

Gustavo Silva: Regime de transição da nova Lei de Licitações

A Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, instituiu o novo regime jurídico de contratações públicas, cujas normas gerais são de observância obrigatória à Administração Pública da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além dos órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário em exercício de função administrativa, bem como dos fundos especiais e as demais entidades controladas Públicas.



A par das mudanças e inovações trazidas pela lei em face do

regime jurídico anterior, capitaneado pelas leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 (que instituíram, respectivamente, as normas gerais sobre licitações e contratos, a modalidade licitatória pregão e o regime diferenciado de contratações públicas), a grande questão jurídica do momento diz respeito à interpretação do artigo 191 da NLCC (nova Lei de Licitações e Contratos).

Nesse sentido, o referido dispositivo legal trata do regime de transição da NLCC, conferindo à Administração a possibilidade de optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a Lei nº 14.133/2021 ou com base no regime jurídico anterior, desde que a opção seja indicada expressamente no edital, ato ou contratação direta, cuja data limite era o dia 31 de março de 2023 (artigo 193, II), alterada por [medida provisória](#).

Contudo, forçoso reconhecer que apesar do legislador nacional estabelecer o prazo de dois anos para o regime de transição para a NLCC, o mesmo parece não ter sido suficiente à adaptação pelos órgãos e entidades públicas brasileiras até agora. Nesse viés e sob o fundamento do poder regulamentar, o que se tem visto nos últimos tempos é um sucedâneo de atos normativos esparsos, com vistas a dar interpretação ao artigo 191 da Lei 14.133.

Cite-se, nesse sentido, a edição do Decreto Estadual nº 48.375, de 28 de fevereiro de 2023, do estado do Rio de Janeiro, o qual estabelece que os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual poderão optar por licitar ou contratar diretamente com fundamento no regime jurídico anterior, desde que nos processos conste autorização expressa nesse sentido pela autoridade competente, assinada no documento gerado e indexado no processo eletrônico até o dia 31 de março de 2023.

A autorização deverá conter a indicação expressa da legislação a ser aplicada, bem como a justificativa da contratação do objeto. Por fim, o referido ato normativo dispõe que os editais de licitação e os extratos das ratificações de contratação direta deverão, obrigatoriamente, ser publicados no *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro* até o dia 30 de setembro de 2023 [\[1\]](#).

Assim também se deu no âmbito do estado de Mato Grosso do Sul, onde, segundo os termos do Decreto nº 16.123, de 9 de março de 2023, ficou estabelecido que as publicações dos editais de licitação ou dos extratos de ratificação de contratações diretas poderá se dar até o dia 29 de março de 2024 [\[2\]](#).

No mesmo diapasão, São Paulo editou o Decreto nº 67.570, de 15 de março de 2023, cuja diferença fundamental se dá em relação ao termo final para a publicação dos instrumentos convocatórios e extratos de atos de contratação direta, qual seja, o dia 29 de dezembro de 2023 [\[3\]](#).

De outro lado, em âmbito federal, o Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos editou a Portaria Seges/MGI nº 720, de 15 de março de 2023, publicada em edição extra do *Diário Oficial da União* em 16 de março de 2023, a qual fixou novo marco temporal para publicação dos avisos de editais e atos de contratação direta: o dia 1º de abril de 2024. Ademais, o referido ato normativo determinou a observância do regime de transição nele previsto, para todos os órgãos e entidades da Administração Pública que utilizem o Sistema de Compras do Governo Federal (que a principal ferramenta de tecnologia da informação e comunicação utilizada para licitações eletrônicas), ainda que não integrantes da esfera federal [\[4\]](#).

Nesse contexto, da leitura dos atos normativos acima exemplificados, chama a atenção que, muito embora a Lei Federal nº 14.133 tenha estabelecido o prazo de dois anos de transição, os entes federativos parecem ter deixado para depois a implementação do novo regime de licitações e contratos, ao melhor estilo do jargão: o brasileiro deixa tudo para a última hora.

Ademais, considerando a falta de planejamento dos entes federativos de implementar a nova Lei de Licitações após quase dois anos de sua vigência, verifica-se que a faculdade de edição de regulamentos locais acerca de licitações e contratos, conferida pelo legislador nacional em diversos pontos da nova Lei de Licitações, foi a âncora para conferir sobrevida ao regime jurídico anterior, diante da previsão expressa de revogação no próximo dia 1º de abril, nos termos do artigo 193, II, da Lei 14.133.

