

Processo: 1104835
Natureza: CONSULTA
Consulente: Pedro Augusto Junqueira Ferraz
Procedência: Prefeitura Municipal de Leopoldina
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

TRIBUNAL PLENO – 6/10/2021

CONSULTA. PREFEITURA MUNICIPAL. MUNICÍPIOS COM MAIS DE 20.000 (VINTE MIL) HABITANTES. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI N. 14.133/2021 ANTES DA IMPLANTAÇÃO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PNCP. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PUBLICIDADE DOS ATOS. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL. DIÁRIO OFICIAL.

1. A Lei n. 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, mesmo durante o período em que o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP ainda não havia sido implementado.

2. Os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar e realizar as respectivas contratações em tal local.

3. Os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar as informações que a Lei n. 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial mediante publicação em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveriam disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

PARECER

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) admitir a consulta, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do Regimento Interno;
- II) fixar prejulgamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos:
 - a) a Lei n. 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, mesmo durante o período em que o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP ainda não havia sido implementado;
 - b) os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente

federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar e realizar as respectivas contratações em tal local;

c) os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar as informações que a Lei n. 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial mediante publicação em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveriam disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica;

III) determinar o arquivamento dos autos após o cumprimento das disposições regimentais cabíveis à espécie, em especial do art. 210-D do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Sebastião Helvecio, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 6 de outubro de 2021.

MAURI TORRES
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 6/10/2021

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Pedro Augusto Junqueira Ferraz, prefeito do Município de Leopoldina, por meio da qual apresenta o seguinte questionamento:

A Lei nº 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes (art. 176, p. único) ou somente passará a produzir efeitos quando da implementação do Portal Nacional de Compras Públicas (art. 94)?

O processo foi distribuído à minha relatoria em 26/7/2021, e encaminhado ao meu gabinete na mesma data.

Sobre o questionamento apresentado, a Coordenadoria de Sistematização de Deliberações e Jurisprudência informou que esta Corte não enfrentou, direta e objetivamente, o questionamento nos termos formulados.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

A análise dos pressupostos de admissibilidade da consulta revela que o consulente é parte legítima, uma vez que o questionamento foi subscrito pelo prefeito do Município de Leopoldina e se qualifica, portanto, como autoridade prevista no art. 210-B, § 1º, I, c/c art. 210, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Quanto aos demais pressupostos de admissibilidade, estabelecidos no art. 210-B, § 1º, do Regimento Interno, verifico que a consulta se refere à matéria de competência deste Tribunal de Contas, já que tem relação com a fiscalização de procedimentos licitatórios e de contratos administrativos, pois trata de indagação sobre a aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021, antes da implantação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, previsto no art. 174 da referida lei.

Importante destacar que o questionamento foi protocolizado antes do lançamento oficial do PNCP, ocorrido em 9/8/2021¹. Nesse sentido, reconheço a possibilidade de dúvidas dos gestores sobre a aplicação da Lei n. 14.133/2021, no intervalo entre o início da vigência da referida lei e a instituição do PNCP, bem como das relações jurídicas daí decorrentes.

Ademais, o lançamento do PNCP, em uma versão inicial que não contempla todas as funcionalidades explicitamente referenciadas na norma², pode acarretar dúvidas quanto à aplicação da Lei n. 14.133/2021.

Cumpre mencionar, ainda, que a consulta versa sobre matéria em tese e não sobre caso concreto, contém indicação precisa da dúvida apresentada, e refere-se a questionamento não respondido em consultas anteriores.

¹ Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/pncp-webinar>>. Acesso em 23 de set. de 2021.

² Disponível em <<https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/duvidas>>. Acesso em 23 de set. de 2021.

Diante do exposto, constatada a observância dos pressupostos de admissibilidade previstos no § 1º, incisos I a V, do art. 210-B do Regimento Interno, proponho que a consulta seja conhecida.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Nesse caso eu admito, também a consulta.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Admito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também admito.

FICA ADMITIDA A PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

Mérito

Nos termos relatados, a dúvida do consulente refere-se, em síntese, à possibilidade de aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021 pelos municípios com mais de 20.000 habitantes antes da implementação do PNCP.

