

Como bem explica Rafael Sérgio Oliveira, a Lei nº 14.133/2021 "traz um período de transição, prevendo um intervalo de convivência de 2 (dois) anos entre o novo regime e o sistema tradicional". E continua o autor:

Isto é, embora a Lei nº 14.133/2021 já esteja em vigor, continuam vigorando também os diplomas relativos ao que denominamos de regime tradicional, que são a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011. Estas últimas só estarão revogadas em 1º de abril de 2023, data em que se encerram os 2 (dois) anos a que se refere o inciso II do art. 193 da Nova Lei¹⁰⁶².

Matheus Carvalho também ressalta a peculiaridade desta regra de convivência normativa, em comparação com a Lei nº 13.303/2016, por admitir "que a escolha pela utilização da nova legislação em um determinado processo licitatório pelo órgão não impede que, em outro certame, seja utilizada a legislação anterior"¹⁰⁶³.

Assim, da leitura do texto legal, infere-se que tanto para a licitação quanto para as contratações diretas, a Administração, no decurso desse prazo de até 2 (dois) anos após a publicação oficial da Lei nº 14.133/2021, poderá adotar as Leis anteriores (Lei nº 8.666/93 - Lei geral de licitações -, Lei nº 10.520/2002 - Lei do pregão - e Lei nº 12.462/2011 - RDC) ou a NLLCA (Lei nº 14.133/2021), não sendo permitida a aplicação híbrida ou combinada dos regimes anteriores e o novo regime.

Segundo o artigo 191, a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada da Lei nº 14.133/21 com as Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002, e Lei nº 12.462/2011, citadas anteriormente.

Por óbvio, caso a Administração opte por licitar de acordo com os antigos regimes licitatórios, o contrato respectivo será regido pelas regras neles previstas durante toda a sua vigência.

191.2 O ARTIGO 191 DA NLLCA E O SIGNIFICADO DE "OPTAR POR LICITAR"

Como explicado, a Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 193, prevê a revogação da Lei n. 8.666/93, da Lei n. 10.520/2002 (Pregão), e dos arts. 1º a 47-A da Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), após decorridos 2 (dois) anos da sua publicação oficial.

Esta regra, portanto, permitiu um período de experimentação, de convivência normativa do regime licitatório novo com o antigo, admitindo a aplicabilidade de um ou outro, em cada licitação ou contratação direta.

Admitido este período de convivência normativa entre a legislação nova e a antiga, sendo a licitação um processo que envolve um encadeamento de atos, com relevante

1062. CAMARÃO, Tatiana; FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 612.

1063. CARVALHO, Matheus. et al. Nova Lei de Licitações comentada. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. p. 675.

consumo de tempo, que gera uma contratação que se prolonga por determinado período, o legislador precisou tratar sobre os limites para a aplicação desta convivência normativa, o fazendo muito claramente, por exemplo, no texto do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021.

Segundo o referido dispositivo, até o decurso do prazo de 2 (dois) anos, contado da data de publicação da Lei nº 14.133/21, a Administração poderá "optar por licitar ou contratar" diretamente de acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ou de acordo com os antigos regimes jurídicos licitatórios (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).

Também segundo o artigo 191, a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, sendo vedada a aplicação combinada da NLLCA com a legislação antiga.

A alusão à indicação expressa no edital decorre de uma razão óbvia e já constava em regra similar na Lei nº 12.462/2011 (§2º do artigo 1º). Isso porque, existindo dois regimes jurídicos licitatórios aplicáveis, é imprescindível que o edital da licitação indique qual deles será aplicado ao certame, para que os fornecedores interessados possam saber qual regramento será aplicável àquela licitação.

O parágrafo único do artigo 191 complementa o comando legal, ao definir que, caso a Administração opte por licitar ou contratar de acordo com os antigos regimes licitatórios, o contrato respectivo será regido pelas regras neles previstas durante toda a sua vigência, mesmo após a revogação da legislação anterior. Com isso, o legislador define uma interessante regra de ultratividade da legislação anterior, ao impor a aplicação dos antigos regimes licitatórios, mesmo após sua revogação.

