

A implementação do Portal Nacional de Contratações Públicas e a eficácia da Lei 14.133/2021.

Por Grupo JML¹

A nova Lei de Licitações – Lei 14.133/2021 –, que nos termos do que estabelece o seu art. 194 entrou em vigor em 01 de abril deste ano, prevê:

“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.

Parágrafo único. Na 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.

Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.

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.**” (grifou-se)

Dessa feita, em virtude de as disposições das Leis 8.666/93 e 10.520/02 só serem revogadas após o decurso de dois anos contados da data da publicação da nova Lei, o que ocorreu em 01/04/2021, – ressalva sendo feita aos arts. 89 a 108 da antiga norma, que cuidam dos crimes e penas, bem como do processo e do procedimento judicial correspondente, que restaram revogados na mesma data em que passou a vigorar o novo normativo –, conta-se atualmente com dois regimes jurídicos acerca de licitações e contratos.

Logo, à Administração é conferida a faculdade de escolher, nesse período em que vigoram os dois normativos, o que julgar mais apropriado para disciplinar as suas contratações, indicando-o no procedimento correspondente de modo a levar ao conhecimento dos interessados as regras que o disciplinarão e viabilizar aos órgãos de controle a fiscalização de seus atos.

É vedada, contudo, por uma questão de lógica e até mesmo em respeito ao princípio da legalidade, a combinação dos normativos, devendo o procedimento de contratação e o instrumento contratual dele resultante, consequentemente, seguir integralmente o processamento imposto pelo regime jurídico escolhido.

Diante disso e considerando que a maioria das disposições da Lei 14.133/2021 são autoaplicáveis² entende-se que não há, ao menos em tese, impedimento em a Administração processar suas contratações nos termos dessa. Porém, em que pese a sua vigência imediata, a eficácia da Lei 14.133/2021 e consequentemente a sua aplicabilidade plena foi fortemente questionada, especialmente em face da exigência de divulgação dos atos no Portal Nacional de Contratações Públicas, conforme determina o art. 94 da Lei 14.133/2021, que somente foi implementado em 09 de agosto de 2021³, o que ocasionou o debate.

Assim é que a Advocacia-Geral da União ponderou e concluiu em Parecer

¹ Texto elaborado pelos consultores do Grupo JML.

² Exceção sendo feitas aos preceitos que expressamente preveem a necessidade de regulamentação.

³ Conforme noticiado no Portal de Compras do Governo Federal. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/governo-federal-lanca-portal-nacional-de-contratacoes-publicas>>.

00002/2021/CNMLC/CGU/AGU:

“(…(

13. O diploma legislativo em comento discorre em inúmeras passagens acerca da necessidade de edição de regulamentos para que se instrumentalize a sua aplicação plena. Vamos a eles.

2.2 Do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP^[3]

14. **Dentre as previsões normativas que dependem de uma regulamentação para que possa haver a sua correta aplicação, a que ganha maior destaque é a do artigo 94, que prescreve que “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”.**

15. **Para que os contratos administrativos firmados sob a égide do novo diploma legislativo possam ter eficácia, ou seja, sejam capazes de produzir os efeitos para os quais foram firmados, é imprescindível a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Ocorre que referido Portal, apesar de previsto na Lei no 14.133/2021 em seus artigos 174 a 176, ainda não foi implementado, carecendo, não apenas de regulamentação, mas de efetiva concretização, por meio de uma plataforma digital que ainda não foi criada.**

16. Veja que a necessidade de divulgação no PNCP veicula regra específica, expressa e direta, que condiciona a eficácia dos contratos. A legislação não estipulou a divulgação no referido portal como sendo uma faculdade ou somente mais um meio adicional de conferir maior publicidade.

17. O papel primordial do PNCP para fins de divulgação resta claro quando se analisa o artigo 54, § 2o, que permite que a divulgação em outros meios ocorra de maneira facultativa e adicional ao PNCP (não o inverso). Confira-se:

Art. 54. [...]

§ 2o É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

(…)

19. **A referida lei deve ser interpretada, no que tange à implementação do PNCP, como uma norma de eficácia limitada, ou seja, aquela que, para que possa produzir todos os seus efeitos, depende de complementação normativa.**

(…)

25. **Assim, a ausência de norma regulamentadora do PNCP faz com que a Lei no 14.133/2021 seja, em parte, tecnicamente ineficaz.**

26. Embora haja vozes dissonantes, entendendo que a ausência de regulamentação ou funcionamento do PNCP não pode servir como obstáculo para a aplicação plena da referida legislação, não parece ser essa a melhor interpretação normativa.