Evidentemente, o esforço dos entes federativos em recuperar o tempo perdido com a edição de atos normativos, com marcos temporais diversos e futuros ao dia 1º de abril de 2023, põe em xeque a segurança jurídica dos processos licitatórios e contratações diretas, inclusive, cenário que aponta para futuros questionamentos em sede de controle externo, bem como do próprio poder judiciário.

Assim, por exemplo, se deu no último dia 22 de março de 2023, onde o Tribunal de Contas da União, em sede de representação, firmou entendimento no sentido de que os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a expressa opção pela autoridade competente por licitar ou contratar pelo regime antigo (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e artigos 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.

O TCU ainda determinou à Secretaria de Gestão e Inovação (Seges) do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (MGI), que proceda aos devidos ajustes da Portaria SEGES/MGI nº 720/2023, a qual fixou marcos temporais diversos do referido julgado [5].

A análise da Unidade de Auditoria Especializada em Contratações do TCU, a qual instruiu o referido julgado, concentrou esforços em interpretar a expressão "opção por licitar ou contratar", prevista no artigo 191 da Lei Federal nº 14.133/2021, oportunidade em que defendeu o sentido de que tal opção diria respeito a momento anterior à publicação do instrumento convocatório.

Sob o argumento de 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"*, a referida interpretação confere segurança jurídica. Caso contrário, haveria frustração das licitações em curso ou, nas palavras do corpo técnico da Corte de Contas da União, *"teria que começar tudo de novo, sob o novo regime"*.

Ademais, com fundamento no artigo 20 da Lindb, defendeu-se que as consequências práticas de se definir a publicação do edital como marco temporal para a utilização do regime antigo poderiam ser mais prejudiciais para a Administração Pública que a interpretação dada no sentido da ultratividade, a qual deveria ser prestigiada. Inclusive, a própria demora da adequação do próprio sistema de licitações eletrônicas do governo federal para realizar certames com fundamento na NLCC, ocorrida tão somente em novembro de 2022, reforçaria tal argumento.

Prosseguindo, no voto condutor do referido julgado, chama a atenção a busca pela *mens legis* da Lei federal nº 14.133/2021, notadamente no que diz respeito ao planejamento das contratações públicas. Sobre esse ponto, é imperioso destacar que, além de ser alçado a princípio expresso no artigo 5º do diploma legal, o planejamento permeia toda a NLCC, a exemplo do Plano de Contratações Anual e da observância das leis orçamentárias [6].

Assim sendo, o voto, seguido por unanimidade pelo Plenário da Corte de Contas da União, concluiu que as contratações em curso devem ter seus editais publicados até 31 de dezembro de 2023, em observância ao planejamento das contratações até então elaborados, citando-se, como acerto o marco temporal definido pelo Decreto nº 56.937, de 15 de março de 2023, editado pelo Rio Grande do Sul, nesse sentido.

Como visto, passados quase dois anos da edição da nova lei, coube ao TCU, em atenção ao princípio do planejamento (e da falta dele, pelos entes federativos), a difícil missão de conferir efeito ultrativo ao regime jurídico de contratações públicas que será revogado no próximo dia 1º de abril, mas que forçosamente continuará valendo, sob pena de prejuízos maiores. A data, conhecida mundialmente como o "dia da mentira", não poderia ser mais propícia, considerando a forçosa mitigação da plena efetividade da Lei Federal nº 14.133/2021.

Por fim, resta aguardar o pronunciamento das cortes de contas estaduais quanto à matéria, notadamente em face dos diversos atos normativos editados em sentido diverso daquele sufragado pelo Tribunal de Contas da União e sujeitos a sua jurisdição.

[1] Disponível em: <https://redelog.rj.gov.br/redelog/decreto-no-48-375-de-28-de-fevereiro-de-2023/>
Acesso em: 23 mar 2023.

[2] Disponível em:
chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tjms.jus.br/legislacao/public/pdf-legislacoes/decreto_n._16.123.pdf. Acesso em: 23 mar 2023.

[3] Disponível em:
<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2023/decreto-67570-15.03.2023.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20marco%20temporal,P%C3%BAblica%20esta>
. Acesso em: 23 mar 2023.

[4] Disponível em:
<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias/portaria-seges-mgi-no-720-de-15-de-marco-de-2023#:~:text=Fixa%20o%20regime%20de%20transi%C3%A7%C3%A3o,federal%20direta%2C%20aut%>
. Acesso em: 23 mar 2023.

[5] Acórdão nº 507/2023, Plenário. Relator: ministro Augusto Nardes. Data da sessão: 22/03/2023.

[6] Nesse sentido, dispõe o artigo 18 da nova Lei de Licitações e Contratos: *"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:"*.

Date Created

02/04/2023