

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE FEIRA DE SANTANA**

**PROCESSO Nº 02753e22**

**PARECER Nº 00321-22**

**EMENTA:** CONSULTA. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DIRETA. DISPENSA. LIMITES PREVISTOS NA LEI. SOMATÓRIO DE DESPESAS. OBSERVÂNCIA AO PLANEJAMENTO ANUAL.

É possível que o Município realize dispensa de licitação, com base nos limites estabelecidos no art. 75, incisos I e II, da Lei 14.133/21, mesmo que já tenha realizado contratação direta por dispensa com base no art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/93, desde que se abata o valor da contratação direta já realizada para que o valor não ultrapasse o limite estabelecido pela Lei 14.133/21.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. José Marcondes de Carvalho, Secretário Municipal de Administração da Prefeitura de Feira de Santana/BA, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 02753e22, através da qual solicita-nos informações sobre a *“contabilização para o limite estabelecido pela nova Lei de Licitações.”*

Diante dos fatos narrados, questiona-nos o seguinte:

1. Na hipótese da implantação da Dispensa Eletrônica em meados de 2022 (Ex.: 01/07/2022) como deve se dar a contabilização para o limite estabelecido pela nova Lei, ou seja, as Dispensas anteriormente realizadas pela Lei 8.666, devem ser consideradas para a contabilização para o limite estabelecido para os Incisos I e II do Art. 75 da Lei 14.133/21? Ex.: Determinado item/subclasse teve uma compra por dispensa Art 24 Inciso II da Lei 8.666/93, após a implantação da Lei 14133/21, é possível comprar R\$ 50.000,00 deste item/subclasse ou deve-se abater os R\$ 15.000,00, permitindo apenas a diferença (35.000,00)?

2. De que forma pode ser considerada, para efeito contabilização do limite estabelecido pela Lei 14.133/21 nos incisos I e II do Art. 75, a relação com as demais modalidades licitatórias? Ex.: Caso ocorra uma compra de um item/subclasse por licitação por Pregão Eletrônico no valor de R\$ 200.000,00, será permitida uma nova compra deste mesmo item/subclasse por dispensa eletrônica utilizando o inciso II do Art. 75 por exemplo?”

Em caráter preliminar, importante registrar que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **por força do artigo 3º, §4º, da Res. TCM nº 1.392/2019 - Regimento Interno, são confeccionados sempre em tese,** razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado, inclusive os vivenciados pelo Município de Feira de Santana/BA.

Ademais, antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Prestados tais esclarecimentos inaugurais, tem-se que é de conhecimento geral que no dia 01 de abril de 2021, entrou em vigor a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021. E como qualquer norma que se insere no ordenamento jurídico, é preciso aguardar certo tempo para que a comunidade acadêmica e os operadores do Direito absorvam os novos institutos e conceitos.

Consoante estabelece o art. 194, a nova lei de licitações tem vigência imediata. Além disso, é importante considerar que o novo diploma não revogou a antiga lei geral, Lei nº 8.666/93, nem a Lei do Pregão (L. 10.520/2002), nem do Regime Diferenciado das Contratações – RDC (L. 12.462/2011), o que somente ocorrerá após decorridos 2 (dois) anos da publicação da lei nova. Vide dispositivos trazidos pelos arts. 191 e 193:

**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.** (...)

**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. (grifos aditados)

Portanto, o legislador previu um tempo de adaptação de dois anos, interregno em que as duas leis gerais de licitação coexistirão, porém com a VEDAÇÃO expressamente prevista no art. 191, que é a aplicação combinada entre elas.

Dizendo de outro modo, durante o próximo biênio os órgãos públicos poderão optar por continuar utilizando as Leis Tradicionais/Antigas (leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011), utilizar a Nova Legislação (lei nº 14.133/2021), ou alternar os regimes em procedimentos DISTINTOS, **sendo PROIBIDA a aplicação combinada dos diferentes diplomas.**

Ao escolher o regime, a opção deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta. O Edital definirá o regime jurídico a ser utilizado, se o novo OU o antigo, mas nunca os dois no mesmo procedimento. Revela-se, ainda, que o regime do contrato acompanha o regime da licitação, conforme se depreende da leitura do art. 190 da Lei nº 14.133/2021: *“O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada”*.