27. É possível verificar^[10] a sustentação de três razões para autorizar a aplicação imediata da nova Lei, independentemente da normatização do PNCP: **Primeira**, porque o art. 194 determina que a Lei entra em vigor na data de sua publicação, o que ocorreu no dia 1o de abril de 2021; **Segunda**, porque o art. 1o do Decreto-Lei no 4.657/1942 estabelece que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”; **Terceira**, a eficácia de uma norma somente pode ser limitada ou contida mediante disposição expressa – ou, como defendem alguns, no mínimo implícita.

28. Quanto às duas primeiras razões, conforme já mencionado, não se mostram como suficientemente hábeis a autorizar a aplicação imediata da lei, uma vez que estes itens simplesmente indicam que a lei se encontra vigente, mas não implica dizer que todos os seus artigos são eficazes. Vigência não se confunde com eficácia.

29. Em relação ao item 3, quanto à limitação da eficácia da lei necessitar ser no mínimo implícita, vislumbra-se que há sim essa restrição. Quando a Lei condiciona a eficácia de contratos à divulgação em um Portal que ainda não se encontra operável, há, por certo, uma limitação implícita da aplicação legislativa. Trata-se aqui de um exercício lógico-jurídico. Se para “X” ser aplicado, necessita ser criado Y, logo, enquanto Y não existe, X não pode ser aplicado.

30. O mesmo artigo acrescenta que a função de divulgação do PNCP poderia ser suprida "sem qualquer prejuízo de publicidade, pelo sistema de publicidade oficial dos atos administrativos. Normalmente a publicação em Diário Oficial. A publicidade dos atos relativos a licitações e contratos pode e deve ocorrer também por meio dos sítios eletrônicos oficiais – para conferir eficiência às publicações. O relevante e de interesse público é que ocorra contratos – cumprindo o princípio constitucional da publicidade”.

31. Apesar da relevância do argumento esposado, parece haver nele uma tentativa de substituição da atividade legislativa. A exigência de divulgação no PNCP não figura como norma de caráter principiológico, que visa a alcançar uma finalidade, sem indicar os meios. É, em realidade, uma regra jurídica, que justamente figura como instrumento necessário, na avaliação do legislador, para que haja o correto alcance da finalidade principiológica (dentre outras, a publicidade). Assim, não cabe o afastamento da regra jurídica^[11], ao argumento de que a publicidade poderia ser alcançada por outros meios, a não ser que se repute a regra inconstitucional, o que não parece ser o caso.

32. Além disso, permitir que a publicação e divulgação ocorra nos moldes da antiga Lei no 8.666/93, enquanto não advém o PNCP, incorreria em violação expressa ao artigo 191 da Lei no 14.133, que veda a aplicação combinada de ambas as leis^[12].

33. Vale salientar, outrossim, que mesmo a utilização do art. 54, §1o, cujo veto foi recentemente superado pelo Congresso Nacional, como publicidade "suficiente", sem invocação da Lei no 8.666/93, também não encontra guarida no sistema jurídico. Como já dito, referido dispositivo é claro ao dissociar a divulgação no PNCP da feita em jornais de grande circulação, pelo uso da expressão "sem prejuízo do disposto no *caput*". Isso denota que a publicidade desejada pela lei, mediante regra que espelha um sopesamento de valores já feito pelo legislador^[13], é a obtida com a junção da publicação em ambos os veículos e não apenas em um.

34. Acrescente-se que a ausência de previsão de um regime provisório de aplicação da nova Lei enquanto não estiver em funcionamento o PNCP não figura como uma omissão impensada do legislador. Veja-se que, em relação aos Municípios com até 20 mil habitantes, o artigo 176, parágrafo único autoriza que, enquanto não adotarem o PNCP, realizem a divulgação e manutenção dos processos administrativos de outra forma^[14]. Nesse dispositivo, o uso do jornal de grande circulação se dá "enquanto não adotado o PNCP" e não "sem prejuízo deste" o que representa importante modificação de abordagem.

35. O que se quer apontar é que, ao não prever uma alternativa para a ausência do PNCP, diferente do que fez em relação aos Municípios com até 20 mil habitantes, o legislador intencionalmente não permitiu a adoção de outro mecanismo, havendo aqui um "silêncio eloquente".