Conforme lições de Eduardo Cardozo, "a ultratividade tem os fatos pendentes como campo de ação". Isso porque situações iniciadas sob a égide da legislação anterior podem se prolongar, perpetuando "sua existência jurídica sob o período de vigência temporal da lei nova", de maneira que "a ultratividade implicará a exclusão dos efeitos imediatos e futuros da lei em vigor, no que tange particularmente a situações ou relações em curso no momento da alteração legislativa"¹⁰⁶⁴.

Acerca desta interessante ultratividade, não há dúvida. Contudo, persiste certa divergência de entendimentos sobre qual o ato jurídico que determina a aplicação da eventual ultratividade da legislação anterior. A "opção por licitar ou contratar", garantidora da ultratividade, ocorreria na fase preparatória (interna) ou apenas com a divulgação do Edital (fase externa)?

Há quem defenda que a "opção" apenas se daria com a publicação do edital. Outra corrente da doutrina defende que a "opção" é realizada ainda na fase preparatória, através de ato interno, pela autoridade competente, que deve ser considerado para fins de definição do ato jurídico que determina a aplicação da eventual ultratividade da legislação anterior.

1064. CARDOZO, José Eduardo Martins. Da retroatividade da lei. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 297.

A primeira corrente aponta que a "opção por licitar" se dá apenas com a publicação do edital. Nessa linha, é possível identificar a doutrina de Marçal Justen Filho, segundo o qual:

As licitações em curso subordinam-se à disciplina da lei vigente à data da publicação do edital. Esse edital se configura como um ato jurídico perfeito e acabado, cujos efeitos se prolongam no tempo. A edição de nova lei não pode afetar o conteúdo das regras previstas no edital. Aliás, a disciplina do edital não comporta alteração nem mesmo em vista das alternativas previstas na legislação anterior¹⁰⁶⁵.

Esse norte interpretativo é identificado também nas lições de Rafael Sérgio Oliveira, em obra que conta com a participação de diversos renomados juristas:

Um ponto que merece definição é o relativo ao ato que encarna a concretização da licitação ou da contratação direta para fins de verificação do limite temporal de aplicação do regime tradicional. Na qualidade de procedimento administrativo, a adjudicação de um contrato público, seja por licitação ou por contratação direta, envolve uma série de atos, que vão desde a abertura do procedimento até a adjudicação e a homologação. Com isso, cabe questionar qual seria o ato a ser praticado até 1º de abril de 2023, para que se considere ainda aplicáveis as normas do regime de contratação tradicional.

Em nossa avaliação, esse limite é a divulgação do edital (art. 54), no caso da licitação, e a divulgação do ato que autoriza a contratação direta ou do contrato que dela decorre (Parágrafo único do art. 72), nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Desse modo, no caso de uma licitação, se o edital do certame for publicado no PNCP até 1º de abril de 2023, essa disputa poderá continuar a seguir as regras do regime tradicional e o decorrente contrato será guiado pelas normas da Lei nº 8.666/1993¹⁰⁶⁶.

Em sentido diverso do defendido pela primeira corrente, há uma segunda corrente doutrinária, também relevante, a qual defende que a "opção por licitar ou contratar" é identificada ainda na fase de planejamento (fase interna) do processo licitatório.

Nessa linha doutrinária, por exemplo, posiciona-se Joel de Menezes Niebuhr. O autor, em uma compreensão utilitarista e identificando as consequências das hipóteses interpretativas, aponta para o raciocínio de que o início da fase preparatória, com a expressa escolha de adoção do regime antigo, autoriza a ultratividade deste regime, nos termos do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021:

(...) dúvida surge quando da revogação do regime antigo, no prazo de dois anos. O ponto é que, nesse momento, é de projetar que muitas licitações realizadas sob o regime antigo ainda estejam em curso, não tenham sido concluídas.

1065. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1768.