A Nova Lei de Licitações e Contratos, assim, não poderá ser aplicada aos ajustes firmados antes da sua vigência, regra esta que se encontra em harmonia ao art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal que proíbe a aplicação retroativa da Lei nova para afetar ato jurídico perfeito e direito adquirido.

O doutrinador Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários às Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, tratando sobre a Nova Lei nº 14.133/21, assim leciona:

*“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 anterior.”*

Desta forma, o edital funciona como ato jurídico perfeito, não podendo a Nova Lei modificar as condições já estabelecidas em tal instrumento, que foram provenientes da legislação pretérita.

Ainda sob o entendimento desse ilustre doutrinador, tratando a respeito dos contratos, registre-se que os ajustes que, muito embora tenham sido assinados após a entrada em vigor da Nova Lei, tiverem sido provenientes de licitações anteriores a este novo diploma, não poderão sofrer inovações significativas, que estejam previstas na Lei nº 14.133/21, vez que as condições presentes nos mesmos foram acordadas em conformidade à legislação anterior.

Corroborando com essa tese, o parágrafo único, do art. 191, da Lei 14.133/21 dispõe que *“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 vigência.”*

Desta forma, depreende-se que se a Administração realizar, após a entrada em vigor da Nova Lei, uma licitação com base na legislação antiga, o contrato que vier a ser ajustado deverá ser regido também pela lei anterior durante toda a sua vigência.

Esta regra significa que, como já dito anteriormente, durante o próximo biênio, o Poder Público poderá optar por aplicar a legislação passada ou a nova lei, não podendo, todavia, conjugar os diferentes regimes num mesmo procedimento.

Fazendo um breve resumo das regras aqui expostas, temos que:

- a)** Licitação promovida sob a égide da Lei pretérita, cujo contrato foi assinado após a entrada em vigor da Nova Lei – o contrato deverá ser regido pela Lei antiga, que disciplinou o procedimento licitatório correspondente;
- b)** Licitação e contrato promovidos antes da entrada em vigor da Lei Nova, continuarão sendo disciplinados pela Lei antiga, mesmo vigendo o novo regime;

c) Impossibilidade de conjugação dos dois diplomas legais num mesmo procedimento licitatório.

Tratando mais especificamente sobre a pergunta do Consultente, ressalta-se que a Nova Lei de Licitações e Contratos prevê em seu art. 75, incisos I e II da forma que segue:

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

No §1º, do referido artigo, resta previsto que:

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Observa-se, assim, que a Administração não poderá considerar o valor isolado de uma contratação, mas o somatório de valores no exercício financeiro para analisar o cabimento da dispensa de licitação.

Fazendo uma comparação com o art. 24, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, este assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Da leitura dos aludidos artigos da Lei 14.133/21 e da Lei 8.666/93, que preveem a dispensa por valor, podemos destacar as seguintes diferenças:

a) Na Lei nº 14.133/21, os limites da dispensa são de R\$ 100.000,00 e de R\$ 50.000,00, respectivamente quanto às hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 75. Já na Lei nº

8.666/93, os limites estabelecidos para cabimento da dispensa pelo valor, atualizados pelo Decreto Federal nº 9.412/2018, são de R\$ 33.000,00 e de R\$ 17.600,00, respectivamente para o quanto previsto nos incisos I e II, do art. 24. Percebe-se que a Nova Lei aumentou os limites de valor para cabimento de contratação direta por dispensa de licitação.

b) Outra importante diferença reside no fato de que a Lei nº 14.133/21, em seu inciso I, do art. 75, além de se referir a obras e serviços de engenharia, incluiu os serviços de manutenção de veículos automotores, que não estão previstos no inciso I, do art. 24, da Lei 8.666/93.

Faz-se pertinente informar que tanto a Lei 8.666/93 quanto a Nova Lei de Licitações **não permitem que a dispensa se refira a parcelamento de uma mesma obra ou serviço.** A única diferença é que a Lei antiga traz esta previsão já na redação dos incisos I e II, do art. 24, e a Nova Lei traz esta ressalva no seu §1º, do art. 75, acima transcrito.