36. Na mesma toada, a Lei permite em algumas passagens que certas práticas e/ou instrumentos jurídicos sejam usados de maneira preferencial, podendo haver a sua não utilização, caso haja a devida justificativa. É o que se nota, por exemplo, da previsão do artigo 75, §3o, que assenta que "as contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa".

37. Assim sendo, o legislador poderia, seguindo a técnica realizada em outras passagens, ter indicado que a utilização do PNCP fosse feita preferencialmente. Optou, porém, em não conferir qualquer tipo de abertura quanto à sua utilização ou não, tendo prescrito de maneira cogente o dever de seu uso, sob pena de ineficácia dos contratos firmados. Não há vocábulo algum no artigo 94 que confira abertura semântica para que se interprete a utilização do PNCP como uma faculdade. Pelo contrário, o legislador inseriu o adjetivo "indispensável", de modo a espancar qualquer dúvida acerca da sua obrigatoriedade para fins de eficácia contratual.

38. Muito embora possa haver maior abertura dos textos jurídicos, o que permite que o Direito permaneça em conexão com o mundo dos fatos, essa abertura não é absoluta, uma vez que qualquer intérprete sempre estará permanentemente atado pelos enunciados. Rompendo-se essa retenção ao texto, resultará na sua subversão^[15]. O texto, portanto, ao

lado das pré-compreensões, mostra-se como um dos principais limites contra subjetivismos na interpretação jurídica^[16].

39. Quer-se com isso indicar que, ainda que se possa concluir não ter sido a melhor escolha vincular de maneira tão fechada a eficácia dos contratos administrativos ao PNCP, ou ainda não ter previsto um período de *vacatio legis* para a referida Lei enquanto se organizava a efetiva implementação do PNCP, não se pode desprezar essa escolha legislativa, substituindo o texto normativo por juízos particulares e de cunho metajurídico.

40. Deve-se recordar ainda que a impossibilidade de aplicação da nova legislação, enquanto não advier a regulamentação do PNCP, não ocasionará um “engessamento”, “apagão” ou vácuo em termos de contratação pública, uma vez que o artigo 191 justamente permitiu a coexistência, pelo período de dois anos, da Lei no 14.133/2021 com as Leis no 8.666/93, 10.520/2002 e 12.462/2011 (este artigo, por certo, encontra-se vigente e eficaz, não havendo nenhuma previsão fático-jurídica que condicione a sua aplicação). Logo, o fato de não se aplicar a novel Lei para os novos contratos a serem firmados não impede que contratos administrativos sejam pactuados à luz da legislação anterior.

41. Outrossim, calha acrescer, por exemplo, que a Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, por meio da Resolução nº 056/2021-PGE^[17], tendo em vista, dentre outros motivos, a necessidade de regulamentação da Lei no 14.133/2021 e a ausência de construção do PNCP pela União até o momento, orientou seus órgãos assessorados a não realizarem certames com fundamento na nova Lei de Licitações, até que haja a sua devida regulamentação.

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.

(...)

3. CONCLUSÕES

218. Por tudo o que se expõe, são essas as conclusões que se têm sobre o tema em questão:

1. A divulgação dos contratos e dos editais no Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP não pode ser substituída pelo DOU, sítio eletrônico do órgão ou outro meio de divulgação, sendo obrigatório, portanto, o PNCP;

(...)

. a implementação/regulamentação dos arts. 54; 94; 174; 80, §3º; 23; 31; 56 e 82, §§5º e 6º são condicionantes à eficácia, total ou parcial da norma;

. recomenda-se que se priorize a implementação dos arts. 7º; 11, parágrafo único e 169, §1º antes de utilizar a nova lei de forma massificada, sem que, entretanto, isso represente um impeditivo;

. os arts. 70, II; 19 e 92, XVIII não condicionam a eficácia da lei.

220. Sugere-se, outrossim, que se dê ciência dos termos deste parecer à Secretaria de Gestão do Ministério da Economia para que, se for o caso, dimensione a priorização da regulamentação e demais atos de sua competência considerando as conclusões trazidas nesta manifestação.” (grifou-se)

E Marçal Justen Filho aponta:

“Na verdade, essa autonomia do administrador não existe. **Porque a vigência da Lei 14.133 não significa a sua eficácia. Embora em vigor, a referida Lei não é aplicável em virtude de obstáculos intransponíveis.**

O primeiro, e mais evidente impedimento se relaciona com o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP. A criação desse sítio eletrônico foi prevista no art. 174. Destina-se a promover a publicidade de todo os atos pertinentes a licitações e contratações públicas, a operar como plataforma para licitações e armazenar bancos de dados contendo uma enorme quantidade de informações. É uma espécie de COMPRASNET multiplicado por mil vezes. E quem opera o COMPRASNET sabe o que isso significa.