1066. CAMARÃO, Tatiana; FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 614.

A Lei n. 14.133/2021 não é clara sobre o assunto, mas o caput do seu artigo 191 prescreve que, dentro dos dois anos, é permitido licitar pelo regime antigo. Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo prescreve que, nessas situações, "o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência"

Ora, como o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021 autoriza licitar sob o regime antigo dentro do biênio, é razoável entender que as licitações que tenham sido iniciadas possam ser concluídas e os respectivos contratos assinados, ainda que vencido o biênio e o regime antigo revogado. O argumento-chave é 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. Essa interpretação é a que melhor se harmoniza à segurança jurídica. Na hipótese contrária, as licitações sob o regime antigo em curso e não concluídas no biênio ficariam pelo meio do caminho, teriam que ser desfeitas e a Administração perderia todo o trabalho realizado. Teria que começar tudo de novo, sob o novo regime.

O importante, sob essa premissa, é que as licitações tenham sido iniciadas dentro do prazo de dois anos a contar da publicação da Lei n. 14.133/2021. Se iniciadas sob o regime antigo, como autoriza o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, seguem o regime antigo até o seu final, pouco importa que o prazo de dois anos venha a ser exaurir no meio do caminho. Sendo assim, a dúvida que surge é sobre o momento em que se inicia uma licitação. Há, pelos menos, duas possibilidades de interpretação. Pode-se compreender que a licitação se inicia com a abertura do processo administrativo referente à sua etapa preparatória ou que a licitação se inicia apenas com a publicação do edital.

A questão é relevante, tem repercussão prática, porque pode ser que a etapa preparatória seja aberta e avance sob o regime antigo dentro do biênio e o edital não seja publicado a tempo. É preciso saber se esse edital, que foi preparado durante o biênio sob o regime antigo, pode ser publicado pelo regime antigo mesmo depois que ele tenha sido revogado, findo o biênio. Em caso negativo, a fase preparatória teria que ser refeita ou, na melhor hipótese, revisada e adequada ao regime novo.

Repita-se que a questão é saber quando que se considera que se inicia uma licitação.

De acordo com o artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, o processo licitatório inicia-se na etapa preparatória, referido no seu inciso I, seguido pela divulgação do edital, conforme inciso II do mesmo artigo. Noutros termos, quando aberto o processo administrativo para a preparação da licitação, considera-se que foi iniciada a licitação. A publicação do edital dá início a fase externa da licitação, não à licitação no seu todo, iniciada anteriormente com a etapa preparatória.

Sendo assim, a conclusão é de que as licitações cujas etapas preparatórias tenham sido iniciadas no biênio sob o regime antigo, ainda que os editais não tenham sido publicados, podem prosseguir sob o seu regime inicial mesmo depois do encerramento do biênio¹⁰⁶⁷.

1067. NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 60 e 61.

Vale acrescentar que o próprio texto da Lei nº 14.133/2021, em sua divisão, insere a fase preparatória (assim como a divulgação do edital) como um capítulo do Título II (das licitações).

No mesmo sentido, posicionam-se Fernanda Marinela e Rogério Sanches Cunha:

A regra é que essas licitações prossigam com seu regime antigo, não mudam no meio do caminho, seguindo a orientação do art. 191 que prescreve que, dentro de dois anos, é permitido licitar pelo regime antigo. Orientando ainda o seu parágrafo único que, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis antigas o seu respectivo contrato será regido pelas mesmas normas durante toda sua vigência.

Vale ainda lembrar que, apesar do prazo alargado de coexistências das normas, regra velha e nova, no final do período de dois anos nós também teremos muitas licitações sendo realizadas sob o regime antigo, procedimentos que ainda estejam em curso. Nesse ponto a nova lei de licitações não é clara. Considerando a previsão do art. 191 que autoriza licitar sob o regime antigo dentro do biênio, é razoável entender que as licitações que tenham sido iniciadas possam ser concluídas e os respectivos contratos assinados, ainda que vencido o prazo de dois anos e o que o regime antigo já esteja revogado. A ideia é que a autorização para licitar pelo regime antigo dentro do biênio implica na autorização de concluir a licitação e assinar o contrato dela decorrente.

