

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE JEQUIÉ

PROCESSO Nº 06012e21

PARECER Nº 00640-21

EMENTA: CONSULTA. NOVA LEI DE LICITAÇÕES. VIGÊNCIA IMEDIATA. PERÍODO DE CONVIVÊNCIA DE 2 (DOIS) ANOS ENTRE O NOVO REGIME E O SISTEMA TRADICIONAL. CONTRATAÇÃO DIRETA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO NÃO UNÍSSONO. INDICAÇÃO EXPRESSA DO REGRAMENTO ELEITO. VEDAÇÃO DE APLICAÇÃO COMBINADA ENTRE AS LEIS.

1. É possível alternar os regimes em processos licitatórios distintos. No período de convivência de dois anos, ao optar deflagrar o certame pela lei antiga (ou pela lei nova), o processo deverá seguir até o fim nos ditames trazidos pela norma escolhida, devendo o edital ou o instrumento contratual indicar qual o regramento eleito pelo gestor para a contratação, não sendo possível combinar dispositivos dos dois diplomas legais em um mesmo procedimento.

2. É possível realizar a contratação direta à luz dos dispositivos da novel legislação. Contudo, essa opção deve ser identificada expressamente no instrumento de contratação, sendo vedada a combinação das leis; enquanto não for criado o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), a publicidade dos atos e contratos se dará por intermédio dos veículos oficiais de publicação e sítios eletrônicos dos entes e órgãos da Administração Pública; a instrução do processo de contratação direta pela Lei nº 14.133/2021 deve seguir ao quanto determinado em seu art. 72.

3. Esse entendimento não é uníssono. 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. Registra-se que as matérias que envolvem a nova Lei de Licitação reclamarão maiores estudos, de modo que nosso opinativo não pretende esgotar a matéria.

O Prefeito do Município de **JEQUIÉ**, Sr. Zenildo Brandão Santana, encaminhou expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia (TCMBA), aqui protocolado sob o nº 06012e21, solicitando parecer consultivo acerca dos seguintes questionamentos:

- a) Entendendo que há o cumprimento de todos os requisitos legais para contratações públicas, é possível alternar os regimes, ora com a legislação nova (Lei nº 14.133/21), ora com a pretérita (Lei nº 8.666/93)?
- b) Considerando que a aplicação dos regimes da nova lei e da pretérita, no período de transição, estende-se às contratações diretas, é possível a utilização dos limites para dispensa de licitação prevista pelo art. 75 e seus incisos da Lei nº 14.133/21?
- c) Caso o Município opte por utilizar o regime da legislação nova (Lei nº 14.133/21) em determinada contratação, independente, da modalidade, incluindo-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, é possível utilizar o regime pretérito (Lei nº 8.666/93) para outras contratações paralelas e/ou futuras?

Da legitimidade. Verifica-se que a presente consulta se enquadra na regra prevista no artigo 208 da Resolução TCM nº 1392/2019, haja vista se tratar de autoridade competente (art. 208, I - Prefeito) para formular Consulta a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais ou regulamentares concernentes à matéria que lhe seja legalmente afeta.

Registre-se que os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, **são confeccionados sempre em tese**, consoante regra disposta no art. 3º, §4º da Resolução TCM nº 1392/2019 (Regimento Interno), razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante de qualquer caso concreto apresentado.

Ademais, cumpre-nos observar que o Tribunal de Contas não pode atuar em substituição ao assessor jurídico ou contábil de seus jurisdicionados, nem se prestam 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.

Em tempo, impende ainda ressaltar que as orientações traçadas neste opinativo serão abordadas à luz das regras atualmente vigentes, dissociada do estudo específico da situação fática vivenciada no Município de Jequié.

Ademais, e antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se ainda, 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, pouco mais de um mês, 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. Porém, **existem normas presentes nessa novel legislação que ainda não são eficazes, apesar de vigentes e válidas.**

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. (g.n)

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.

O Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo publicou em seu site nota¹ intitulada “A Nova Lei de Licitações – Primeiras impressões sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021”, considerando o dever de cautela quando da aplicação da nova lei: “O debate está apenas começando. A nova Lei é densa e extensa, composta por 194 artigos, os quais deverão ser estudados, absorvidos e aplicados com parcimônia.” (g.n).

Feitas as considerações iniciais que envolvem a matéria a ser analisada, passemos aos questionamentos alvos da consulta. Sendo os questionamentos 1 e 3 muito próximos, optamos por respondê-los de forma conjugada.

1) Entendendo que há o cumprimento de todos os requisitos legais para contratações públicas, é possível alternar os regimes, ora com a legislação nova (Lei nº 14.133/21), ora com a pretérita (Lei nº 8.666/93)? e 3) Caso o Município opte por utilizar o regime da legislação nova (Lei nº 14.133/ 21) em determinada contratação, independente, da modalidade, incluindo-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, é possível utilizar o regime pretérito (Lei nº 8.666/ 93) para outras contratações paralelas e/ou futuras?