O art. 54 da Lei 14.133 determinou que “A publicidade do edital da licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)”. **Isso significa que nenhuma licitação subordinada à Lei 14.133 poderá ser realizada sem a divulgação do edital no PNCP.**

Ocorre que o PNCP não existe concretamente. Segundo informação prestada por Carmen Silva Lima de Arruda (Sancionada a nova Lei de Licitações em que pé estamos”. JOTA, 2.4.2021), “Estima-se que até o final de 2021 o Portal estará em funcionamento ...”.

Portanto, a Lei 14.133 não terá eficácia pelo menos até o final de 2021.

Quer dizer, mais ou menos.

Pode-se defender que o art. 54 da Lei 14.133 impõe exigência da divulgação do edital no sítio eletrônico oficial ou no veículo oficial de divulgação dos atos administrativos do ente federativo. Isso significa reconhecer que a determinação contemplada no art. 54 não implica a necessidade da divulgação do edital apenas e exclusivamente no PNCP – uma figura presentemente não existente. Trata-se de assegurar o pleno e amplo conhecimento de todos os interessados, pelos meios materiais e tecnológicos disponíveis. Logo e até o momento em que o PNCP tornar-se operacional, a publicidade exigida no art. 54 far-se-ia pelos meios admitidos como juridicamente válidos.

Por outro lado, a exigência de divulgação de atos administrativos estaduais e municipais em um determinado Portal, instituído em lei federal, infringe a autonomia dos demais entes federativos. A disciplina sobre a publicidade dos próprios atos é uma dimensão inafastável da organização federativa do Estado. Cabe à cada ente federativo determinar o modo de publicidade de seus atos.

Logo, o art. 54 da Lei 14.133 configura uma norma não-geral. Trata-se de uma regra aplicável apenas à órbita da União. Cada Estado, Distrito Federal e os Municípios dispõem de competência insuprimível para dispor sobre a publicidade dos editais de licitação promovidos no seu âmbito.

Assim, é válido que os demais entes federativos disponham sobre a publicidade na sua imprensa oficial ou em sítios eletrônicos próprios. Nesse ponto, o veto apostado ao § 1º do art. 54 foi irrelevante. O dispositivo previa o cabimento de os demais entes federativos disporem sobre a publicidade dos editais de licitação. O veto foi irrelevante porque o dispositivo era, por assim dizer, meramente declaratório de uma competência instituída constitucionalmente.

Desse modo, é imaginável que a Lei 14.133 adquira eficácia no âmbito de Estados, Distrito Federal e Municípios. Para tanto, basta aplicar as regras de que os editais de licitação devem ser publicados no órgão de imprensa oficial local. A União não poderá usurpar competência constitucional dos demais entes federativos – ressalvada a hipótese de uma inovação legislativa que restrinja a determinação do art. 54 da Lei 14.133 ao âmbito federal.

Mas, há outros problemas para a plena eficácia da Lei 14.133. Diversos dispositivos necessitam de regulamentação. Existem mais de quarenta artigos que aludam a regulamentação.”⁴ (grifou-se)

Outros, no entanto, defendiam a aplicabilidade da Lei desde a sua entrada em vigor e não consideravam a inexistência do PNCP ou mesmo a exigência de regulamentação para alguns preceitos como empecilho para tanto:

“LEI FEDERAL Nº. 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. NOVA LEI DE LICITAÇÕES. EFICÁCIA INTERTEMPORAL.

1. A nova Lei de Licitações tem aplicabilidade imediata, bastando, até a efetiva revogação das leis previstas no seu artigo 193, II, que a opção prevista no artigo 191, *caput*, seja indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta.