De outro lado, o entendimento contrário a esse, faria com que as licitações sob o regime antigo e não concluídas no biênio ficariam perdidas, teriam que ser refeitas gerando um grande retrabalho para a Administração Pública, além de muito tempo desperdiçado.

Dessa forma, entendo que o importante é que a licitação tenha sido iniciada dentro do prazo de dois, enquanto ainda vigente a regra velha, o que atende melhor o princípio da segurança jurídica.

Portanto, seguindo essa premissa, é relevante esclarecer quando se considera iniciada a licitação e qual a orientação adotada pelos órgãos de controle no país até então, considerando seus efeitos práticos.

É preciso saber se um edital, que foi preparado durante o biênio sob o regime antigo, pode ser publicado pelo regime antigo, mesmo depois que ele tenha sido revogado, findo o biênio. Em caso negativo, a fase preparatória teria que ser refeita e adequada ao novo regime.

Para a primeira questão, durante alguns anos havia polêmica sobre o início do procedimento licitatório. Alguns autores defendiam que o início acontece com a fase preparatória na instauração do procedimento licitatório, entretanto, parte da doutrina defendia que a primeira etapa da licitação era a publicação do edital. Penso que "tudo começa do começo", com a instauração do procedimento realizando a fase preparatória, também chamada de fase interna, sendo que a publicação do edital instaura a fase externa da licitação, não a licitação no seu todo. Nesse sentido também dispõe a nova lei de licitações no seu art. 17, inciso I.

Dessa forma, a conclusão é que as licitações em que as fases preparatórias tenham sido iniciadas nos dois próximos anos sob o regime antigo, ainda que os editais não tenham sido publicados, podem prosseguir sob o regime inicial

mesmo depois do encerramento do biênio. Permitindo assim que editais sejam publicados sob o regime antigo mesmo depois da sua revogação¹⁰⁶⁸.

Pessoalmente, desde a aprovação da Lei, defendemos posição similar à desta segunda corrente interpretativa, compreendendo que a expressão legal "opção por licitar", para identificação do ato jurídico definidor como referência para aplicação da ultratividade, deve ser representada pela manifestação de agente público competente, ainda na fase preparatória, que opte pela instrução do processo de licitação ou de contratação direta sob o regime licitatório anterior (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011)¹⁰⁶⁹. Vale registrar que esta posição foi adotada pela Câmara Nacional de Licitações da Advocacia-Geral da União, através do Parecer n. 006/2022/CNLCA/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado Geral da União, segundo o qual: "A expressão legal "opção por licitar ou contratar", para fins de definição do ato jurídico estabelecido como referência para aplicação da ultratividade da legislação anterior, deve ser a manifestação pela autoridade competente, ainda na fase preparatória, que opte expressamente pela aplicação do regime licitatório anterior"

Importa compreender que a "opção" por licitar ou contratar diretamente de acordo com o regime anterior ocorrerá, por uma questão lógica, antes da publicação do edital. Na prática, em atos como a aprovação do Termo de Referência, Estudo Técnico Preliminar, notas técnicas ou confecção das pertinentes minutas, já poderá ser definido o regime licitatório escolhido no respectivo processo, em momento muito anterior ao da publicação do edital.

De maneira quase que intuitiva parece óbvio que a "opção por licitar", com um determinado regime licitatório, antecede o início da fase externa da licitação, que se dá apenas com a publicação do edital.

Além disso, convém frisar, a definição da publicação do edital como ato jurídico definidor da aplicação da ultratividade exigirá que as novas pretensões contratuais sejam perseguidas em processos iniciados ainda em 2022, exclusivamente com o regime jurídico da NLLCA, o que, na prática, tolhe e reduz o prazo de "opção" admitido pelo legislador, afrontando uma interpretação sistemática desses dispositivos.

