, no uso das atribuições que lhe conferem o Decreto nº 11.345, de 1º de janeiro de 2023, e o Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, e tendo em vista o disposto na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, resolve:

Art. 1º Esta Portaria fixa o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Art. 2º Os processos licitatórios e contratações autuados e que forem instruídos até 31 de março de 2023, com a opção expressa nos fundamentos das Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dos artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, inclusive os derivados do sistema de registro de preços, serão por elas regidas, desde que as respectivas publicações ocorram até 1º de abril de 2024, conforme cronograma constante no Anexo.

§ 1º A opção por licitar com fundamento na legislação a que se refere o caput deverá constar expressamente na fase preparatória da contratação e ser autorizada pela autoridade competente até o dia 31 de março de 2023.

§ 2º Os contratos ou instrumentos equivalentes e as atas de registro de preços firmados em decorrência da aplicação do disposto no caput persistirão regidos pela norma que fundamentou a respectiva contratação, ao longo de suas vigências.

Art. 3º O disposto no art. 2º se aplica às publicações de avisos ou atos de autorização e/ou ratificação de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Art. 4º As atas de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, durante suas vigências, poderão ser utilizadas por qualquer órgão ou entidade da Administração Pública federal, municipal, distrital ou estadual, que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

Art. 5º Os contratos celebrados com vigência por prazo indeterminado, como os serviços públicos essenciais de energia elétrica, água e esgoto, conforme dispõe a Orientação Normativa AGU nº 36, de 13 de dezembro de 2011, deverão ser extintos até 31 de dezembro de 2024, e providenciadas as novas contratações de acordo com a Lei nº 14.133, de 2021.

Art. 6º Os credenciamentos realizados, nos termos do disposto no caput do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, deverão ser extintos até 31 de dezembro de 2024.

Parágrafo único. A vigência dos contratos decorrentes dos procedimentos de credenciamento de que trata o caput observará o disposto no art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 7º Os órgãos e as entidades não integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional que utilizam o Sistema de Compras

do Governo Federal devem observar o regime de transição de que trata esta Portaria.

Art. 8º Os casos omissos decorrentes da aplicação desta Portaria serão dirimidos pela Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, que poderá expedir normas complementares e disponibilizar informações adicionais, em meio eletrônico.

Art. 9º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

A Portaria tem por objetivo regulamentar o art. 191 da Lei nº 14.133/2021, assim vazado:

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.

Primeiramente, deve ficar apenas registrado que é questionável a validade da estipulação de prazos de vigência de uma lei por meio de portaria, tendo em vista que detém mero poder regulamentar incapaz de gerar obrigações além daquelas contidas em lei federal.

No entanto, o regramento deve de fato ser utilizado para a padronização do entendimento da aplicação intertemporal da lei nº 14.133/2021 e, conquanto reaviva debates antigos acerca da aplicação do direito no tempo, provavelmente só será questionada casuisticamente por entidades concretamente prejudicadas pelos seus dispositivos e, assim, tende a ocasionar discussões com efeitos *inter partes*.

Conforme mais adiante se exporá, deve ainda sofrer algumas alterações referentes ao quanto decidido no acórdão nº 507/2023 – TCU – Plenário.

Deste modo, o que se espera como resultado da interpretação mais simples dos regramentos analisados, também à luz do art. 190 da Lei nº 14.133/2021 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é que a opção pelo regime da Lei nº 8.666/1993 por parte da Administração se concretize com a autuação e instrução do processo licitatório e aperfeiçoe com a publicação do edital.

Essa opção só poderia ser tomada até o dia 31/03/2023, prazo final da vigência da Lei nº 8.666/1993 que, no entanto, terá ultratividade, se aplicando a toda a gestão do contrato ou até mesmo da ata de registro de preços regidas pelo Decreto nº 7.892/2013.