⁴ <https://justen.com.br/pdfs/170/MJF-Vigencia%20da-Lei-14133.pdf>

2. **É possível a realização de procedimentos com base na Lei no 14.133/2021 desde a sua vigência (1o de abril de 2021, conforme artigo 194), inclusive dispensas e inexigibilidades de licitação, devendo ser necessariamente atendidos os requisitos da nova Lei, vedada a sobreposição de regimes.**

3. **Afigura-se recomendável a regulamentação da Lei no 14.133/2021 para sua fiel execução, notadamente nos temas em que o legislador expressamente previu essa necessidade.**

4. **A regra geral decorrente do novo sistema é a edição pelo próprio Estado dos regulamentos aplicáveis às suas contratações, podendo servir-se subsidiariamente, todavia, das normativas infralegais editadas pela União.**

5. **Nas situações de ausência de regulamento, será necessário avaliar, na casuística, se a regulamentação prevista em lei é imprescindível ou meramente auxiliar à efetivação das normas, sendo de rigor prestigiar a plena efetividade do novo diploma legal, sob pena de limitação desnecessária do artigo 194.**

6. **Até a efetiva operação do Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP, o Estado do Rio Grande do Sul poderá aplicar a Lei no 14.133/2021, conforme previsão expressa do artigo 194, combinado com os artigos 193, II, e 191, desde que sejam providenciadas as adaptações ou providências nas ferramentas de divulgação existentes, de modo a garantir a transparência dos atos praticados até o efetivo lançamento do portal centralizado e a futura transferência dos dados, a partir de sua operação.**⁵ (grifou-se)

“Diante do que dispõe o artigo antes citado, **uma vez publicada, a Lei nº 14.133/2021 passa a produzir efeitos jurídicos imediatamente, podendo, desde logo, ser aplicada.** Porém, durante o decurso do prazo de 2 (dois) anos contado da data da sua publicação, a Lei nº 8.666/93 (lei de licitações e contratos), a Lei nº 10.520/02 (lei do pregão) e a Lei nº 12.462/11 (lei do RDC) também estarão vigendo. Tal fato se dá em razão de que o legislador criou um período de convivência entre o regime jurídico antigo e a nova lei. Assim, durante os 2 anos teremos os dois regimes em pleno vigor, podendo o administrador público, por ocasião da instauração de processo licitatório ou de contratação direta, optar por um ou outro regime jurídico, sendo vedada, apenas, a combinação da nova lei com o regime antigo.”⁶ (grifou-se)

“O artigo 193 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que ela entra em vigor logo que sancionada e publicada. Portanto, não haverá a chamada *vacatio legis* (vacância da lei), cuja regra geral, conforme o artigo 1o da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação. Esse prazo de vacância costuma ser dado para que as pessoas tenham tempo de compreender a lei nova e adequarem os seus comportamentos a ela. **No caso da Lei n. 14.133/2021, a vigência é imediata, o que significa que com a publicação, que se deu em 1o/04/2021, ela já está apta a produzir efeitos, ou seja, ela pode ser aplicada pela Administração imediatamente.**

(...)

No entanto, repita-se que a nova lei já entra em vigência com a sua publicação, o que significa que desde então é permitido à Administração adotá-la. **Logo, as entidades e órgãos que se sentirem preparados estão autorizados a passar a adotar o novo regime a partir de quando entenderem conveniente.** Não precisam esperar os dois anos.”⁷ (grifou-se)

“(…)

Com a edição da Lei nº 14.133/21, o veículo oficial de divulgação dos atos relativos às licitações e contratações públicas passa a ser o PNCP.

(...)

A interpretação literal das normas pode, com efeito, levar à conclusão hermenêutica no sentido de que somente após a criação do PNCP a nova lei pode ser aplicada, pois (i) a publicidade dos editais de licitação deve ser feita no Portal; e (ii) a publicação do extrato do contrato no Portal é condição de sua eficácia.

Não parece ser esta a melhor interpretação.

⁵ Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Parecer 18.761/21.

⁶ Diálogos sobre a nova lei de licitações e contratações Lei 14.133/2021 [livro eletrônico]. Coordenadora Julieta Mendes Lopes Vareschini - Pinhais: Editora JML, 2021, p. 19.

⁷ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos/Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283 p, p. 07/08.

Primeiro: porque o art. 194 determina que a Lei entra em vigor na data de sua publicação, o que ocorreu no dia 1º de abril de 2021.

Segundo: porque o art. 1º do Decreto-Lei nº 4657/42 estabelece que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”.

Terceiro: a eficácia de uma norma somente pode ser limitada ou contida mediante disposição expressa – ou, como defendem alguns, no mínimo implícita.