Tal dúvida, pelo que se depreende do questionamento, surgiu em razão das disposições do art. 176, parágrafo único, e do art. 94 da Lei n. 14.133/2021. O art. 176, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021, preceitua que, enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes deverão: publicar, em diário oficial, as informações que a referida lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato; bem como disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica. Por sua vez, o art. 94 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que a divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos.

Vale mencionar, ainda, que, de acordo com o *caput* do art. 176 da Lei n. 14.133/2021, os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação da referida lei, para: cumprimento dos requisitos relacionados à promoção da gestão por competência e à designação de agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como à designação do agente de contratação; cumprimento da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica; e cumprimento das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Ressalte-se que o art. 174 da Lei n. 14.133/2021 dispõe sobre a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, bem como à realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

Como amplamente noticiado pelo Governo Federal³, o PNCP deve divulgar informações como sistema de registro cadastral unificado, painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas, bem como a disponibilização do: sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, sistema eletrônico para a realização de sessões públicas, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas – Cnep e sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato.

Assim, a Lei n. 14. 133/2021, a partir da criação do PNCP, busca incrementar a transparência e a publicidade dos atos relacionados aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos, facilitando o exercício do controle social.

A propósito, como sítio eletrônico oficial⁴, conforme preceitua o art. 174 da Lei n. 14.133/2021, constitui relevante instrumento de redução da assimetria de informações entre a Administração Pública e os cidadãos, bem como entre a Administração Pública e seus potenciais fornecedores e prestadores de serviços, em razão da concentração, no referido sítio eletrônico, dos atos e documentos relacionados às licitações e aos contratos administrativos realizados por órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Nesse sentido, no que tange à concretização dos princípios da transparência e da publicidade, o art. 54 da Lei n. 14.133/2021 preceitua que a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no PNCP. Ademais, conforme mencionado anteriormente, o art. 94 da Lei n. 14.133/2021 estatui que a divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos.

Ocorre que, embora a Lei n. 14.133/2021 tenha determinado a utilização do PNCP para divulgação de atos e procedimentos relacionados às licitações por ela disciplinadas, além de condição de eficácia para os contratos administrativos e respectivos aditamentos, o referido portal nacional entrou em operação apenas recentemente, não contando com todas as suas funcionalidades. Vale dizer, o referido portal nacional iniciou a sua operação em 9/8/2021, posteriormente à entrada em vigor da Lei n. 14.133/2021, que ocorreu na data de sua publicação, qual seja, 1º/4/2021, conforme disposto em seu art. 194. Nesse contexto é que

³ Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/governo-federal-lanca-portal-nacional-de-contratacoes-publicas>>. Acesso em 23 de set. de 2021.

⁴ Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

LII - sítio eletrônico oficial: sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o entefederativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades;

surgiu a dúvida do consulente no sentido da obrigatoriedade ou não da aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021 para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, antes da implantação do PNCP.

Sobre a matéria, embora o tema seja recente, surgiram duas correntes.

Para a primeira corrente, a falta de alternativa à utilização do PNCP tornaria ineficaz a Lei n. 14.133/2021, uma vez que a divulgação no mencionado portal eletrônico constituiria condição de eficácia dos contratos e respectivos aditamentos regidos pela nova lei e não poderia ser substituído por outro veículo de comunicação. De acordo com essa solução, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos somente poderia ser aplicada após a plena operação do PNCP, uma vez que divulgação dos editais de licitação deve ser realizada no referido portal, conforme exige o art. 54 da Lei n. 14.133/2021, e a publicação dos contratos e aditivos constitui condição de sua eficácia, imposta pelo art. 94 do citado diploma legal.

Cumprir destacar, nesse sentido, entendimento da Advocacia-Geral da União – AGU, no Parecer n. 2/2021/CNMLC/CGU/AGU, que analisou as condições para utilização da Lei n. 14.133/2021. Dentre as questões abordadas no mencionado parecer, a AGU avaliou o dispositivo que criou o PNCP e concluiu que se trata de norma de eficácia limitada, pendente de complementação normativa para que possa produzir efeitos. Asseverou, por fim, que a ausência de regulamentação do PNCP tornaria a Lei n. 14.133/2021, tecnicamente, ineficaz, conforme se vê dos trechos do parecer reproduzidos a seguir:

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.