Assim, adequando as regras acima registradas acerca da transição entre os dois regimes de licitação para responder à pergunta desta Consulta, tem-se que o Município poderá aplicar a Lei nº 14.133/21 para realizar uma contratação direta por dispensa, **desde que verificada a integralidade da disciplina desta Lei nº 14.133/21 sobre todo o processo de contratação, inclusive desde a etapa preparatória.**

Estando, desta forma, o Município autorizado a utilizar o art. 75, incisos I e II, da Lei nº 14.133/21, vez que se tratam de dispositivos autoaplicáveis, sem necessidade de regulamentação, deverá o Gestor avaliar se já foi feita alguma contratação direta do mesmo objeto no mesmo exercício financeiro, com base no art. 24, inciso I ou II, da Lei 8.666/93.

Caso a Administração já tenha promovido uma contratação direta por dispensa de licitação, com base no inciso I ou II, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, **no mesmo exercício financeiro**, poderá o Gestor realizar uma nova contratação direta com base nos limites dispostos no art. 75, inciso I ou II, da Lei nº 14.133/21, **desde que ele abata o valor da contratação direta, fundamentada na Lei 8.666/93, já realizada, com vistas a não se**

**ultrapassar o limite previsto pelo art. 75, inciso I ou II, da Lei nº 14.133/21.**

Desta forma, se o Município, por exemplo, já tiver realizado uma contratação direta com base no art. 24, inciso I, da Lei 8.666/93, de um determinado serviço, no valor de R\$ 33.000,00, somente poderá promover uma contratação direta por dispensa do mesmo serviço, no mesmo exercício, com base no art. 75, inciso I, no valor de R\$ 67.000,00, com vistas a não se ultrapassar o limite de R\$ 100.000,00.

Em face ao exposto, **respondendo objetivamente ao que nos foi indagado no primeiro questionamento**, é possível que o Município realize dispensa de licitação, com base nos limites estabelecidos no art. 75, incisos I e II, da Lei 14.133/21, mesmo que já tenha realizado contratação direta por dispensa com base no art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/93, **desde que se abata o valor da contratação direta já realizada para que o valor não ultrapasse o limite estabelecido pela Lei 14.133/21.**

Na sequência, volvendo-se ao exame da temática do segundo questionamento, cumpre-nos pontuar que a contratação direta permanece como exceção na nova Lei, devendo, portanto, ser planejada anualmente com estimativas, a fim de que o somatório dos valores contratados não ultrapasse o limite da dispensa, de modo a evitar o fracionamento, o que é absolutamente repudiado pelos Tribunais de Contas.

Assim, para que não se incorra nesse ilícito administrativo, o Gestor municipal deve observar o planejamento realizado para o referido exercício financeiro, considerando, independente da legislação escolhida para determinada contratação direta, a previsão anual de gastos para aqueles itens de despesa.

Segundo o Professor Jacoby Fernandes<sup>1</sup> *“a garantia da continuidade do serviço público se faz pela imposição do dever do planejamento; pela harmonização do planejamento com o plano plurianual - PPA, com a lei de diretrizes orçamentárias - LDO e com a lei orçamentária anual – LOA”*.

1 CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES LEI Nº 14.133/2021; Capítulo 1 – p. 26.

Dessa forma, temos, nessa breve análise, que não basta o gestor escolher utilizar a nova Lei, animado pelos novos limites. A opção por utilizar os novos limites da dispensa de licitação, trazidas pela Lei nº 14.133/2021, está atrelado ao planejamento. Inclusive, a NLLC prevê, em seu artigo 73, que, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Sobre o fracionamento, o mestre Jacoby Fernandes ensina como sendo a "conduta do administrador que, pretendendo definir a modalidade de licitação inferior à devida ou deixar de realizar a licitação, reduz o objeto para alcançar valor inferior e realiza várias licitações ou dispensas para o mesmo objeto." (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. In: Contratação direta sem licitação, 5 ed., Brasília Jurídica, 2003, p. 149)

Já de acordo com o Manual de Licitações do Tribunal de Contas da União, fracionamento, "à luz da Lei de Licitações, caracteriza-se quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta".

Ademais, insta anotar o alerta trazido no artigo intitulado "O fracionamento ilegal na nova lei de licitações" do Prof. Ronaldo Corrêa (2021):

"Para o controle do fracionamento ilegal de licitação, deve ser levado em conta o somatório de todas as despesas realizadas ou previstas para o exercício financeiro, independentemente da modalidade ou do regime jurídico adotado. A motivação do ato de dispensar a licitação por conta do valor estimado com base na Lei nº 8.666, de 1993, não pode ser desconsiderada quando o órgão precisar realizar nova contratação no mesmo exercício, adotando a nova lei de licitações." (<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/222438>)

Deste modo, o Gestor municipal não tem possibilidade de fruir de cota adicional de dispensa em razão do valor com a vigência da nova Lei de Licitações em 2021, desvinculada da fundamentação por ventura adotada anteriormente para justificar uma dispensa de licitação por valor, amparada na Lei nº 8.666/1993; devendo se ater ao planejamento estimado realizado para o referido exercício financeiro, considerando, independente da legislação escolhida para determinada contratação direta, a previsão anual de gastos para aqueles itens de despesa.