1 Disponível na página: <<http://www.mpc.sp.gov.br/a-nova-lei-de-licitacoes-primeiras-impressoes-sobre-alguns-dispositivos-da-lei-no-14-133-de-1o-de-abril-de-2021/>>, visitada em 03/05/2021.

Conforme exposto na inicial, no interregno de dois anos a partir de 01 de abril de 2021, as Leis nº 14.133/21 e nº 8.666/93 (bem como as leis nºs 10.520/2002 e 12.462/2011) coexistirão. O que significa dizer que todas essas leis vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes.

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 VEDADA a aplicação combinada dos diferentes diplomas (vedação dada pelo art. 191 da lei 14.133/2021).

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”.

Portanto, e respondendo, de maneira simplificada, o primeiro e o terceiro questionamento do consulente é possível alternar os regimes em processos licitatórios DISTINTOS. Nesse período de dois anos, ao optar deflagrar o certame pela lei antiga (ou pela lei nova), o processo deverá seguir até o fim nos ditames trazidos pela norma escolhida, devendo o edital ou o instrumento contratual, na hipótese de dispensa ou inexigibilidade, indicar qual o regramento eleito pelo gestor para a contratação, NÃO sendo possível combinar dispositivos dos dois diplomas legais em um mesmo processo.

2) Considerando que a aplicação dos regimes da nova lei e da pretérita, no período de transição, estende-se às contratações diretas, é possível a utilização dos limites para dispensa de licitação prevista pelo art. 75 e seus incisos da Lei nº 14.133/21?

A Lei nº 14.133/2021, já encontra-se vigente, porém existem normas presentes nessa novel legislação que ainda não são eficazes, a exemplo da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Com o advento da lei nova, o Portal passa a ser o veículo oficial de divulgação dos atos relativos às licitações e contratações públicas. Vide o que estabelece o art. 174 da nova lei de licitações:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;

II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;

II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;

III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I - planos de contratação anuais;

II - catálogos eletrônicos de padronização;

III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;

IV - atas de registro de preços;

V - contratos e termos aditivos;

VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:

I - sistema de registro cadastral unificado;

II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;

III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no [§ 4º do art. 88 desta Lei](#);

IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;

V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);

VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:

a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;

b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o [inciso III do caput do art. 19 desta Lei](#);

c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;

d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na [Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011](#).

§ 5º (VETADO).

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no [art. 174 desta Lei](#), os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.

§ 2º (VETADO).

Art. 176. **Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:**

I - dos requisitos estabelecidos no [art. 7º](#) e no [caput do art. 8º desta Lei](#);

II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o [§ 2º do art. 17 desta Lei](#);

III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão:

I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II - 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.
(g.n)

Da leitura do quanto transcrito, percebe-se a obrigatoriedade da utilização do PNCP pelos órgãos da Administração Pública, exceto para os Municípios com até 20 mil habitantes que terão seis anos para cumprimento dessa obrigatoriedade.

Para os processos em que a contratação é dispensável, modalidade de contratação ora questionada, a Lei nº 14.133/2021 estabelece divulgação e manutenção dos extratos no Portal Nacional de Contratações Públicas, senão vejamos:

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;

(...)

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). (g.n)

Ocorre que, até a presente data o PNCP não foi criado. Como a nova lei de licitações é muito recente, ainda não se tem posicionamento predominante acerca da matéria: se a publicação do extrato do contrato no portal seria condição para sua eficácia. Parte da doutrina entende que sim, baseando-se no disposto pelo art. 94 da lei “A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos”, a outra parte entende que não, pois o legislador não vinculou a vigência da lei à criação do portal.

Esta Corte de Contas ainda não se manifestou sobre a matéria. Portanto, em caráter meramente opinativo, de acordo com os subsídios que temos vigentes até o presente momento, nos filiamos a corrente que delibera no sentido da possibilidade de se realizar as contratações diretas pelo regramento previsto pela Lei nº 14.133/2021. Isto porque, entendemos que no caso das contratações diretas, a função do PNCP prevista no §4º do art. 75, pode ser suprida pelo sistema de publicidade oficial, no caso, no sítio eletrônico oficial.

Nesse sentido é o manifesto do mestre e doutor em Direito Administrativo José Anacleto Abduch Santos em seu artigo publicado na Zênite “A aplicação da nova Lei de Licitações depende da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas?”², que assim consigna:

Partindo-se da premissa de que a Lei tem vigência, e tem, como visto. E de que não se pode admitir eficácia contida ou limitada de nenhuma de suas normas sem expressa previsão também legal – ainda que implícita -, é possível deduzir

2 Disponível na página: <<https://www.zenite.blog.br/a-aplicacao-da-nova-lei-de-licitacoes-depende-da-criacao-do-portal-nacional-de-contratacoes-publicas/>>, visitada em 03/05/2021.

conclusão no sentido da possibilidade de aplicação imediata do regime jurídico da Lei nº 14.133/2021.