[...]

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 reputa 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].

[...]

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.

[...]

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. (Grifei)

Interessante notar que a manifestação da AGU colacionou, de forma sintetizada, os argumentos utilizados por aqueles que defendem a ineficácia da Lei n. 14.133/2021 enquanto não implementado o PNCP. A propósito, com base nos excertos do parecer transcrito, o fundamento para a inaplicabilidade imediata da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos está centrado justamente nos arts. 54, § 1º, e 94, que, respectivamente, estabelecem a divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no PNCP e condicionam a eficácia dos contratos e dos respectivos aditamentos à divulgação no portal.

Relevante destacar que, para aqueles que se filiam a essa tese, a inexistência do PNCP constituiria limitação à aplicação da nova lei, uma vez que a substituição da divulgação no portal pela publicação nos órgãos oficiais consistiria usurpação da competência legislativa e ofensa ao disposto no 191 da Lei n. 14.133/2021⁵, que veda sua combinação com as Leis

⁵ 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.

n. 8.666/1993, n. 10.520/2002 e n. 12.462/2011. Há, ainda, o argumento de que os conceitos de vigência e de eficácia da lei são distintos e que, portanto, apesar de vigente, a nova lei não estaria apta a produzir efeitos.

Por sua vez, para a segunda corrente, a falta de implementação do PNCP, por si só, não impede a aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021 pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Nesse sentido, cito o entendimento de Ronny Charles Lopes de Torres⁶:

174.1 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.133 ANTES DA IMPLANTAÇÃO DO PNCP

Um dos temas mais comentados nos primeiros dias após a publicação da Lei nº 14.133/2021 envolveu a possibilidade, ou não, de aplicação das Lei nº 14.133/2021, em virtude da não implantação do PNCP.

É um tema sensível, no qual podemos identificar, pelo menos, duas correntes, inicialmente nem sempre representadas por escritos, uma vez que pouco se escreveu sobre o tema, mas, sobretudo, através dos eventos, webinars, lives e Congressos realizados em formato *on-line*, que tanto marcaram o período de isolamento social, durante a pandemia COVID-19.

Uma primeira corrente entende que a não implantação do PNCP impede a aplicação da Lei nº 14.133/2021. Esta corrente lastreia sua convicção no elemento literal de interpretação da regra do artigo 94, segundo o qual "a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato".

Ora, defendem alguns, se não há PNCP os contratos não poderão ter eficácia, de forma que não pode haver contratação lastreada no regime jurídico da Lei nº 14.133/2021.

Uma segunda corrente entende que a não implantação do PNCP não impede a aplicação da Lei nº 14.133/2021. Nessa linha, pois defendemos tal segunda corrente de pensamento, ponderamos que há de se encontrar uma solução jurídica que resguarde a definição pelo próprio legislador, de vigência imediata e de possibilidade de experimentação do novo regime no período em que ele pode ser utilizado de maneira alternativa à utilização das leis que ele revogará, como a Lei nº 8.666/93.

No mesmo sentido, Rafael Oliveira defende a possibilidade de aplicação da Lei nº 14.133/2021, mesmo antes da implementação do PNCP, mas ressaltando que é preciso implementar meios pelos quais a publicidade ocorra dentro dos parâmetros legais.

A adoção da primeira corrente, que defende o impedimento, traz alguns desafios práticos que precisam ser ponderados.

Primeiramente, convém perceber que ela curiosamente condiciona a eficácia da Lei a uma ferramenta administrativa (implantação) e não ao Poder Regulamentar. É difícil vislumbrar tal precedente em nosso ordenamento. Ademais, importa argumentar que a aceitação dessa condicionalidade poderia gerar uma situação absurda na qual se o PNCP não fosse implantado até junho 2023, não seria possível aplicar qualquer legislação licitatória, tendo em vista que as Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Lei nº 12.462/2011 já estariam revogadas e a Lei nº 14.133/2021 não poderia ser aplicada!

