

O Regime Transitório da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021)

Ana Cristina Fecuri | Giulie Naomi Futenma

Em caso de dúvidas sobre os temas discutidos nessa publicação, favor contatar o escritório.

If you have any questions regarding the matters discussed in this publication, please contact the office.

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo

Sócio-fundador | Founding partner
araldo@dalpozzo.com.br

Augusto Neves Dal Pozzo

Sócio-fundador | Founding partner
augusto@dalpozzo.com.br

Beatriz Neves Dal Pozzo Cunha

Sócia | Partner | CEO
beatriz@dalpozzo.com.br

Evane Beiguelman Kramer

Sócia | Partner
evane@dalpozzo.com.br

João Negrini Neto

Sócio | Partner
joao@dalpozzo.com.br

Percival José Bariani Junior

Sócio | Partner | CLO
percival@dalpozzo.com.br

Renan Marcondes Facchinatto

Sócio | Partner
renan@dalpozzo.com.br

A presente publicação é produzida pelo corpo técnico do escritório Dal Pozzo Advogados e se destina a fins meramente informativos. Ela não constitui e tampouco deve ser utilizada como aconselhamento advocatício. O texto reflete a opinião pessoal de seus autores.

This text is published by Dal Pozzo Advogados for informational purposes only. It is not intended and it should not be interpreted, or construed, as legal advice. The text expresses the opinion of the authors.

© Dal Pozzo Advogados | All rights reserved



São Paulo

Rua Gomes de Carvalho, 1510 | 9º andar
04547-005 | Vila Olímpia | São Paulo | SP
Telefone +55 11 3058 7800

Brasília

SEPS Q 702/902 | Conjunto B | Bloco A | 3º Andar
70390-025 | General Alencastro | Brasília DF
Telefone +55 11 3058 7800

dalpozzo.com.br



Com a publicação da Lei 14.133/2021, entra em vigor a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que possui efeitos imediatos, embora traga em seu bojo um regime jurídico transitório, conforme dispõe o artigo 193, inciso II, da norma. A Nova Lei coexistirá por um prazo de 2 anos com a Lei nº 8.666/1993, a Lei de Pregão (nº 12.462/2011) e com as disposições contidas nos artigos 1º a 47-A da Lei de RDC, as quais permanecerão vigentes por esse período.

Trata-se de situação bastante atípica, sobretudo porque o período de *vacatio legis*, vale dizer, o período entre a data da publicação de uma lei e sua entrada em vigor, destina-se justamente a possibilitar o conhecimento e assimilação do conteúdo da nova norma legal e a realização das devidas e necessárias adaptações, permanecendo em vigor a lei antiga durante esta vacância.

Haverá uma única exceção em relação ao regime transitório: os artigos destinados aos crimes (arts. 89 a 99) e ao processo e procedimento judicial (arts. 100 a 108) da Lei nº 8.666/93 perderam a vigência com o ingresso da nova Lei no ordenamento jurídico, conforme art. 193, inciso I. Em princípio, portanto, os agentes públicos e contratados, ainda que sujeitos ao regime da Lei nº 8.666/93, responderão criminalmente pelas condutas típicas praticadas conforme o disposto na Nova Lei de Licitações e no capítulo II-B do Código Penal (Dos crimes em licitações e contratos administrativos).

Regra geral, e da forma como previsto pelo legislador ordinário, ambos os regimes jurídicos permanecerão vigentes e com força vinculante, cabendo ao administrador optar por aquele que melhor lhe favoreça, explicitando motivadamente a escolha realizada, nos termos do artigo 191 do novo Estatuto, lembrando-se que se encontra expressamente vedada a aplicação combinada das leis. O prognóstico em relação ao procedimento adotado não é dos melhores, justamente porque trará dificuldades administrativas, embaraços gerenciais e insegurança jurídica para todos os envolvidos no processo de contratação pública.

Vale anotar ainda que, segundo o artigo 190 da Nova Lei, os contratos assinados antes da publicação da Nova Lei de Licitações deverão seguir o regime da lei revogada. Trata-se de respeito ao ato jurídico perfeito, preconizado pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e ao disposto no artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

O parágrafo único do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, estabelece que o contrato a ser celebrado entre as partes deverá ser cumprido nos exatos termos da Lei escolhida para o seu nascimento, de modo a regular os seus efeitos. Explica-se: se, durante período de dois anos a que alude o artigo 193, inciso II, da nova Lei, o regime eleito para reger o processo licitatório for o da Lei 8.666/93, o decorrente contrato administrativo também estará sujeito à disciplina contida nesta legislação até o final de sua execução. Nada mais correto, já que todo o processo licitatório foi desenvolvido com observância ao regime anterior adotado,

O Regime Transitório da Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021)

e os atos e fases praticados na fase interna e externa do processo necessariamente subsidiarão a interpretação e cumprimento do contrato e a sua execução.

Disto também resulta o fato de que, apesar de a Lei prever um prazo de dois anos de vigência das leis licitatórias anteriores, estas permanecerão produzindo efeitos para além do prazo transitório, dada a possibilidade de os ajustes serem firmados somente após o decurso deste prazo, desde que, evidentemente, o processo licitatório tenha sido iniciado dentro do período de transição.

Questão de relevo está voltada para a definição do momento em que será considerada iniciada a licitação para o fim específico de contagem desse biênio, vale dizer, se da abertura do processo administrativo ou da publicação do edital. O Tribunal de Contas da União, ao examinar questão de mesmo conteúdo no âmbito da Lei nº 13.303/2016, que possuía um regime de transição semelhante ao da nova Lei de Licitações, posicionou-se, por meio do acórdão nº 2279/2019, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, no sentido de que a publicação do edital seria o marco a ser considerado para esta finalidade específica, ainda que o início da fase interna do processo licitatório tivesse iniciado antes da data estabelecida no artigo 91 da referida Lei das Estatais. O argumento lançado para subsidiar este entendimento foi de que não se poderia dar uma interpretação ampliativa para o referido dispositivo legal, sob pena de permitir que o período de transição legalmente previsto fosse ultrapassado, tornando-o indeterminado.

Se a orientação da Corte de Contas Federal ora colacionada prevalecer também para a hipótese prevista no artigo 193, inciso II, da nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos, a Administração somente poderá adotar o regime anterior para os editais que efetivamente forem publicados durante o biênio legalmente previsto em lei.

Não se pode perder de vista, todavia, que o inciso II do artigo 193 deve ser interpretado em consonância com as demais disposições legais da Lei nº 14.133/2021, os quais expressamente reconhecem a existência de um processo licitatório composto de etapas interna e externa, encerrando, inclusive, as discussões acadêmicas sobre as etapas que compõem o processo licitatório. Logo, a etapa preparatória não poderá ser tratada à parte do processo licitatório, sobretudo porque passa a integrar o rito procedimental licitatório que culminará na futura contratação. Esse novo olhar legislativo dado ao processo licitatório não poderá ser desconsiderado pelo Tribunal de Contas quando eventualmente foi instado a revisar a matéria.

Em que pese as nuances acima apresentadas exigirem uma reanálise da matéria, o fato de existir um posicionamento bem definido a respeito do tema no âmbito Tribunal de Contas da União exigirá atenção por parte da Administração e dos licitantes que eventualmente participem do certame, notadamente quanto às datas de instauração do processo licitatório, publicações dos editais e aos regimes escolhidos para regência dos atos, a fim de mitigar futuros questionamentos e glosas por parte das Cortes de Contas.