Isso porque, como a tramitação da fase preparatória dos processos licitatórios consome vários meses, antes da publicação do edital, a iniciação de um processo, ainda que no início de 2023, dificilmente conseguiria alcançar a publicação do edital até o fim do prazo de convivência normativa, notadamente diante dos riscos e contingências que podem dificultar a conclusão do processamento em sua etapa preparatória.

Ilustremos: presumindo-se uma média de 6 meses de duração do processo, isso significaria que as demandas "licitáveis" autorizadas para autuação ainda em outubro de 2022, não deveriam mais adotar os regimes licitatórios anteriores, sob pena de assumir-se risco

1068. MARINELA, Fernanda. CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021. 880. p.40-43.

1069. TORRES, Ronny Charles L. de Torres. Artigo: Art. 191 da NLLCA e o significado de optar por licitar. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/art-191-da-nllca-e-o-significado-de-optar-por-licitar/>.

de prejuízo aos cofres públicos, pela perda de toda a instrução processual, em virtude da não publicação do edital ainda no prazo de convivência normativa.

Nessa linha, a interpretação que restringe a "opção por licitar" à publicação do edital resultará em diversas licitações iniciadas sob o regime antigo, que não serão concluídas no período de convivência normativa, resultando retrabalho e ampliação dos custos transacionais e burocráticos de centenas ou quiçá milhares de processos licitatórios.

Vale frisar que isso vale tanto para os processos licitatórios mais rotineiros, que adotam os critérios menor preço e maior desconto, como para os mais complexos, como obras de engenharia, que adotem, por exemplo, o critério de julgamento técnica e preço. Simplesmente já não poderiam ou deveriam adotar os regimes licitatórios antigos, pela impossibilidade de conclusão da fase preparatória e consequente publicação do edital, em tempo hábil.

Assim, se tal "opção" fosse considerada apenas no momento da publicação do Edital, não seria recomendável a utilização dos regimes licitatórios anteriores mesmo em processos iniciados em outubro de 2022, tendo em vista o alto risco de que grande parte não estaria apta à publicação do instrumento convocatório até o momento da deadline estabelecida no inciso II, do art. 193, produzindo prejuízos pela perda de tempo, não atendimento de demandas sensíveis e de recursos públicos em processos que precisarão ser integralmente alterados. E em acréscimo, importante frisar que, em janeiro de 2023, quando finalizamos esta edição deste livro, sequer havia regulamentação e sistemas disponíveis para diversos formatos de procedimentos licitatórios, no regime da Lei nº 14.133/2021 (inexistindo regulamentação para o Sistema de Registro de Preços, por exemplo), o que criou uma situação esdrúxula na qual não haveria tempo para iniciar um processo de licitação para registro de preços, com base na legislação antiga e publicá-lo antes de sua revogação, nem seria possível iniciá-lo adotando a legislação nova!

Em uma compreensão utilitarista, o entendimento de que o momento em que se considera feita a opção por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II, do art. 193, da Lei nº 14.133/2021 (Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 e arts. 1º ao 47-A da Lei nº 12.462/11) se daria na fase preparatória, parece mais adequado que aquele que aponta a publicação do edital com marco para a definição da ultratividade legal.

Outrossim, uma interpretação sistemática também favorece a compreensão de que a opção por licitar se daria na fase preparatória. Isso porque a definição da publicação do edital como ato jurídico definidor da aplicação da ultratividade acaba, na prática, por suprimir parcialmente o prazo de dois anos de convivência normativa estabelecido pelo legislador.

Em um processo licitatório que envolve um encadeamento de diversos atos, com decisões administrativas definidas e com efeitos jurídicos próprios, ainda durante a etapa de planejamento, é plenamente legítimo e mais adequado interpretar que a "opção por licitar" de acordo com o regime licitatório antigo, durante o período de convivência normativa, ocorra antes da publicação do edital.

Assim, por exemplo, durante o período de convivência normativa, ao confeccionar e aprovar o estudo técnico preliminar, o termo de referência ou as minutas editalícias, mesmo antes da publicação do edital, já poder-se-á definir-se a "opção por licitar" com o

regime licitatório antigo ou o regime licitatório da NLLCA, detendo, a própria autoridade responsável pela instauração inicial do processo, competência para definir o regime licitatório aplicável, realizando a formalização da devida "opção".