O primeiro argumento em favor da eficácia imediata da Lei nova tem relação com a função do Portal Nacional de Contratações Públicas. Trata-se de um banco de dados que conterà informações relevantes e indispensáveis sobre licitações e contratações públicas.

Será, também como visto, o veículo oficial de publicidade dos atos relativos às licitações e contratos da Administração Pública – à exceção das empresas estatais.

Ora, **esta função pode 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 efetivamente a publicação dos instrumentos convocatórios e dos extratos dos contratos – cumprindo o princípio constitucional da publicidade.

Nem se diga que esta sistemática ensejará prejuízos ou riscos de publicidade, pois é a sistemática de que se vale a Administração Pública com fundamento na Lei nº 8.666/1993.

Nesta medida, **a interpretação sistemática das normas que exigem a publicação no Portal Nacional de Contratações Públicas leva à conclusão de que (i) enquanto não for criado referido Portal, a publicidade dos atos e contratos se dará por intermédio dos veículos oficiais de publicação e sítios eletrônicos dos entes e órgãos da Administração Pública; e (ii) a publicação no Portal somente será condição para eficácia dos contratos após a sua efetiva criação.** (g.n)

A possibilidade de se contratar diretamente com base nos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, também é a defendida por ilustres doutrinadores na área de licitação como os renomados Jacoby Fernandes, no vídeo publicado “Posso fazer contratação direta, já”³ e Ronny Charles no podcast “DR Cast – Pensando Direito com Ronny Charles – Episódio 03 (a aplicação imediata da nova Lei de licitações – NLL e o Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP).”⁴

No entanto, é importante registrar que as contratações que pretendem utilizar as normas estabelecidas pela Lei nº 14.133/2021, não o devem fazer de forma assoberbada, sendo necessária a capacitação do corpo técnico e preparação das organizações para se adequarem aos novos ritos procedimentais que muitas vezes não são adotados pelas

3 Disponível na página: <<https://jacoby.pro.br/site/menu-juridico/nova-lei-de-licitacoes/>>, visitada em 03/05/2021.

4 Disponível na página: <<https://ronnycharles.com.br/dr-cast-a-aplicacao-imediata-da-nova-lei-de-licitacoes-e-o-portal-nacional-de-compras-publicas-pncp/>>, visitada em 03/05/2021.

instituições. Uma utilização precipitada da lei poderá levar o agente público a um descumprimento de outros regramentos instituídos pelo legislador.

Registre-se que a instrução do processo de contratação direta pela nova lei de licitação deve seguir ao quanto determinado pelo art. 72, destacado *in verbis*:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no [art. 23 desta Lei](#);

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. 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.

Dito isto, e respondendo o segundo questionamento do Consultante, a nova lei de licitações editada recentemente, encontra-se vigente em que pese carecer de algumas regulamentações normativas e operacionais. No que diz respeito a possibilidade de “utilização dos limites para dispensa de licitação prevista pelo art. 75 e seus incisos da Lei nº 14.133/21”, nos filiamos a corrente que entende pela possibilidade, desde que ao optar pela contratação direta sobre o regime da novel legislação, o fato seja identificado expressamente no instrumento de contratação, sendo vedada a combinação das leis (art. 191); enquanto não for criado o PNCP, a publicidade dos atos e contratos se dará por intermédio dos veículos oficiais de publicação e sítios eletrônicos dos entes e órgãos da Administração Pública; a instrução do processo de contratação direta pela Lei nº 14.133/2021 deve seguir ao quanto determinado em seu art. 72.

Mais uma vez ressaltamos que esse entendimento não é unânime (existe uma corrente que entende que a ausência do PNCP impede a utilização imediata da lei), nem houve manifestações oficiais das Cortes de Contas sobre a matéria, fato que deve ser considerado pelo Gestor na hora da escolha. No cenário atual e recente cabe o dever de cautela por parte do administrador, tanto assim, que o legislador deu um período de convivência de 2 (dois) anos entre o novo regime e o sistema tradicional.

Por fim, mas não menos importante, registra-se que as matérias que envolvem a nova Lei de Licitação reclamarão maiores estudos, de modo que nosso opinativo não pretende esgotar a matéria, muito pelo contrário.

Salvo melhor juízo, essa é a orientação da Assessoria Jurídica do TCM/BA, de caráter opinativo e orientativo, formulada de acordo com as normas vigentes à época deste parecer. À consideração superior.

Em, 04 de maio de 2021.

Karina Menezes Franco
Assessora Jurídica
Auditora de Controle Externo