Óbvio que essa argumentação adota hipótese improvável. Os órgãos competentes têm envidado esforços para avançar na célere implementação do PNCP. Contudo, será que a urgência será um elemento recomendável quanto estamos tratando da inovação mais alvissareira, disruptiva e sensível da Lei nº 14.133/2021?

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.

⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, págs. 817 a 819.

Ademais, essa implementação depende de fatores diversos como, por exemplo, a instauração do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas. Ora, sem essa interação, não há competência formal estabelecida para os atos de implantação e gestão do PNCP. E ela, como já visto, exige a indicação de seus membros não apenas pelo Presidente da República, mas também pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração (representantes dos Estados e do Distrito Federal) e pela Confederação Nacional de Municípios (representantes dos Municípios). Após a indicação e instauração, será necessária ainda a instrumentalização das ações deste Conselho, que deverá contar com o apoio de órgãos públicos já estabelecidos, para a execução das atividades necessárias à implementação, execução e gestão operacional do PNCP.

Atos praticados antes da instauração do Comitê possuem potencial de contaminação pelo vício jurídico de incompetência, exigindo convalidação posterior. Por isso, entre outros motivos, qualquer precipitação, infelizmente, trará mais riscos de críticas e atropelos do que ganhos, no desenvolvimento dessa importante inovação da Lei nº 14.133/2021. Reiteramos, a de maior potencial, mas também a mais sensível e complexa.

Ademais, o elemento literal ignora que há outras funcionalidades obrigatórias no PNCP. Por exemplo, o artigo 87 define que os órgãos e entidades da Administração Pública "deverão" utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

A prestigiar-se o elemento literal e a imprescritibilidade de implantação do PNCP, esta condicionaria todas as solicitações que adotassem registro cadastral, impedindo-as, até que fosse regulamentado o tema e implantado o registro cadastral unificado do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Quanto tempo será necessário para esta implantação? O aguardo dessa implantação, baseada no elemento literal, não ignora o elemento sistemático? Não desrespeita a regra da própria Lei que define sua vigência imediata e estabelece um prazo de experimentação, conforme regramento definido pela leitura conjunta dos artigos 191 e 193?

Acreditamos que mais acerto apresenta a segunda corrente, pela qual a não implantação do PNCP não impede a aplicação da Lei nº 14.133/2021, sendo necessária a construção de uma solução jurídica para enfrentar esse intrincado dilema, resguardando efetividade à vigência imediata estabelecida pelo legislador.

Em nossa opinião, a solução jurídica, baseada em uma interpretação lastrada no elemento sistemático, defende não apenas a vigência imediata, mas também a aplicabilidade imediata da Lei, resguardadas as condicionalidades atinentes à necessidade da regulamentação para aplicação de alguns dispositivos e da capacitação e esmerada preparação do órgão ou entidade para cumprir com todas as exigências legais.

Nessa linha parece apontar Rafael Oliveira, ao corretamente ponderar que há pontos na nova lei que de fato carecem de uma regulamentação para terem a devida eficácia jurídica, embora existam outros "que podem ter aplicação mesmo sem regulamentação", pois, "de um modo geral, seria até possível dizer que, salvo casos específicos, os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 são dotados de densidade normativa hábil a uma aplicação sem regulamentação".

Conforme ensinamentos de Juarez Freitas, a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação dentre várias possíveis, fixando alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.

Para tanto, enquanto não fosse efetivamente implantado o PNCP, seria possível que a publicidade dos editais fosse realizada nos termos admitidos pela própria Lei nº 14.133/2021.

Vale lembrar que o § 3º do artigo 25 define expressamente que "todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso" ⁷

Outrossim, o § 2º do artigo 54 definiu como instrumento adicional ao PNCP, a divulgação 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".

Na mesma linha, o parágrafo único do artigo 72 define que o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Ora, enquanto não implantado o PNCP, esses instrumentos obrigatórios ou alternativos atenderam a obrigatoriedade de publicidade dos atos pertinentes às licitações e contratações públicas.