Obviamente, cabe ao regulamento ou à normatização pertinente, pelo órgão competente, a definição de qual o ato administrativo praticado na fase interna seria o determinante para o estabelecimento da "opção por licitar". Em nossa opinião, a aprovação do Termo de Referência, com a respectiva indicação do regime jurídico escolhido, seria uma boa opção regulamentar; porém, tal indicação, por óbvio, envolve uma escolha técnica, ínsita à atividade regulamentar/normativa. Ao intérprete jurídico cabe investigar o sentido da Lei, percebendo que a expressão "optar por licitar" possui sentido próprio.

Outrossim, importante salientar que nada impede, por exemplo, mesmo adotando-se esta posição defendida pela AGU no já citado Parecer 006/2022, que o órgão competente defina um prazo mais restrito. Nesta linha, por exemplo, no âmbito federal, pode ser citada posição indicada pelo Comunicado SEGES 10/2022, segundo o qual "o Sistema de Compras do Governo Federal, a contar do dia 31 de março de 2023, estará configurado para receber somente as licitações e contratações diretas à Luz da Lei 14.133, de 2021 (e demais leis específicas), considerando o exaurimento temporal da eficácia jurídica-normativa das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011".

Esta opção, contudo, ignorou os altos prejuízos gerados pelo retrabalho, descontinuidade de processos e inanição administrativa, pela ausência de regulamentação e ferramentas essenciais para a realização de parte das licitações já no regime jurídico da Lei nº 14.133/2021. Vale lembrar que quando esta obra foi finalizada, em janeiro de 2023, ainda não havia regulamento aprovado para o Sistema de Registro de Preços, instrumento auxiliar adotado em uma quantidade altamente significativa das compras federais. Nem haveria mais tempo disponível para iniciar processo para registro de preços sob a égide da Lei nº 8.666/93 ou Lei nº 10.520/2022, publicando os respectivos editais até 31/03.

Nada obstante, é possível que, repise-se: aplicando o entendimento defendido pela segunda corrente (representada pelo Parecer n. 006/2022/CNLCA/CGU/AGU), sejam abertos prazos maiores específicos para os procedimentos pendentes de regulamentação ou sistema. Assim, admitir-se-ia, por exemplo, que nas licitações para registro de preços, desde que a opção por licitar se desse ainda no prazo de dois anos após a publicação da Lei nº 14.133/2021 (art. 191), a publicação do edital pudesse ocorrer até 90 dias após a publicação do regulamento ou até o mês de junho de 2023. Tal tipo de definição (normativa) evitaria prejuízos ao erário e também mitigaria o risco de abusos, pois, como bem salientado pela Câmara Nacional de Licitações e Contratos da AGU (Parecer n. 006/2022/CNLCA/CGU/AGU), não se pretende legitimar atitudes oportunistas de gestores que induzem precipitadamente uma opção por licitar de acordo com a legislação anterior, ainda na fase inicial de planejamento, apenas com o condão de preservar a utilização daquela legislação por período deveras prolongado, em afronta ao princípio da duração razoável do processo, à responsabilidade pela boa governança e à boa-fé administrativa.

Esta, em nossa opinião, nada obstante nosso respeito pelas legítimas interpretações diferentes, é a melhor opção interpretativa para a norma extraída do artigo 191 da Lei nº 14.133/2021.

191.3 INADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO AUTOMÁTICA DO “PRECEDENTE” IDENTIFICADO NO ACÓRDÃO Nº 2.279/2019 DO TCU

No Acórdão nº 2.279/2019, o Plenário do TCU, analisando uma situação pontual, entendeu que a melhor interpretação para definir o ato jurídico que determina a aplicação da eventual ultratividade da legislação anterior (para a específica estatal) seria para licitações que tiveram seu edital “publicado” entre a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018 (o que ocorresse primeiro). Vale a transcrição de trecho do Acórdão:

17. A essência da discussão está no fato de o legislador não ter explicitado se esse início do procedimento licitatório se refere à sua efetiva publicação ou ao começo do planejamento da licitação, em sua fase interna/preparatória. No presente caso, os estudos para as obras se iniciaram em 2014(...).