Dito isso, repisa-se que, além dos limites consolidados na legislação, **o gestor deve sempre prezar pelo planejamento eficiente, a fim de evitar o fracionamento de despesas** em diferentes processos das contratações pela administração. Esse procedimento, além de trazer prejuízo ao erário, é amplamente rechaçado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, vejamos:

“Não devem ser contratados serviços e/ou realizadas compras de objetos semelhantes por dispensa de licitação, quando o total das despesas anuais não se enquadrar no limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993.” (Acórdão 2762/2012, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 24.04.2012)

“O fracionamento de despesas até o limite do valor de dispensa previsto no art. 24, inciso II, da Lei de Licitações, quando caracterizada deliberada intenção de fugir ao procedimento licitatório, enseja a aplicação ao gestor da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.” (Acórdão 3153/2011, Rel. Ministro José Jorge, 30.11.2011)

“A possibilidade de dispensa de licitação por valor é condicionada a que o valor limite nela fixado não constitua parcela de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.” (Acórdão 4748/2009, Rel. Ministro Augusto Nardes, 01.09.2009)

“Deve ser evitado o desvirtuamento da dispensa de licitação por valor, a partir da realização fracionada e indevida de despesas de mesma natureza.” (Acórdão 2157/2011, Rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, 17.08.2011)

**“É irregular o fracionamento de despesas para fugir da modalidade licitatória cabível.”** (Acórdão 335/2010, Rel. Ministro Raimundo Carreiro, 02.02.2010)

**“O gestor público deve realizar, periodicamente, planejamento eficaz de aquisição de bens semelhantes, a fim de afastar a possibilidade de fracionamento ilegal de despesas e fuga a procedimento licitatório.”** (Acórdão 5266/2008, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 02.12.2008)

“O uso indiscriminado e vicioso de dispensas de licitação caracteriza o fracionamento de despesas e, conseqüentemente, fuga ao necessário procedimento licitatório.” (Acórdão nº 2643/2008, Rel. Ministro Augusto Sherman, 19.11.2008)

**“As compras e a contratação de serviços durante o exercício financeiro devem ser planejadas adequadamente, de forma a evitar a prática de fracionamento de despesas, observando-se os limites para aplicação correta das modalidades de licitação.”** (Acórdão 409/2009, Min. Rel. Marcos Bemquerer, 10.02.2009)

“Veda-se a contratação por dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso II, da Lei 8.666/1993 quando o somatório dos gastos realizados ao longo do exercício com determinada despesa supera o limite imposto pelo dispositivo supradito. Devem ser contratados na mesma licitação, os objetos de futuras contratações que sejam similares por pertencerem a uma mesma área de atuação ou de conhecimento.” (Acórdão 3550/2008, Rel. Ministro Marcos Bemquerer, 21.10.2008)

“As compras devem ser planejadas por exercício, mediante processo licitatório, evitando-se compras diretas com dispensa de licitação, a partir de fracionamento da despesa.” (Acórdão 2636/2008, Rel. Ministro Valmir Campelo)( grifos aditados)

Orienta-se, então, que as contratações sejam **sempre precedidas de planejamento eficaz**, de maneira que se comprove a vantagem econômica para a administração. Portanto, **respondendo objetivamente ao segundo questionamento**, deve o gestor atentar-se para os limites estabelecidos no § 1º do art. 75 da Lei 14.133, além da observância ao planejamento adequado, a fim de evitar o fracionamento de despesas, uma vez que são esses os limites para efeito de contabilização dos valores da dispensas de licitação.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, elaborada de acordo com os subsídios fornecidos pelo Consulente.

É o parecer. À consideração superior.

Em, 03 de março de 2022.

Flavia Scolese Ribeiro  
Assessora Jurídica

Bernardo Lopez Souto Maia  
Estagiário de Direito