Essa compreensão retira a pressa e o açodamento para a implantação dessa ferramenta, permitindo que os órgãos competentes possam enfrentar, com o tempo necessário, os enormes desafios para algo tão importante que pode, sendo explorado em seu potencial, mudar a realidade das contratações públicas no Brasil.

Por oportuno, vale mencionar também, representando a segunda corrente, o entendimento de Rafael Sérgio de Oliveira⁷, que, inclusive, foi mencionado por Ronny Charles Lopes de Torres na citação anterior:

Ocorre, entretanto, que o PNCP ainda não está implementado, mas a nova lei já está em vigor (art. 194) e ela oferece ao gestor público a possibilidade de aplicá-la de imediato (art. 191), conforme critérios de oportunidade e conveniência. Sendo assim, há de se considerar a Nova Lei de Licitações no seu todo. Por isso, é preciso buscar implementar um meio pelo qual a publicidade ocorra dentro dos novos parâmetros legais, que podem ser verificados no art. 6º, LII, da Lei nº 14.133/2021.

Esse dispositivo traz o conceito de "sítio eletrônico oficial", que é "sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades".

Notamos que o novo regime de contratação pública nacional preza por uma verdadeira virtualização do processo de contratação pública (art. 12, VI, c/c o § 2º do art. 17, ambos da Lei nº 14.133, de 2021). Nesse ponto, a nova lei substitui a "imprensa oficial", do art. 6º, XIII, da Lei nº 8.666/1993, pelo "sítio eletrônico oficial" (art. 6º, LII, do novo diploma). Este último, nos termos de sua definição, preza por: a) publicidade das informações (dos atos) por meio digital na internet; b) certificação digital do sítio por autoridade certificadora; c) centralização das informações do ente federativo em um único sítio.

Conforme já dito, o PNCP é, por definição expressa do art. 174 da Lei nº 14.133/2021, um sítio eletrônico oficial, motivo pelo qual deve atender todos esses requisitos do inciso LII do art. 6º da NLLCA, sendo que conta ainda com uma maior centralização da publicidade dos atos, já que em sua plataforma são publicadas as ações de todos os entes da federação. Por isso que afirmamos nas linhas passadas que esse Portal Nacional é o sítio eletrônico do inciso LII do art. 6º, sendo que ampliado.

Nesse prumo, enxergamos que a publicidade oficial dos atos de aplicação da Nova Lei de Licitações nos termos do inciso LII do seu art. 6º é o meio que mais se aproxima dos parâmetros legais de divulgação dos atos de aplicação desse novo diploma. Além disso,

⁷ Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/04/29/a-aplicacao-da-nova-lei-de-licitacoes-prescinde-do-pncp/>. Acesso em 23 de set. de 2021.

essa é uma hermenêutica que considera o que está posto na lei e a realidade fática de boa parte da Administração Pública nacional.

Dizemos isso porque muitos dos **diários oficiais eletrônicos** das unidades federadas atendem a esses requisitos legais (disponibilidade na internet e certificação), razão pela qual entendemos que a solução transitória, até que seja implementado o PNCP, é que cada ente da federação concentre a publicação dos atos exigidos pela Lei nº 14.133/2021 em um sítio eletrônico oficial, que pode ser os respectivos diários eletrônicos oficiais digitalmente certificados.

Em outras palavras, o que verificamos é que a NLLCA exige a implementação do PNCP e a consequente divulgação dos atos nesse Portal, mas isso não significa dizer que o PNCP é imprescindível para aplicação da nova lei. A partir dos parâmetros de publicidade e transparência fixados nesse novo diploma, é possível encontrar meios disponíveis de divulgação que se encaixam perfeitamente nos padrões do regime recém-inaugurado.

Ao se seguir esse padrão legal de publicidade (art. 6º, LII, da Lei nº 14.133/2021), o único elemento contido no PNCP que não seria atendido seria a concentração nacional da publicidade dos atos relativos à contratação pública do novo sistema. Ainda assim, não se vê, dada a situação transitória, agressão à lei. É sabido que o Direito deve ser compreendido tendo em conta as condições legais e fáticas (art. 20 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). A hermenêutica dos textos legais não pode prescindir da realidade fática. No caso, a ausência do PNCP com a possibilidade de aplicação imediata da lei pode ser resolvida com a publicidade dos atos em padrões equivalentes ao do PNCP, que, no caso, é o inciso LII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, sendo que este último dispositivo exige uma concentração da publicidade apenas por ente federativo, ou seja, local, regional ou federal.