Por fim, não parece atender o interesse público vincular a eficácia de uma lei à implementação de um banco de dados – a não ser que o objeto da lei fosse unicamente a criação deste banco de dados, ou que a sua aplicação dependesse materialmente dele – o que não é o caso.

Tem-se, assim, que a Lei nº 14.133/21 é válida, vigente e eficaz (à exceção de eventuais normas que dependam de regulamentação, o que demanda indicação expressa, como dito). Ora, se a Lei é vigente, pode ser aplicada. Ademais, a própria Lei estabelece que “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. 191).

O legislador, em momento algum, vinculou a vigência da lei à criação do Portal Nacional de Contratações Públicas, o que pode levar a outra conclusão no que tange à aplicabilidade imediata da Lei nº 14.133/21.

E esta outra conclusão decorre de uma interpretação sistemática ou sistêmica das normas contidas na nova lei de licitações.

Partindo-se da premissa de que a Lei tem vigência, e tem, como visto. E de que não se pode admitir eficácia contida ou limitada de nenhuma de suas normas sem expressa previsão também legal – ainda que implícita –, é possível deduzir conclusão no sentido da possibilidade de aplicação imediata do regime jurídico da Lei nº 14.133/21.

O primeiro argumento em favor da eficácia imediata da Lei nova tem relação com a função do Portal Nacional de Contratações Públicas. Trata-se de um banco de dados que contera informações relevantes e indispensáveis sobre licitações e contratações públicas.

Será, também como visto, o veículo oficial de publicidade dos atos relativos às licitações e contratos da Administração Pública – à exceção das empresas estatais.

Ora, esta função pode ser suprida, sem qualquer prejuízo de publicidade, pelo sistema de publicidade oficial dos atos administrativos. Normalmente a publicação em Diário Oficial. A publicidade dos atos relativos a licitações e contratos pode e deve ocorrer também por meio dos sítios eletrônicos oficiais – para conferir eficiência às publicações.

O relevante e de interesse público é que ocorra efetivamente a publicação dos instrumentos convocatórios e dos extratos dos contratos – cumprindo o princípio constitucional da publicidade.

Nem se diga que esta sistemática ensejará prejuízos ou riscos de publicidade, pois é a sistemática de que se vale a Administração Pública com fundamento na Lei nº 8666/93.

Nesta medida, a interpretação sistemática das normas que exigem a publicação no Portal Nacional de Contratações Públicas leva à conclusão de que (i) enquanto não for criado referido Portal, a publicidade dos atos e contratos se dará por intermédio dos veículos oficiais de publicação e sítios eletrônicos dos entes e órgãos da Administração Pública; e (ii) a publicação no Portal somente será condição para eficácia dos contratos após a sua efetiva criação.

O segundo argumento em favor da eficácia imediata da nova Lei é de ordem lógico-jurídica. Não há sentido jurídico em vincular a vigência e a eficácia de uma Lei à criação de um banco de dados informatizado, que se presta a uma finalidade – conferir publicidade aos atos – que pode ser atingida por outros meios jurídicos legítimos e válidos.

Por hipótese, imagine-se que, transcorridos os dois anos de que trata o art. 193, II da nova Lei tenhamos a revogação da Lei nº 8666/93, mas ainda não tenhamos um Portal Nacional de Contratações Públicas.

Neste caso, lamentavelmente não poderemos mais realizar licitações ou contratações públicas, pois não haverá lei vigente ou eficaz, para, nos estreitos limites da legalidade

administrativa, amparar a Administração Pública. Porque não foi criado um banco de dados informatizado.”⁸ (grifou-se)

Nota-se, então, que a questão da adoção imediata da Lei 14.133/2021 exigia cautela em vista de tal polêmica, ao passo que era prudente que a Administração avaliasse o posicionamento preponderante em sua esfera de atuação e em especial se encontrava-se capacitada sob a ótica técnica e operacional, já que a nova norma traz em seu bojo alguns aspectos inovadores que podem demandar certas providências e um certo período de adaptação, a exemplo da necessidade da elaboração de plano anual de contratação, da ênfase dada à fase preparatória do certame, que impõe a tomada de diversas providências, e da exigência da adoção de processos de gestão de riscos e controles interno, adaptação de eventuais sistemas eletrônicos, dentre outros, cautelas que devem ser observados mesmo agora com o PNCP implantado.

⁸ <https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=e4915c0d7f345668504138ffab967487>