



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

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

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE MACARANI**

**PROCESSO Nº 05675e22**

**PARECER Nº 00679-22**

**EMENTA:** CONSULTA. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. LEI Nº 14.133/2021. DISPENSA EM RAZÃO DO VALOR. REGRAMENTO PREVISTO NO §3º, DO ART. 75 DA LEI. INTERPRETAÇÃO DO TERMO “PREFERENCIALMENTE”.

a) As hipóteses de dispensa estão previstas no art. 75 da Lei nº 14.133/2021, que trouxe, dentre outras novidades, particularidades como a destacada no parágrafo 3º.

b) Em uma análise sistemática da Lei deve a Administração Pública observar os princípios estabelecidos no art. 5º, bem como os objetivos elencados no art. 11, destacando-se a transparência, a igualdade de tratamento aos interessados e o resultado de contratação mais vantajosa.

c) À luz da norma disciplinada pelo §3º do art. 75 da nova Lei de Licitações, foi editada a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, a qual institui o Sistema de Dispensa Eletrônica na Administração Pública Federal, tornando obrigatória a publicização do aviso de contratação nos processos de dispensa. Essa Instrução não vincula os outros Entes Federados, mas assinala que a tendência é utilizar a dispensa de licitação eletrônica.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Vinícius Costa Silva, Procurador Jurídico do Município de Macarani/BA, endereçada a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, por meio do expediente aqui protocolado sob o nº 05675e22, através da qual solicita-nos informações sobre “as contratações de que tratam os incisos I e 1/ do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial”.

Diante dos fatos narrados, questiona-nos o seguinte:

“- O art. 75, § 3º da Lei nº 14.133/2022, preceitua:

*“As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão **preferencialmente** precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa”. (Grifou-se)*

Nesse caso, os avisos de dispensa devem preferencialmente ser publicados no Diário Oficial do Município?

Quando seriam as hipóteses de não publicação, já que a lei usa o termo preferencialmente?

Os municípios podem regulamentar esse tema, através de lei municipal, estipulando valores menores que 50.000,00 (cinquenta mil reais) (valor limite para dispensa) cujo aviso de dispensa não necessite ser publicado? (por exemplo, lei municipal estipula que para as dispensas de até R\$ 20.000,00 não há obrigatoriedade de publicação do aviso no Diário Oficial, e acima desse valor, há obrigatoriedade de publicação)”.

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 Macarani/BA.

Registre-se, porque necessário, que o Tribunal de Contas não pode atuar em substituição ao assessor jurídico ou contábil de seus jurisdicionados, nem se presta a validar atos dos gestores municipais. Isso porque, em matéria de consulta, compete a esta Corte apenas a resolução de dúvida de jurisdicionado acerca da aplicação da lei.

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**.

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.

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.

Pois bem; tratando mais especificamente sobre o questionamento do Consultante, passa-se ao exame da contratação direta em razão do valor, hipóteses de dispensa previstas no art. 75, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021, e as particularidades trazidas pelo parágrafo 3º, a saber:

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;  
(...)

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão **preferencialmente** precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. (grifos nossos)

Têm-se que os procedimentos trazidos pelos dispositivos supramencionados são novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021.

Assim, da leitura do parágrafo 3º do art. 75 da Lei 14.133/2021, entende-se que para realizar um procedimento de dispensa motivada por baixo valor, a Administração Pública deveria, inicialmente, fazer a divulgação desta contratação em site oficial, com prazo mínimo de três dias úteis para que possíveis interessados possam ter conhecimento. O objetivo que se pretende é de selecionar a proposta mais vantajosa e para isso a Administração deverá valer-se dos princípios da publicidade e transparência.

O legislador ao instituir esse dispositivo nos processos de contratações por dispensa confere publicidade aos atos, possibilitando os particulares que atuam no ramo do objeto

a apresentarem suas propostas, evitando-se abusos ou desvios, aumentando as chances de selecionar a proposta mais vantajosa, o que se constitui em obrigação do administrador.