18. Entendo não haver dúvida em relação ao momento a ser considerado como de início do procedimento, isso porque não se pode ampliar a interpretação de concessão dada pelo legislador para uma transição de normativos. Com isso, a melhor interpretação é a de que a transição vale para licitações que tiveram seu edital “publicado” entre a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

19. E os motivos para essa interpretação são simples. Em primeiro lugar, não seria razoável supor que o legislador fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga, pois, caso prevalecesse a tese encampada pela equipe técnica do Metrô, qualquer objeto que tivesse seus estudos iniciados anteriormente à data de publicação da Lei 13.303, 1º/7/2016, poderia ser licitado por uma empresa estatal com base na Lei 8.666/93, mesmo que decorrido um prazo elevado. Seria ampliar em demasia uma flexibilidade pensada pelo legislador para harmonizar a transição dos comandos de uma lei nova.

20. Em segundo, o prazo de dois anos definido para a mencionada transição foi suficiente para que todos os procedimentos de adaptação tivessem sido incorporados pelas estatais, seja em relação à definição de seus regulamentos internos, seja no tocante aos ajustes dos estudos desenvolvidos na fase interna. Não seria razoável a alegação de que houve surpresa para a equipe técnica por comandos exigidos em uma nova lei ou de que haveria custos de ajustes para um suposto “inédito” normativo, decorridos 24 meses de sua publicação.

21. Em terceiro, é da data de publicação do edital que as empresas concorrentes têm ciência do objeto a ser licitado e, automaticamente, começam a investir recursos na preparação de suas propostas. A preservação dos comandos contidos em lei anterior visou manter o equilíbrio econômico nos contratos firmados pela Administração com particulares no interregno transitório. Passado esse período, natural que as empresas submetidas à nova lei já tivessem adaptado todos os seus procedimentos¹⁰⁷⁰.

Na ocasião, tendo entendido que seria desproporcional determinar a anulação do certame em função de todos os custos incorridos, o TCU compreendeu oportuno dar ciência à estatal da necessidade de aplicação da Lei nº 13.303/2016 nos procedimentos licitatórios

1070. TCU. Acórdão nº 2.279/2019, o Plenário.

publicados após o prazo limite para aplicação da Lei nº 13.303/2016 (1º/7/2018), mesmo que a fase interna tivesse sido iniciada anteriormente¹⁰⁷¹.

Como destaca Niebuhr¹⁰⁷², o entendimento do TCU foi firmado de forma casuística, ao analisar certo abuso praticado por uma estatal que postergou a aplicação do regime licitatório da Lei nº 8.666/93 para uma licitação, por muitos meses após o fim do período de convivência normativa admitido pela Lei das estatais.

Ademais, importa observar que a interpretação do TCU para aquele caso concreto usou como base normativa o §3º do artigo 91 da Lei nº 13.303/2016, Lei diversa que adota termo diferente para definir o ato jurídico que determina a aplicação da eventual ultratividade:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no caput, ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no caput.

Enquanto a Lei nº 13.303/2016 definiu o "início" da licitação como fato jurídico definidor (tendo o TCU entendido que este início se dá com a publicação do edital), a Lei nº 14.133/2021 faz alusão à "opção por licitar", expressão que, até por pressuposto lógico, indica ato que precede o início da licitação ou a publicação do edital.

Embora relevante o Acórdão do Egrégio TCU, ele não deve ser usado como uma interpretação definitiva para a hipótese aqui em análise, pois, além de tratar-se ali de uma análise casuística, envolve texto normativo (Lei) diferente do aqui analisado.

Assim, conforme outrora alertou a doutrina de Luís Roberto Barroso, "deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo"¹⁰⁷³.

1071. BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações e contratos nas empresas estatais. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

1072. NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 5ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 62 e 63.

1073. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71.