De maneira resumida, o que se poderia esperar a partir da publicação desta portaria é que todos os órgãos da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (extensível ainda para entidades não integrantes que utilizem o Sistema de Compras do Governo Federal), que decidam, entre 01/04/2021 e 31/03/2023, pelo regime da lei nº 8.666/1993, devam finalizar completamente a fase preparatória do seu certame até o dia 31/03/2023, a partir daí gozando de prazo para a publicação dos instrumentos externos derivados em prazos fixados pela portaria, quais sejam:

- 28/03/2024 às 16h é o prazo final para a publicação do edital de todas as modalidades de licitação previstas nas Leis nº 8.666/1993, 10520/2002 e 12.463/2011, com publicação no Diário Oficial da União até o dia 01/04/2024;
- 01/04/2024 como prazo limite para a inserção do ato de autorização/ratificação para todas as dispensas e inexigibilidades de licitação, respeitados os limites constantes da Lei nº 8.666/1993, que devem ser publicadas no DOU até o dia 01/04/2024;
- 28/04/2024 como prazo limite para inserção do ato de autorização ratificação de todas as dispensas e inexigibilidades que ultrapassem os limites da lei nº 8.666/1993, que devem ser publicadas no DOU até o dia 01/04/2024.

Finalmente, há disposições específicas para contratos celebrados por prazo indeterminado, que devem ser extintos até 31/12/2024, numa regra de transição especial que também vale para os credenciamentos realizados conforme o disposto no art. 25 da Lei nº 8.666/1993.

DA ANÁLISE DO ACÓRDÃO Nº 507/2023 – TCU – PLENÁRIO

Por seu turno, o acórdão do TCU que analisou o tema sob a relatoria do Exmo. Sr. Min. Augusto Nardes veio assim vazado:

9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido o presente processo de representação para atender determinação do Plenário deste Tribunal à Segecex a fim de que realizasse 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), 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;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário,

ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. indeferir o pleito de ingresso da empresa Ecustomize Consultoria

em Software S.A como interessada neste processo, com base no art. 146, § 2º, do Regimento interno do TCU;

9.2. firmar o entendimento, com base no art. 16, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal, de que:

9.2.1. os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a “opção por licitar ou contratar” pelo regime antigo (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011) até a data de 31/3/2023 poderão ter seus procedimentos continuados com fulcro na legislação pretérita, desde que a publicação do Edital seja materializada até 31/12/2023;

9.2.2. os processos que não se enquadrarem nas diretrizes estabelecidas no subitem anterior deverão observar com exclusividade os comandos contidos na Lei 14.133/21;

9.2.3. a expressão legal “opção por licitar ou contratar” contempla a manifestação pela autoridade competente que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/1993, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011), ainda na fase interna, em processo administrativo já instaurado.

9.3. determinar à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, que proceda aos devidos ajustes de sua Portaria 720/2023, nos termos da fixação de entendimento deste acórdão; e

9.4. encaminhar cópia desta deliberação 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).

Em análise do caso, o TCU diverge parcialmente do disposto na Portaria, decidindo que os processos licitatórios que tiveram a opção por licitar antes da data de 1º de abril devem ter seus editais publicados até **31/12/2023**. Do contrário, competirá aos órgãos responsáveis readequar os procedimentos licitatórios para que contemplem as disposições da nova lei.

Quanto ao acórdão, seus efeitos vigem atualmente, ainda que haja a hipótese de interposição de recurso, e tende a ter um poder coesivo mais forte sobre a Administração Federal direta, autárquica e fundacional do que a Portaria já descrita, de modo que a tendência é que os procedimentos licitatórios onde houver opção, até o dia 31/03/2023, pela utilização da Lei antiga, deverão ter os seus editais publicados até o dia 31/12/2023, do contrário já não mais cabendo a utilização daqueles ditames.

DA CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se um regramento prioritariamente voltado para os órgãos da própria Administração Pública, e que permitem visualizar um cenário no qual procedimentos licitatórios guiados pelas disposições constantes da Lei nº 8.666/1993 poderão seguir sendo publicados até o dia 01/04/2024, desde que cumpridos os requisitos da portaria.

Por outro lado, há uma decisão do TCU que tende a ter um poder coesivo mais forte sobre a Administração Federal direta, autárquica e fundacional do que a Portaria já descrita, de modo que a tendência é que os procedimentos licitatórios onde houver opção, até o dia 31/03/2023, pela utilização da Lei antiga, deverão ter os seus editais publicados até o dia 31/12/2023, do contrário já não mais cabendo a utilização daqueles ditames.

É a NOTA TÉCNICA.

Brasília/DF, 30 de março de 2023.



JULIANO COSTA COUTO
OAB/DF 13.802

ÉDER MACHADO LEITE
OAB/DF 20.955

OSCAR KARNAL
OAB/DF 51.458