Veja que o objetivo trazido pelo §3º, art. 75, da Lei 14.133/2021, está sistematicamente relacionado aos princípios trazidos pelo artigo 5º da Lei nº 14.133/2021, que deverão ser obrigatoriamente observados pela Administração Pública, in verbis:

#### DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **publicidade**, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da **igualdade**, do planejamento, da **transparência**, da **eficácia**, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (g.n)

Em paralelo a isso, verifica-se também total relação com os objetivos trazidos pelo artigo 11 da mencionada Lei, que apresentou novos elementos conceituais ao processo licitatório, a exemplo dos instituídos pelos incisos I, onde o conceito de vantajosidade vai além da seleção da proposta mais vantajosa, mas de assegurar que essa proposta esteja apta a gerar resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto. Também foi previsto no inciso II desse artigo, que um dos objetivos do processo licitatório é assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição.

Seguindo esse raciocínio, Ronny Charles de Torres, na obra “Leis de Licitações públicas comentadas”, 12. ed. rev., ampl. E atual – São Paulo, 2021, p. 417, explica:

#### “75.1.4 DISPENSA DE PEQUENO VALOR E PROCEDIMENTO ELETRÔNICO

Segundo o §3º, as dispensas de pequeno valor serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Trata-se de interessante mudança na formatação da contratação por dispensa.

Se, antes, a captação de propostas era feita de forma direta, sem prévia

publicidade, agora o legislador exige prévia divulgação do interesse em obter propostas, através de aviso em sítio eletrônico oficial. Esta mudança simples pode ser fundamental para gerar transparência, afastar corrupção e permitir obtenção de melhores preços nas contratações diretas realizadas através das dispensas de pequeno valor.” (grifos nossos.)

Desa forma, e **respondendo o primeiro questionamento do consulente**, embora na concepção teleológica do termo “preferencialmente” trazido pelo §3º, artigo 75, da nova Lei de Licitações, o Gestor possua, nas contratações diretas por baixo valor, certa discricionariedade em optar ou não em divulgar o aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, entende esta Assessoria Jurídica de que ao escolher em não divulgar o aviso antes da contratação, em uma análise sistemática da lei, a Administração deixaria de observar o princípio da transparência, da publicidade, da igualdade de tratamento aos interessados, bem como dos outros princípios aqui já destacados.

Dizendo de outro modo, ainda que pela simples leitura da letra da lei o termo “preferencialmente” utilizado pelo legislador possa indicar certa discricionariedade, entende esta Unidade Jurídica, diante de uma análise sistemática do diploma legal, pela necessidade da publicação, conferindo maior lisura ao procedimento. Isso porque, deverá a Administração Pública observar os princípios estabelecidos no art. 5º, bem como os objetivos elencados no art. 11 da NLLC, destacando-se a transparência, a igualdade de tratamento aos interessados e o resultado de contratação mais vantajosa.

Acrescente-se ainda, que foi nesse sentido, de poder-dever, que foi editada a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, a qual institui o **Sistema de Dispensa Eletrônica**, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, que regulamentou a OBRIGATORIEDADE da publicização do aviso de contratação nos processos de dispensa, por meio do procedimento de dispensa de licitação eletrônica.

Segundo o doutrinador Niebuhr<sup>1</sup>, o procedimento da dispensa de licitação eletrônica segue o fluxo estabelecido no artigo 72 da Lei nº 14.133/2021 para as contratações

<sup>1</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **A DISPENSA DE LICITAÇÃO ELETRÔNICA É MODALIDADE DE LICITAÇÃO DISFARÇADA: REFLEXÕES SOBRE A INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/ME Nº 67/2021**. Disponível na página <<https://www.zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/>>, acesso em 18/04/2022.



diretas, com a particularidade de realizar-se em ambiente eletrônico, acrescido de exigências relevantes no tocante à seleção do futuro contratado, senão vejamos:

(i) o órgão ou entidade administrativa insere no sistema do Governo Federal as informações relativas ao procedimento de contratação (artigo 6º da Instrução Normativa nº 67/2021); (ii) daí um aviso de contratação direta é divulgado no sistema do Governo Federal e no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sendo que os fornecedores registrados no Sistema de Registro Cadastral Unificado (SICAF) são comunicados diretamente por meio de mensagem eletrônica (artigo 7º da Instrução Normativa nº 67/2021); (iii) abre-se, então, o prazo de, no mínimo, três dias úteis para o envio de lances (parágrafo único do artigo 5º da Instrução Normativa nº 67/2021), que devem ser encaminhados por meio do sistema eletrônico, acompanhados dos demais requisitos exigidos no aviso de contratação direta e com o preenchimento das declarações exigidas no próprio sistema eletrônico (artigo 8º da Instrução Normativa nº 67/2021); (iv) segue-se uma etapa de lances, praticamente idêntica a de uma licitação, que fica aberta pelo tempo de seis a dez horas (artigo 11 da Instrução Normativa nº 67/2021); (v) encerrada a etapa de lances, verifica-se a conformidade da proposta de menor preço e se avaliam documentos de habilitação (artigo 15 da Instrução Normativa nº 67/2021), que são os constantes do Sistema de Registro Cadastral Unificado (SICAF) e outros que sejam exigidos e que devem ser enviados pelo sistema eletrônico (§ 3º do artigo 19 da Instrução Normativa nº 67/2021); (vi) aceita a proposta e atendidas as exigências de habilitação, o processo de contratação direta vai à autoridade competente para adjudicação e homologação (artigo 23 da Instrução Normativa nº 67/2021). (g.n)

Essa Instrução não vincula os outros Entes Federados, mas assinala que a tendência é utilizar a dispensa de licitação eletrônica. Sobre isso comentou o doutrinador:

Reforça-se, diante do conjunto das considerações acerca do artigo 4º da Instrução Normativa nº 67/2021, que a dispensa de licitação eletrônica não é de uso meramente facultativo, pelo menos não é para a Administração Pública Federal, em linha um tanto diversa do preceituado no § 3º do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021, cujo texto assinala que ela deve ser empregada preferencialmente. Dito de outro modo, o artigo 4º da Instrução Normativa nº 67/2021 fez obrigatório o que o § 3º do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021 qualificou como meramente preferencial. Não há ilegalidade nisso, porque é legítimo que a Administração Pública, por sua vontade, como é o caso, se obrigue a algo que o legislador determinou ser preferencial, é legítimo fazer mais do que lhe foi prescrito. Só haveria ofensa à legalidade se a Administração Pública fizesse menos, não desse a devida preferência à dispensa de licitação eletrônica, o que não ocorreu, bem ao contrário.

Na sequência, **com relação ao segundo e terceiro questionamentos**, cabe-nos pontuar que sua análise ficou prejudicada, tendo em vista a orientação traçada no presente expediente, no sentido da necessidade de divulgar o aviso da contratação nos processos de dispensa, em observância aos princípios da transparência, da publicidade, da igualdade de tratamento aos interessados, conferindo maior lisura ao procedimento e permitindo a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração, conforme demonstrado no opinativo.



Por fim, cumpre-nos observar que a opção por utilizar os novos limites da dispensa de licitação, trazidas pela Lei nº 14.133/2021, não torna o processo mais simples. Não basta, apenas, querer usar os limites. Tem-se que capacitar a equipe para aprender a planejar, analisar os riscos, para, então, realizado todo esse procedimento constante no art. 72, se chegar na contratação. Afinal, a lei 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.

Deste modo, mas não menos importante, registra-se que as matérias que envolvem a Nova Lei de Licitação reclamarão maiores estudos, por se tratarem de temáticas recentes, de modo que nosso opinativo não pretende esgotar a matéria, muito pelo contrário. Dito isto, ressaltamos a necessidade de acompanhamento da evolução jurisprudencial sobre o tema.

Portanto, por tratar-se de normativos recentes que possuem especificações que muitas vezes não foram ainda interpretadas por esta Corte de Contas, a orientação desta Unidade Jurídica é que o Gestor tenha cautela na aplicação dos dispositivos da NLLC, visando os princípios da publicidade e transparência, ficando o exame de eventuais irregularidades relacionadas a publicação ou não do aviso de contratação nos processos de dispensa, à luz de todas as especificidades atinentes aos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, cabendo ao Conselheiro Relator definir as penalidades porventura aplicadas.

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

É o parecer. À consideração superior.

Salvador, 20 de abril de 2022.

Flavia Scolese Ribeiro  
Assessora Jurídica