Salientamos que, no caso dos estados e municípios, ainda há uma questão de respeito às suas autonomias federativas. É sabido que a implementação do PNCP é de responsabilidade da União, ente federativo que o criou no art. 174 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Desse modo, não é possível, dentro dos parâmetros federativos, condicionar à opção dos estados e municípios assegurada no art. 191 da Lei nº 14.133/2021 a uma ação da União. Vale aqui a atuação subsidiária dos demais entes da federação até que a União implemente a condição necessária para a concentração nacional da publicidade dos atos relativos à execução da nova lei em formato digital. (Grifo no original)

Com efeito, após o exame dos fundamentos expostos pelas duas correntes, filio-me ao entendimento defendido pela segunda corrente no sentido de que a aplicação imediata da Lei n. 14.133/2021 independe da implantação do PNCP. Assim, considero que a solução da questão deve ser buscada na própria Lei n. 14.133/2021 a partir de uma interpretação sistemática, servindo para regular a matéria no breve período entre a vigência da referida lei, ou seja, 1º/4/2021, e a data de implantação do PNCP, que ocorreu em 09/08/2021.

Nessa esteira, o art. 175 da Lei n. 14.133/2021 preceitua que sem prejuízo do disposto no art. 174 da referida lei (criação e utilização do PNCP), os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

Assim, para aqueles entes federativos que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, entendo que a divulgação e a realização das respectivas contratações poderiam ser realizadas em tal local, antes da implantação do PNCP.

Por sua vez, para aqueles entes federativos que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, entendo que a solução deve ser buscada no parágrafo único, incisos I e II, do art. 176 da Lei n.

14.133/2021, ou seja, antes da implantação do PNCP as informações que a referida lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial poderiam ser publicadas em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveria ser disponibilizada a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

A propósito, no mesmo sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro – TCERJ, que reconheceu a eficácia imediata da Lei n. 14.133/2021, por considerar que a omissão temporária da Administração Pública não pode limitar a aplicação da nova lei, *in verbis*:

CONSULTA SOBRE A FORMA DE PUBLICIDADE DE ATOS E CONTRATOS PRATICADOS SOB A INCIDÊNCIA OPTATIVA DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES Nº 14.133/21, ENQUANTO NÃO IMPLEMENTADO O PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – PNCP. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NOVA LEI, AINDA QUE A PUBLICIDADE SEJA CONFERIDA POR OUTRAS FORMAS, QUE NÃO A PREVISTA NA PRÓPRIA LEI E AINDA NÃO IMPLEMENTADA. POSSIBILIDADE DE PUBLICIDADE NOS SÍTIOS OFICIAIS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, ATÉ QUE SEJA IMPLEMENTADO O PNCP. NOVA LEI COM VIGÊNCIA E EFICÁCIA IMEDIATAS, NÃO PODENDO ESTA ÚLTIMA RESTAR LIMITADA POR OMISSÃO TEMPORÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONHECIMENTO. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO. ARQUIVAMENTO.

[...]

Em resumo, reforço que a Lei Federal nº 14.133/21, possui vigência e eficácia imediatas, caso a Administração Pública contratante opte, no período de transição legislativa estabelecido pelo art. 193, II, do novo Estatuto Licitatório, pela aplicação desta norma jurídica em detrimento da Lei Federal nº 8.666/93 – esta última, vigente até 01/04/2023.

Logo, estando em vigor, sua eficácia não pode se condicionar a atos materiais relacionados à implementação de banco de dados específico, voltado à unificação do dever de publicidade e transparência ativa de todos os entes federativos e órgãos públicos. Este dever antecede a nova Lei, sempre existiu e sempre existirá, eis que decorrente dos princípios constitucionais basilares aplicáveis à Administração Pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Por conseguinte, enquanto não for implementado o portal unificado para publicidade de atos – unilaterais e bilaterais – decorrentes de contratações públicas, devem os diversos órgãos públicos contratantes continuar a conferir publicidade pelos meios atualmente utilizados, com maior enfoque na utilização da rede mundial de computadores, por meio dos sítios eletrônicos oficiais.

Em acréscimo, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB¹ dispõe que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”. Sem dúvida, o fim social *in casu* é tornar as contratações públicas mais transparentes e as informações a ela inerentes acessíveis a todos, permitindo o controle social como o bem comum almejado. Isso deve ser alcançado pelos meios disponíveis que maximizem estes objetivos.

Dessa maneira, a melhor interpretação a ser conferida ao art. 94 da Lei Federal nº 14.133/21 reflete a ideia de que a publicação no referido portal unificado (PNPC) somente será condição para eficácia dos contratos após a sua efetiva criação.

Nesse sentido, a conclusão das instâncias técnicas precedentes é certa: enquanto não implementado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), a Administração poderá publicar os atos decorrentes de licitações e contratos com fundamento na Lei

Federal nº 14.133/2021 em diário oficial e sítio eletrônico oficial do próprio ente federativo, desde que este atenda ao disposto no inciso LII do artigo 6º da Lei Federal nº 14.133/2021.

Não obstante a tudo isso, verifico que o Governo Federal lançou no último dia 09/08/2021² o referido Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, acessível pelo endereço eletrônico <https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp>. Neste link de acesso, o usuário pode se cadastrar, tirar dúvidas, consultar o manual de integração do sistema, dentre outras atividades.

Ressalto, ainda, que na mesma data do lançamento do Portal, foi editado o Decreto Federal nº 10.764/21 criando o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, de que trata o art. 174, §1º, da Lei Federal nº 14.133/21. Diante disso, o Ministério da Economia ainda nomeará os integrantes do Comitê por meio de Portaria própria.

Como se vê, a implementação do PNCP e do respectivo Comitê Gestor ainda está em sua fase inicial, o que permite a esta Corte encaminhar resposta a esta consulta nos termos delineados anteriormente, com a ressalva de que devem os entes federados e seus diversos órgãos públicos aderirem ao Portal tão logo possível, observada a regra de transição legislativa estabelecida pela nova Lei.

[...]

II – pela **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao consulente para que tome ciência da decisão desta Corte, com a seguinte diretriz:

Enquanto não implementado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), a Administração poderá publicar os atos decorrentes de licitações e contratos com fundamento na Lei Federal nº 14.133/2021 em diário oficial e sítio eletrônico oficial do próprio ente federativo, desde que este atenda ao disposto no inciso LII do artigo 6º da Lei Federal nº 14.133/2021. (TCERJ. Processo n. 213.818-2/21. Relatora: Conselheira Marianna Montebello Willemann. Plenário. Data da sessão: 25/8/2021). (Grifo no original)

Diante do exposto, proponho a seguinte resposta à indagação do consulente:

- a) a Lei n. 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, mesmo durante o período em que o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP ainda não havia sido implementado;
- b) os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar e realizar as respectivas contratações em tal local;
- c) os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar as informações que a Lei n. 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial mediante publicação em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveriam disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, em preliminar, proponho que seja admitida a consulta, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos no § 1º do art. 210-B do Regimento Interno.

No mérito, proponho que seja fixado prejulgamento de tese, com caráter normativo, nos seguintes termos:

- a) a Lei n. 14.133/2021 tem aplicação imediata para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes, mesmo durante o período em que o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP ainda não havia sido implementado;
- b) os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que dispõem de sítio eletrônico oficial, que a Lei n. 14.133/2021 em seu art. 6º, inciso LII, conceitua como sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar e realizar as respectivas contratações em tal local;
- c) Os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes que não dispõem do referido sítio eletrônico oficial, poderiam, antes da implementação do PNCP, divulgar as informações que a Lei n. 14.133/2021 exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial mediante publicação em diário oficial, admitida a publicação de extrato, e, ainda, deveriam disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Após o cumprimento das disposições regimentais cabíveis à espécie, em especial do art. 210-D do Regimento Interno, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também estou de acordo.

APROVADA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

* * * * *